



CIÓN



TROPLONG

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ



DE LA VENTE

KM270
. F8
T7
1856
V. 1
C. 1

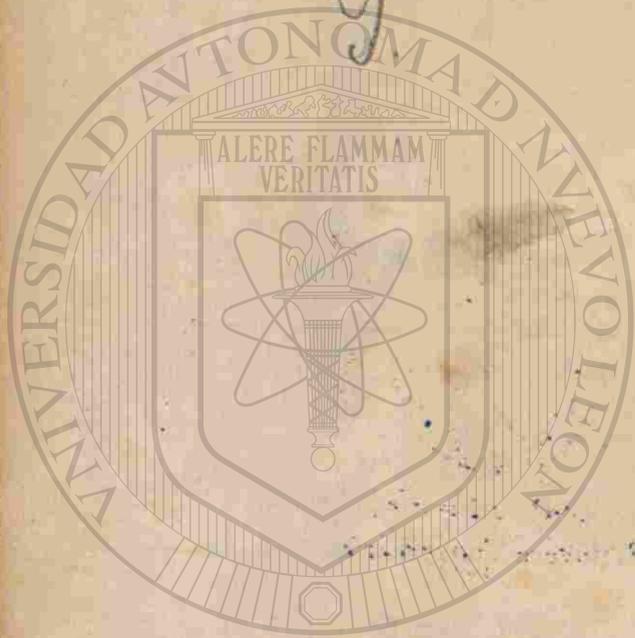
397 = 4
T



1080046935

125

347 = H
J



Co # 5 lo # 1134



U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

®



DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

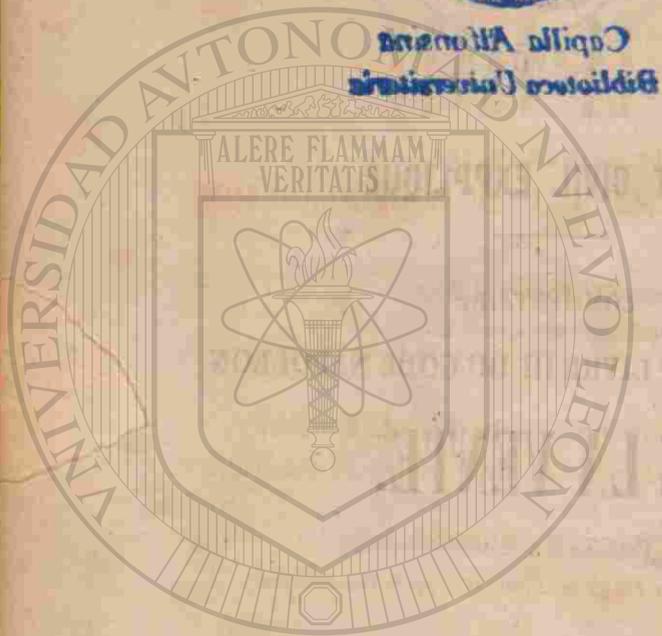
COMMENTAIRE

DU TITRE VI DU LIVRE III DU CODE NAPOLEÓN

DE LA VENTE.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ
SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE
DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DE LA VENTE

OU COMMENTAIRE
DU TITRE VI DU LIVRE III DU CODE NAPOLEÓN

Par M. TROPLONG

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION
Membre de l'Institut, Grand-Croix de l'Ordre Impérial de la Légion-d'Honneur.

Ouvrage qui fait suite à celui de M. Goullier,
mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire.

CINQUIÈME ÉDITION

Mise en rapport avec la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

20, RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN.

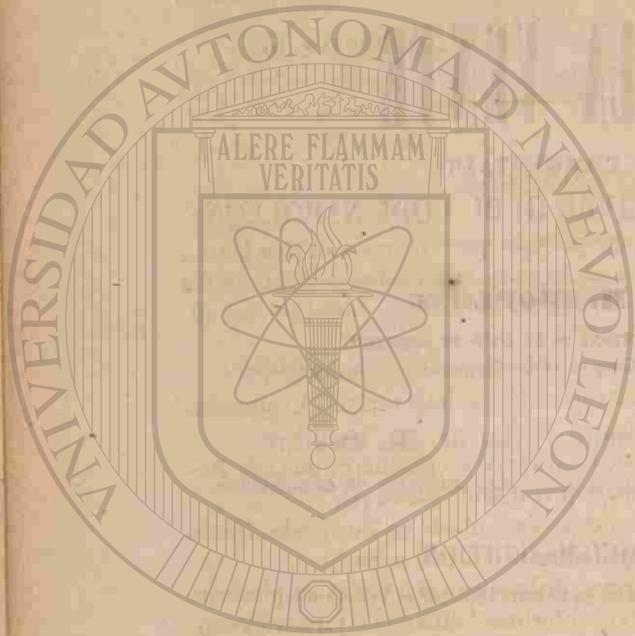
1856

PARIS. — Imprimerie de Cosson, rue du Four-Saint-Germain, 43.



23377

KM 270
Fº
t. 2
1856
V. I



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

PRÉFACE.

*Inconveniens erit, illotis, ut ita dixerim,
manibus, protinus materiam interpretationis
tractare.*

(Catus, l. 4. D. de Orig. juris.)



SOMMAIRE.

1. Réfutation du préjugé qui veut que Pothier n'ait rien laissé à faire aux modernes sur la vente et les autres contrats qu'il a traités. Points principaux sur lesquels ses doctrines sont aujourd'hui surannées. Ses défauts et ses mérites.
2. Pourquoi l'auteur a préféré la forme du commentaire.
3. Le Code Napoléon est supérieur au droit romain. Explication de cette proposition.
4. Jugement critique sur les travaux préparatoires du Code Napoléon, et dans quel esprit il faut s'en servir.
5. Dangers des arrêts, et cependant utilité de leur étude. Observation sur le degré d'autorité qui leur appartient.
6. Utilité des lois romaines, des anciens auteurs et de plusieurs sciences accessoires pour fortifier l'étude de la jurisprudence.

1. La partie du Code Napoléon dont M. Toullier ne s'est pas occupé, et sur laquelle je me propose de publier une série de commentaires, est celle qui a fourni à Pothier la matière de ces nombreux traités qui ont rendu son nom populaire en France. Pothier a eu la gloire de contribuer à la rédaction du Code Napoléon, comme Papinien, Ulpien et autres grands jurisconsultes de Rome, ont fait les Pandectes de Justinien. Aussi y a-t-il beaucoup de bons esprits qui croient que le meilleur commentaire qu'on puisse avoir sur la fin du Code Napoléon est à peu près trouvé

L.

1856

d'avance, et qu'il existe tout à fait dans les œuvres de Pothier.

Ce préjugé (je ne saurais me servir d'un autre mot) ne m'a pas empêché de me livrer avec ardeur à mon entreprise. Le succès qui l'attend peut dépendre de causes diverses, dont je ne suis pas bon juge; mais je n'admets aucune fin de non-recevoir contre son opportunité. Malgré le mérite supérieur de Pothier, il ne lui a pas été donné de tracer les limites de la science. Entre son siècle et le nôtre viennent se placer quarante années de régénération sociale, qui ont fait éclore des intérêts nouveaux, et des Codes qui les consacrent. Le progrès, qui est partout, a aussi pénétré dans la jurisprudence, et la science des lois s'est retrempee dans une révolution, qui ailleurs a pu faire peut-être trop de ruines, mais qui, pour elle, a été une époque de création ou de perfectionnement. Or, pour des théories si souvent opposées à celles qui les ont précédées, on ne saurait se passer d'interprètes contemporains. Pensons-y bien! le Code n'a pas toujours vécu d'emprunts. Il a aussi son originalité, et de profondes innovations doivent nous mettre en garde contre l'anachronisme.

Une des premières règles que je trouve exposées dans le *Contrat de vente* de Pothier, c'est que le vendeur n'est pas obligé de rendre l'acheteur propriétaire. Pour que tous les effets du contrat de vente soient épuisés, il suffit que l'acheteur jouisse paisiblement de la chose. Peu importe qu'il n'ait qu'une jouissance de fait, et que le droit de propriété réside dans la personne d'un tiers; tant que l'acheteur n'est pas troublé, il ne peut élever la voix, ni reprocher au vendeur d'être resté au-dessous de ses obligations. De là, des conséquences graves et nombreuses : la

vente de la chose d'autrui devient licite et logique; la tradition se réduit à un pur fait; l'action de l'acheteur est paralysée par le silence du vrai propriétaire, qui attend sans renoncer. Il faut qu'il paie le prix, malgré le danger du droit rival, qui peut, tôt ou tard, engager la lutte, etc., etc. (1).

Mais, sous le Code Napoléon, rien n'est plus inexact que ce système, et des principes plus rationnels dominent le contrat de vente. L'acheteur doit être investi de la propriété même. Le vendeur qui ne la transfère pas manque à la loi de la convention; et si la possession, quelque paisible qu'elle soit momentanément, n'est pas accompagnée d'une puissance sans partage sur la chose, d'un droit de propriété qui par sa plénitude écarte tous dangers à venir, la vente n'atteint pas ses effets, elle peut être résolue. On voit qu'il y a là une grande innovation. C'est la substitution du droit à l'empire du fait; c'est le renversement d'une des bases fondamentales du travail de Pothier. L'autorité de ce jurisconsulte est donc ici complètement récusable; nous verrons qu'elle a égaré la Cour de cassation elle-même (2).

Suivant Pothier (3) l'obligation ne transfère jamais la propriété. Elle produit sans doute une action pour obtenir la chose; mais elle est impuissante pour déplacer, de plein droit, le domaine de cette chose. Pour obtenir ce résultat, il faut qu'elle soit suivie de la tradition, qui joue, dans l'ancien droit, un rôle si

(1) Cujas a tiré d'autres conséquences qu'on peut voir dans mon commentaire sur les Hypothèques, t. 4, n° 851 et suiv. On va loin en partant d'un pareil principe.

(2) N° 263.

(3) Qui, du reste, ne fait que formuler les principes du droit romain et de l'ancien droit français.

important. Ainsi, l'acheteur ne devient propriétaire que par la tradition. Entre deux acheteurs de la même chose, c'est la date de la tradition, et non celle du contrat, qui est décisive. La vente ne produit pas le *jus in re*. L'acheteur n'a qu'une action pure personnelle, fondée sur le *jus ad rem*, action qu'il ne peut diriger que contre le vendeur lui-même, et jamais contre un tiers détenteur. Voilà une seconde base du traité de Pothier sur le *Contrat de vente*.

Mais depuis que le Code Napoléon, donnant à la volonté la puissance qu'elle doit avoir dans la législation d'un peuple civilisé, a banni le fait matériel de la tradition comme élément de la translation de la propriété, et a fait dépendre l'acquisition de la chose du pur consentement des parties, la vente a acquis une portée plus grande; elle a engendré le *jus in re*; l'action *ex empto* a pris un caractère réel, et l'acheteur a pu se poser comme propriétaire à l'égard des tiers, pour exiger le délaissement de l'immeuble qui ne lui avait pas encore été livré. Dès lors, les doctrines de Pothier ont dû être rejetées dans la classe des idées qui ont fait leur temps, et ce guide, ordinairement si sûr, n'a offert sur ce point à ses lecteurs que des théories inapplicables et sans valeur (1). Mais tel est l'empire d'un grand nom, qu'il subjugué la confiance jusque dans ses erreurs, et plus Pothier avait raison sous l'ancien droit en déduisant les principes que je viens de rappeler, plus il a trouvé d'esprits crédules sous le nouveau, qui cependant les a hautement condamnés. Aussi entendons-nous tous les jours répéter que l'action *ex empto* est tout à fait personnelle, et de graves auteurs, M. Carré par exemple, emprunter à

(1) V., sur ce point important, les observations que je présente au n° 4 du Commentaire.

Pothier des définitions qui, aujourd'hui, ne sont plus que de solennels démentis donnés au Code Napoléon (1).

En continuant à rapprocher quelques termes de comparaison, je trouve la matière de la mise en demeure, sur laquelle le Code est en dissidence avec l'ancien droit et avec Pothier son principal organe; celle des clauses résolutoires expresses, qui jadis n'offrait que des fictions, et que le Code a rendue à la vérité; celle des ventes à l'essai, qui aujourd'hui repose sur des idées qui ne sont que le contre-pied des enseignements de Pothier (2); la théorie de la tradition (3) et celle des fautes contractuelles (4), que le Code a refondue et épurée; le bail, qui sous la main des rédacteurs du Code Napoléon est devenu un droit réel poursuivant la chose en quelques mains qu'elle passe (5); le contrat de société, qui s'est agrandi par l'impulsion donnée à l'industrie et à l'agriculture, et qui a puisé dans l'esprit d'association de nouvelles et ingénieuses combinaisons; le contrat de prêt, qui, dégagé des étreintes du droit canonique, multiplie ses efforts pour rendre plus abondantes les sources du crédit; le contrat de vente, qui dans son contact avec un régime hypothécaire à peu près neuf, et avec un mouvement plus rapide de la propriété qui se subdivise et se fractionne en tant de mains, fait surgir des questions imprévues, importantes et épineuses (6), etc., etc.

(1) J'ai relevé cette erreur de M. Carré, n° 262.

(2) *Infrà*, 407.

(3) *Infrà*, nos 267 et suiv.

(4) *Infrà*, nos 361 et suiv.

(5) Art. 1743.

(6) Par exemple, celle qui consiste à savoir si le vendeur, après avoir échoué à l'ordre, peut demander la résolution du contrat

Je crois que je n'ai pas besoin de pousser plus loin ce parallèle, et qu'il doit être désormais prouvé que, si le défaut d'actualité pouvait être reproché à quelqu'un, ce ne serait pas à celui qui s'applique à faire ressortir ces différences et ces progrès. Non que je veuille éloigner de l'étude de Pothier ceux que sa raison exquise et sa simplicité toujours lumineuse captivent si justement. Malheur sans doute à l'homme de loi qui ne méditerait pas sans cesse ses écrits instructifs ! Mais prenons-y garde. Quelque nombreux que soient les emprunts que le Code a faits à Pothier, les systèmes n'en sont pas moins tellement divers pour le fond, qu'il est indispensable de les reprendre en sous-œuvre, et de tracer une ligne de démarcation entre ce qui existe et ce qui a cessé d'être la règle des intérêts modernes.

Ensuite, dans la déduction de ces principes qui survivent aux révolutions, et sont aussi anciens que le droit lui-même, il n'est pas dit que Pothier ait toujours eu un égal bonheur. Quelques-unes de ses opinions peuvent être envisagées d'un point de vue différent; ses doctrines sont parfois contestables. En résumant les riches travaux des grands jurisconsultes du seizième siècle, qu'il n'égalait pas en invention, mais qu'il possédait à merveille, il a souvent effacé leur énergie originale et pénétrante, sous les formes méthodiques, mais un peu sèches, que le dix-huitième siècle avait mises en honneur. Enfin, on peut lui reprocher un style négligé et lâche, et des connaissances

(n° 624); si, lorsque l'immeuble a été sous-aliéné, le vendeur peut demander la résolution contre tous les sous-acquéreurs, ou seulement contre quelques-uns, ou même contre son acquéreur, saisi d'une fraction de la chose (n° 642 à 655).

assez médiocres en histoire (1) : sa philosophie dénote plutôt l'honnête homme que le penseur, et, faute d'un système largement conçu, il est tantôt trop stoïcien avec les jurisconsultes romains (2), et tantôt trop casuiste avec les pères de l'Église (3). J'ose donc le dire : il y a encore quelques richesses à recueillir dans les régions qu'il a parcourues (4); et, en parlant avec cette liberté d'un des jurisconsultes qui font la gloire de la France, je ne veux faire autre chose qu'engager des athlètes plus capables qu'il ne se mettre à l'œuvre, et ne pas céder à des impossibles de ceux qui tendent à rendre la science stationnaire. Admirons dans Pothier son discernement sûr, sa logique simple et droite, sa clarté qui ne se dément jamais, son admirable talent pour faire aimer la science et pour la populariser. Pothier sera toujours notre premier jurisconsulte sous le rapport de la puissance de propagation; il est l'apôtre, le vulgarisateur de la science. Mais sa supériorité ne doit pas être une cause de découragement pour ceux qui viennent après lui.

2. La forme que j'ai préférée, dans le travail que j'offre au public, est celle du commentaire. Les nombreux lecteurs auxquels s'adresse un ouvrage de droit ne sont pas tous exempts de préventions contre cette méthode. M. Toullier, M. Duranton et autres l'ont éludée par une forme mixte, qui ressemble assez aux interprétations ou récitations que Voët, Pertz, etc.,

(1) Ce reproche lui a été fait lors de la publication de ses Pandectes, à raison du titre : *De origine juris*. *Infrà*, p. 211.

(2) *Infrà*, n° 413.

(3) Voyez ses distinctions entre le for intérieur et le for extérieur.

(4) M. Toullier l'a prouvé par la manière dont il a traité les Obligations.

ont données sur chaque titre des Pandectes ou du Code. M. Chabot, après avoir commenté le titre des *successions*, s'en est repenti; son projet était de refaire son ouvrage sur un nouveau plan, et de revenir au traité. J'ai souvent entendu dire : *Ceci n'est qu'un commentaire* (1). Les uns ne voient dans un commentaire qu'un canevas disposé pour recevoir des gloses indigestes et de graves inutilités (2). Les autres ont repoussé le commentaire comme destructif de tout ordre et de tout méditerait lique. Enfin, il en est qui ne veulent pas! Mais préface que celle des dictionnaires. La vue d'un commentaire les glace d'effroi, et leurs patientes recherches ne savent marcher qu'à l'aide de la lettre alphabétique.

Je ne me suis pas laissé intimider par ces opinions. Le commentaire se prête au développement des plus importantes théories, sans s'éloigner jamais du texte qu'il explique. C'est le commentateur qui rapproche de la loi les opinions des auteurs et les arrêts des tribunaux, et qui mesure leur valeur sur ce texte inflexible, qui est sa boussole. C'est lui qui scrute la pensée profonde que contient chaque mot; qui, naturellement, sans effort et sans détour, remonte aux origines et éclaire par l'histoire les antécédents et la naissance de la loi. J'aime à le voir soumis à ces entraves dont l'auteur d'un traité se félicite d'être affran-

(1) Gazette des Tribunaux du 2 avril 1827.

(2) J'avoue, de bonne grâce, qu'on pourrait citer plus d'une preuve à l'appui de ce reproche, et je ne m'oppose pas à ce qu'on s'égaie aux dépens de cet interprète qui, sur certaine disposition du droit canonique commençant par ces mots : *Ad aures nostras pervenit*, crut fort utile de faire cette remarque : *Nota quod papa habeat aures!* Notez que le pape a des oreilles. Mais, dans ce monde, où ne trouve-t-on pas l'abus?

chi. Car celui-ci, choisissant avec liberté le plan qui lui sourit, secouant le joug des classifications admises par le législateur, se persuade trop facilement que le terrain sur lequel il travaille est exclusivement à lui; il est plus enclin à oublier le texte qu'il n'a pas sous les yeux, et à substituer des systèmes que la loi condamne à ceux qu'elle a décrétés.

Un exemple viendra à l'appui de ce que j'avance. Toutes les personnes instruites connaissent le traité de Menochius *De præsumptionibus*, et celui du cardinal Mantica *De conjecturis*. Il est impossible de trouver plus d'érudition que dans ces deux ouvrages, où tous les cas semblent avoir été prévus, et où l'on voit invoqués avec une scrupuleuse exactitude les jurisconsultes les plus accrédités comme les auteurs les plus ignorés aujourd'hui. Que de reproches cependant la saine critique n'a-t-elle pas adressés à ces docteurs! que d'arguties et de conjectures capricieuses! quel dédale de présomptions pour torturer la vérité sous prétexte de la mettre en lumière!!! Et, pour ne citer qu'un fait entre mille autres, n'est-ce pas à ces jurisconsultes et à leur imagination dérégulée qu'il faut attribuer le crédit de ces *fidéicommiss conjecturaux*, qui transformaient en substitutions toutes les dispositions testamentaires, hydre aux cent têtes, inconnue dans les principes purs du droit romain, et qui avait ouvert une si vaste carrière à la chicane, lorsque d'Aguesseau vint lui porter le coup de la mort par l'ordonnance de 1747? Quelle fut cependant la cause des aberrations de ces hommes d'ailleurs fort distingués? Ce serait beaucoup trop dire sans doute que de les attribuer exclusivement à la méthode qu'ils adoptèrent. Néanmoins, elle n'y fut pas étrangère; car, en les préoccupant d'une idée à développer sur une grande

échelle, elle donna à l'esprit de système plus de place qu'à l'étude des textes, à l'imagination plus d'empire qu'au raisonnement contenu par le frein de la loi.

Je conçois l'utilité d'un traité sur les matières qui n'ont pas été codifiées, par exemple sur la renonciation, les nullités, les enfants naturels, etc. Il faut alors que l'auteur procède, pour ainsi dire, par voie de création. Mais lorsque la loi a formulé sa pensée par une série de dispositions qui se lient et se combinent, et auxquelles les études du jurisconsulte doivent tout rapporter, je ne vois plus dans un traité que le désordre introduit dans l'œuvre du législateur; que la dislocation inutile et prétentieuse d'un travail qu'il faut absolument connaître dans son premier jet; qu'une petite rivalité d'amour-propre pour montrer qu'on est plus capable de classer et de diviser une matière que ceux qui ont rédigé le Code.

Lorsque les interprètes du droit romain eurent éclairé à l'aide de leurs commentaires l'immensité du *corpus juris*, ce fut un besoin de la science de recueillir ces richesses éparses dans un amas de volumes innombrables, et d'employer la méthode dogmatique, afin de montrer sous un même point de vue tout ce que chaque matière renfermait de préceptes et de difficultés. De là, ces nombreux traités qui eurent d'autant plus de faveur aux dix-septième et dix-huitième siècles, que le droit romain, qui était le véritable fonds de la science, effrayait les hommes les plus laborieux par le désordre qui y règne et la grande difficulté des recherches. Les traités naquirent donc d'un effort pour arracher le droit à son obscurité. Ils furent un progrès sous quelques rapports. Aujourd'hui, il n'en saurait être de même. Quelque mérités que soient les reproches qu'on a adressés aux grandes classifications

adoptées par le Code, ce recueil de nos lois civiles n'en est pas moins remarquable par la simplicité lumineuse qui y règne, et par la commodité qu'il offre pour trouver sur chaque matière le texte qui domine la question. Grâce à la netteté avec laquelle il a été formulé, il n'est presque personne qui ne sache mettre la main sur le texte dont il a besoin; la place de chaque principe est connue; en un mot, le Code a tracé un plan qui, malgré ses imperfections scientifiques, a au moins le grand avantage de la clarté, et l'on peut le comparer à une carte géographique qui vous fait voir tout d'un coup la topographie d'un pays. Avec une telle donnée, que reste-t-il à faire à l'écrivain? Ira-t-il remanier toute la matière, changer la distribution, bouleverser de fond en comble la place des principes et de leurs conséquences, et cacher sous un labyrinthe de titres, sections, subdivisions et paragraphes, ce que le Code montre, sans tant de détours, à tous les yeux; le tout, pour pouvoir décorer son ouvrage du nom pompeux de *traité*? Je le dis avec conviction, ce serait là une déviation et non un progrès, un imbroglio au lieu d'un trait de lumière. Tout auteur de traité sera plus obscur que le Code, s'il veut se donner une marche à lui; ou infidèle à son titre, s'il consent à suivre celle de la loi. Le mieux sera donc de ne pas reculer devant un mot qui ne peut plus effrayer que d'anciens préjugés, et de préférer franchement et hautement la méthode du commentaire, qui aujourd'hui est la seule rationnelle pour exposer l'ensemble du droit français, ou l'une de ses parties réglée par le Code Napoléon. Si l'exégèse convient admirablement aux époques où la science n'est pas faite et où il faut la tirer du chaos, elle n'est pas moins nécessaire lorsque ses plus hauts perfectionnements

l'ont amenée à l'état de codification. Avec un Code tel que celui qui nous gouverne, la meilleure exposition du droit sera celle qui suivra pas à pas la loi écrite, qui en développera le sens dans l'ordre suivi par le législateur, et construira sur chaque texte l'édifice des interprétations destinées à le compléter.

Au reste, que les détracteurs des commentaires l'apprennent : Cujas, ce génie profond, que l'on a appelé avec vérité le Bossuet de la jurisprudence, ne fut pas autre chose qu'un commentateur. L'un des ouvrages les plus distingués qui soient sortis de la plume de Pothier est son Commentaire sur la coutume d'Orléans. Les plus grands jurisconsultes de Rome, Paul, Ulpien, Caius, écrivirent des commentaires. Peut-être verra-t-on là une compensation à des jugements acerbes et aux défections de M. Chabot de l'Allier.

3. En me livrant à l'examen consciencieux du Code Napoléon, je ne dissimule pas que j'ai été dominé par l'idée de sa supériorité sur tous les travaux de codification qui l'ont précédé. J'ajouterai même que le droit dont il est l'expression me paraît le plus parfait, le plus digne d'un peuple civilisé qui jamais ait été écrit. Cette assertion fera probablement jeter plus d'un cri de surprise ou de dissentiment. Les admirateurs des jurisconsultes qui illustrèrent le siècle d'Alexandre Sévère s'inscriront peut-être en faux contre moi. Mais un mot d'explication pourra, je l'espère, nous mettre d'accord (1).

Les Ulpien, les Caius, les Papinien, etc., seront toujours placés à la tête de la science par leur excellente logique et leurs vues profondes. Leurs décisions concises, la fermeté de leurs jugements, la finesse et

(1) V. *infra*, n° 5.

la sagacité de leurs aperçus, la puissance de leur esprit analytique, sont au-dessus de tout ce que je connais, et il n'y a peut-être pas dans le Code un seul article qu'on puisse comparer, pour la précision, pour l'énergie et la beauté du style, aux innombrables fragments que Tribonien a extraits de leurs écrits. On ne saurait trop applaudir non plus à leurs efforts pour faire prédominer dans le droit romain ces vues grandes, généreuses, libérales, dont la source est dans l'équité naturelle, à laquelle la constitution de Rome se montra si longtemps inaccessible. Mais ce qu'ils ne purent que tenter, le Code l'a pleinement réalisé. L'impulsion progressive qu'ils commencèrent, le Code l'a devancée par un mouvement plus rapide et plus vif. A eux appartient la perfection artistique; au Code Napoléon, la perfection philosophique, et c'est celle-ci qui importe le plus aux peuples. Entre le droit qu'ils nous ont transmis, et celui que le Code Napoléon renferme, il y a toute la distance du paganisme au christianisme, du stoïcisme à la morale chrétienne.

Je ne veux pas établir ici un parallèle qui entraînerait trop de développements. Je me contenterai d'indiquer quelques aperçus qui serviront de preuve à la préférence que je proclame.

Et d'abord, quel aveugle partisan du droit romain pourrait comparer le principe aristocratique qui divisait les personnes en esclaves, affranchis et citoyens, à cette égalité de tous les hommes dont l'idée a été jetée dans le monde par l'Évangile, et que notre système de droit civil a si énergiquement embrassée? Sera-ce sous le rapport du mariage que Rome réclamerait l'avantage? Mais qui ne sait que cette union était tombée dans un relâchement effréné (1), et qu'en

(1) Gibbon, t. 8, p. 250.

échappant au polythéisme vieilli, elle dégénéra en une licence qui lui ôta toute dignité, tellement qu'elle n'était séparée du concubinat que par une ligne de démarcation fort malaisée à apercevoir? En France, au contraire, quelle différence!!! Le mariage n'est pas un lien passager que forme le caprice et que dissout le moindre dégoût. C'est une union solennelle, grave, indissoluble. La loi y déploie un appareil simple, mais imposant; et, quoique les cérémonies catholiques n'y soient plus que facultatives, on sent cependant que la pureté des principes chrétiens y préside toujours, et pénètre l'esprit de cette législation.

Que dirons-nous de l'organisation de la puissance paternelle, qui, même à une époque où elle avait perdu de sa férocité primitive, permettait au père pressé par la misère de vendre ou mettre en gage l'enfant nouveau-né (1); de ces luttes de principes divers, qui, partageant en quelque sorte en deux la personne du fils de famille, le laissaient, pour les biens adventices, sous le poids des chaînes antiques, et le réduisaient comme un vil esclave à l'incapacité de vendre, aliéner, hypothéquer, tester; mais qui, pour ce qui concerne les biens castrensés et quasi-castrensés, assimilaient les fils aux pères de famille, et leur donnaient tous les droits des hommes les plus libres? Quel chaos d'éléments hétérogènes! quel embarras pour concilier le passé avec les besoins du présent!

Et la mère de famille que le droit civil plaçait dans une condition inférieure, même à l'égard de ses enfants, qui n'appartenaient jamais à sa famille, et dont elle ne pouvait pas être tutrice, si ce n'est par con-

(1) L. 2, C. De patrib: qui filios.

cession du prince (1)! et les femmes *sui juris*, qu'un système déraisonnable soumettait à une tutelle que Caius lui-même trouvait sans fondement légitime (2)! Tout cela n'atteste-t-il pas une philosophie fort en arrière de celle qui domine dans nos lois, et qui, humanisant nos mœurs, a rendu la femme à la liberté civile et à sa dignité.

Dans la constitution de la propriété, nous trouvons la distinction des choses en *res mancipii* et *res nec mancipii* qui, soit qu'elle dérive ou non des habitudes guerrières des premiers Romains, dévoile la longue prédominance d'un principe aristocratique sur les choses comme sur les personnes. Il est vrai que Justinien fit disparaître cette distinction, devenue de son temps assez obscure. Mais, sous cet empereur, le véritable droit romain expire plus souvent qu'il ne se continue, et une ère nouvelle s'ouvre pour la philosophie du droit. Il a été donné au Code Napoléon d'en résumer les derniers progrès, en effaçant pour toujours toutes les distinctions qui ne sont pas fondées sur la nature, et en voulant que l'égalité soit à la fois la règle des propriétés comme la règle des personnes.

Quant au droit de succession, ce qui frappe d'abord dans le droit anté-justinien, c'est la confusion qu'y jette l'obligation que s'étaient créée les prêteurs et les prudents de tout rattacher à la loi des douze tables, tout en la détruisant pièce à pièce. Des dérogations successives viennent fausser à tout moment les règles qu'on feignait de respecter, et leur substituer des

(1) Neratius, l. 18, D. De tutelis. Mais Justinien, novateur hardi, autorisa la tutelle de la mère et de l'aïeule. On assistait à cette époque à la ruine des institutions romaines.

(2) 1 Com. 490.

principes nouveaux manquant d'homogénéité et d'ensemble. Tous ces efforts pour augmenter le nombre des héritiers siens par des analogies, pour faire passer dans la classe des agnats des personnes qui originellement n'y appartenaient pas, comme la mère et ses enfants et petits-enfants, pour assurer des droits à la classe des cognats, que la loi des douze tables repoussait avec dureté, toutes ces tentatives annoncent sans aucun doute de grandes améliorations de détail; mais le système était un dédale, et c'est la gloire de Justinien d'avoir renversé cet échafaudage d'innovations incohérentes, pour reconstruire à neuf, sur les bases du droit naturel, une théorie que le Code n'a fait que perfectionner.

Je pourrais insister plus longtemps; je pourrais faire ressortir le dualisme perpétuel qui plaçait le droit naturel en regard des plus sévères institutions du droit civil, comme pour marquer que la fusion entre l'un et l'autre était encore loin de s'opérer: le mariage et le concubinat, la filiation et l'adoption, le testament et le codicile, la propriété romaine (*res mancipii*), avec la propriété naturelle (*res nec mancipii*); les contrats *stricti juris* et les contrats *bonæ fidei*, etc. Je pourrais mettre en relief cet esclavage des formes qui soumettait le consentement et la volonté à des formules minutieuses; la rigueur tyrannique des actions; l'influence d'une philosophie étroite, qui exagérât les devoirs (1) et voulait faire de l'homme un stoïcien; mais j'ai hâte de finir, et j'en ai dit assez pour montrer que le premier jet manque aux institutions civiles des Romains, qu'on y est trop souvent arrêté par la bigarrure irrégulière des parties hétérogènes qui

(1) L. 35, § 8, D. *De compt. empt.*; *infra*, n° 413.

sont venues s'ajouter les unes aux autres; que l'équité humaine n'y joue pas un assez grand rôle; qu'elle en est à ses jours de lutte et pas encore à ses jours de victoire; tandis que le Code Napoléon offre tous les développements du droit naturel appliqué aux intérêts privés, résume dans la même sphère tous les progrès de la liberté et de l'égalité, et correspond à tous les besoins d'un peuple humanisé. J'avoue que peut-être le Code Napoléon est moins savant et moins élaboré que le droit romain; mais il a une simplicité plus noble, il s'allie plus intimement avec le christianisme rationnel. On aperçoit avec évidence que l'équité y est indigène, tandis que chez les Romains c'était plutôt une étrangère de bonne maison qui n'avait pas encore obtenu ses lettres de naturalité (1).

(1) On voit par-là que je crois à l'existence d'un droit naturel, supérieur à l'homme, et condition de sa nature sociale. Rien ne me paraît plus faux et plus dégradant pour l'humanité que le système contraire, renouvelé d'Archélaüs par M. Bentham, et qui veut que nos actions soient toutes indifférentes, quand il n'y a pas une convention faite entre les hommes pour les rendre licites ou les défendre. A mon sens, il est des règles antérieures à toutes les lois positives, et je ne saurais admettre que les mouvements de la conscience et l'idée du droit soient l'ouvrage du législateur. Ce n'est pas la loi qui a fait la famille, la propriété, la liberté, l'égalité, la notion du bien et du mal, etc. Elle peut sans doute organiser toutes ces choses; mais elle ne fait alors que travailler sur le fonds que la nature lui a donné, et elle est d'autant plus parfaite qu'elle se rapproche davantage de ces lois éternelles, immuables, innées, que le Créateur a gravées dans nos cœurs. Cette pensée, que j'énonce ici en passant, n'est pas de pure spéculation: elle se lie à toute notre existence sociale. Ainsi, par exemple, voulez-vous, avec Vattel, Mirabeau et autres publicistes, que ce soit la loi qui ait fait la propriété: vous arrivez bien vite à ce qu'on appelle la loi agraire et à la plus odieuse tyrannie qui fut jamais. Si, au contraire, on reconnaît,

Du reste, à côté de ces magnifiques résultats que consacre le Code Napoléon, reconnaissons qu'il y a dans les détails d'exécution de nombreuses imperfections qui embarrassent sa marche, et qu'un peu plus d'attention dans ses rédacteurs aurait pu prévenir. Je me suis fait une loi de les signaler ; car je ne suis pas un admirateur aveugle, et je fais mon possible pour être impartial dans mes éloges comme dans mes critiques. C'est aujourd'hui la première condition de l'écrivain qui respecte son lecteur.

4. C'est avec le même esprit d'indépendance que je me suis servi des travaux préparatoires du Code Napoléon. Quelques-unes des discussions du conseil d'État sont des chefs-d'œuvre de science, de haute raison, de connaissance des besoins de la France, comme, par exemple, celle qui est relative à la rescision pour lésion dans la vente, celle qui concerne la dispense d'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs, etc. Ce qu'il y a d'étonnant surtout, c'est la profondeur des vues qu'y déploie toujours le premier consul, dont l'esprit naturellement philosophique domine à une hauteur immense sur tous les jurisconsultes dont le conseil était composé. Après lui, je place M. Portalis, qui était le chef d'une section du conseil, ayant une tendance rebelle aux innovations et hostile à l'esprit révolutionnaire. On remarque dans ce parti M. Bigot, le plus reculé de tous, mais d'un esprit orné, d'une science étendue ; M. Tron-

avec l'histoire et la vraie philosophie, que la propriété dérive de la nature, et qu'elle est une condition de toute société, préexistante à des lois formulées ou à une convention, le propriétaire jouira en paix du fruit de ses sueurs, et la meilleure loi civile sera celle qui le laissera le plus libre.

chet, vigoureux logicien et très versé dans la connaissance des lois civiles ; M. Cambacérès, qui présidait le conseil en l'absence du premier consul, et qui à mon avis est habituellement faible, temporisateur, incertain, et également au-dessous de sa réputation et des fonctions qu'il remplissait. Dans les rangs opposés se distinguait en première ligne M. Treillard, toujours disposé à condamner le passé, toujours enclin vers le système le plus radical, et soutenant par une rare présence d'esprit, par une répartie ingénieuse et forte, sa phalange composée des Réal, des Regnauld, des Cretet, etc., hommes de capacités diverses, doctes, éloquents. Lorsque la discussion s'engage sur quelque question palpitante de l'intérêt du jour, rien n'est plus curieux à observer que le rôle de médiateur que prend le premier consul entre les deux partis. Ce génie incomparable avait compris que son époque était un temps de conciliation et de transaction. Aussi, suivez-le au milieu de ces luttes du côté droit et du côté gauche du conseil d'État ; vous verrez qu'il intervient constamment, avec une rare sagacité et un bon sens exquis, pour proposer un terme moyen, pour jeter dans la discussion un tempérament équitable, et que, par la force de sa raison conciliatrice, il amène pour l'ordinaire les opinions rivales à une transaction. Si le Code Napoléon a opéré la fusion des idées anciennes avec les idées de la révolution ; s'il est empreint de cet éclectisme qui est la philosophie du dix-neuvième siècle, c'est principalement à Napoléon qu'il faut en attribuer l'honneur. Son esprit de conciliation prudente brille dans le Code, comme dans la réunion des partis politiques qui déchiraient l'État.

Mais, après ces séances animées et pleines de hautes leçons, combien de fois ne descend-on pas dans une

médiocrité fatigante et un vide décourageant? Des questions graves sont soulevées; mais, malgré leur importance, elles tombent de tout leur poids dans l'oubli où l'inattention du conseil d'État les laisse dormir. Des réponses qui ne répondent à rien, de petits mots sans portée, des phrases qui se croisent sans se rencontrer, des propositions de remaniement dont on ne voit pas la suite, remplissent un trop grand nombre de procès-verbaux, et viennent, à mon avis, donner un éclatant démenti à ceux qui disent que c'est dans les discussions du Code Napoléon qu'il faut aller chercher le meilleur commentaire de ce grand œuvre. Maintenant, que sera-ce si vous vous jetez dans les discours d'apparat prononcés par les orateurs du gouvernement et du tribunal? A Dieu ne plaise que je veuille en empêcher la lecture aux hommes studieux! car il y a quelquefois, souvent même, à profiter. Mais aussi que d'assertions hasardées, que de maigreur dans les doctrines, que de vaines déclamations, sans même en excepter tout à fait ceux de l'éloquent Portalis, le plus philosophe (1) des jurisconsultes qui prirent part à la confection du Code! Si donc je me suis fait une loi de ne jamais négliger ces sources contemporaines, ce n'est que sous bénéfice d'inventaire, et en me tenant en garde contre l'erreur qui les souille trop fréquemment.

5. L'étude des arrêts a une utilité plus grande et plus journalière; car elle présente au jurisconsulte le spectacle de la loi en action. Autant qu'il a été en moi,

(1) Je ne voudrais pas qu'on regardât comme trop absolue cette restriction que j'apporte à la juste réputation des discours de M. Portalis. Son exposé des motifs du mariage et celui de la propriété sont, par exemple, très remarquables.

je me suis aidé des décisions des cours; j'ai multiplié les applications, afin de ne pas mériter le reproche que Cujas faisait aux auteurs ultramontains: *in re facili multi, in difficili muti*. Mais cette étude réclame plus qu'une autre le secours de l'esprit d'examen et une grande indépendance de jugement.

Les dangers qui accompagnent l'usage des arrêts peuvent être rapportés à deux causes. Ils proviennent de ceux qui les colligent et de ceux qui les rendent.

De tout temps on a reconnu combien la mission de l'arrêtiste est délicate et difficile. Elle demande non-seulement une rare intelligence, un savoir exact et scrupuleux, mais encore la possibilité de vérifier les décisions sur les sources originales. Pour qu'une notice d'arrêt fût bien faite, il faudrait que le rédacteur eût suivi lui-même le débat et assisté à la délibération, ou bien qu'il eût pris connaissance des pièces, et qu'ensuite il dominât la question par ses aperçus critiques. Mais, en fait, l'on sait que les arrestographes ont plus de laisser-aller, et que de fréquents exemples d'inattention se font remarquer dans leurs collections. Voici le jugement sévère que le chancelier d'Aguesseau portait sur le *Journal des audiences*, qui cependant a bien des qualités qui manquent aux compilations que nous possédons aujourd'hui (1).

« Le Journal des audiences du parlement de Paris n'est pas un garant bien sûr des maximes que l'auteur de ce journal met dans la bouche des avocats généraux. Les précis qu'il y rapporte de leurs plaidoyers sont ordinairement assez mal faits; quoi qu'il rencontre quelquefois bien dans les maximes qu'il leur fait avancer, l'ouvrage n'en mérite pas pour

(1) V. mon Comment. sur les Hypoth., p. 55.

» cela plus de confiance, et il a le caractère commun
 » avec la plupart des recueils de cette espèce, qui ont
 » souvent plus d'autorité de loin que de près (1). »

Bretonnier adressait des reproches plus vifs encore
 aux arrêtistes de son temps, parmi lesquels l'on comptait
 cependant des magistrats du plus haut mérite.

« Il y a peu de fond, disait-il, à faire sur la foi des arrêtistes. Car M. Bardet passe pour l'un des plus exacts. Cependant il s'est lourdement trompé ici. Que peut-on juger des autres? je ne sais si ce que je vais dire ne passera pas pour un blasphème. M. Louet, pour qui l'on a tant d'estime au Palais, et avec raison, s'est souvent trompé. La plupart des arrêts par lui cités sont mal appliqués... M. Leprêtre, rapportant un arrêt cité aussi par M. Louet, lui donne un autre sens, une autre date, et donne d'autres noms aux parties.

» Si deux magistrats aussi éclairés, qui étaient tous
 » deux de la même chambre, qui avaient assisté tous
 » deux au jugement, rapportent l'arrêt tout différemment, que doit-on attendre des autres? Si ceux dont on peut dire, *vos dii estis*, sont capables de se tromper, que ne feront pas les mortels (2)? »

Il semble, aujourd'hui que les arrêts sont motivés, qu'il soit plus facile aux arrêtistes d'en saisir le véritable sens et d'en rendre la physionomie. Cependant de nombreuses imperfections laissent subsister, à peu près dans toute leur force, les censures de d'Aguesseau et de Bretonnier. Tantôt les faits sont tronqués et supprimés totalement; et cependant qu'est-ce qu'un arrêt sans un exposé fidèle et détaillé des faits qui

(1) T. 8, lettre 420.

(2) Sur Henrys, t. 4, p. 312.

l'ont amené? tantôt ce sont les motifs que l'arrêtiste retranche, sous prétexte d'une identité dont il se rend seul juge, et qui est souvent fautive; ici, une circonstance décisive se trouve omise et laisse l'arrêt inexplicable; là, les faits retracés par la notice sont en opposition avec ceux que la décision déclare constants, sans que rien prépare celui qui lit à cet antagonisme, et lui en donne la clé. Joignez à cela l'inexactitude qui dépare quelquefois les sommaires et trompe le lecteur inattentif ou pressé par le temps; l'exposé incomplet des moyens des parties, l'absence des conclusions du ministère public, etc. Sans doute, ces défauts ne sont pas habituels, et ils sont rachetés par beaucoup de qualités. Ils tiennent moins à l'insuffisance de capacité de MM. les arrêtistes, qui sont des avocats distingués et très occupés, qu'à la nature même de ce genre de travail, qui est ingrat et rebutant (1), et qui est rarement accompagné des documents originaux qui peuvent l'éclairer. Mais il n'est pas moins vrai qu'en l'état des choses, les collections d'arrêts ne doivent être consultées qu'avec de grandes précautions. C'est pourquoi j'ai cru que c'était pour moi un devoir de signaler les lacunes que j'ai trouvées dans ces sources précieuses pour la science, et les plus consultées de toutes. Si ceux qui concourent à la collection des arrêts étaient bien convaincus de la haute importance que les praticiens et même certains juges attachent à une décision par cela seul qu'elle est imprimée, ils sentiraient que leur mission est très grave, et que, malgré le peu

(1) Le président Favre, qui fut aussi un arrêtiste du premier mérite, disait cependant que ce genre d'occupation lui paraissait peu digne de lui. *Mihi pigebat maxime (nec enim dissimulo) TAM IGNOBILI LABORI tantum temporis dari.* (Préface de son Code.)

d'attrait qu'elle offre dans l'exécution, on ne saurait y apporter trop d'attention, de zèle et de scrupule.

Une seconde cause qui doit mettre en garde contre les arrêts, c'est la position de ceux qui les rendent.

Le jurisconsulte Celsus a très bien dit : *Bonus iudex variè ex personis causisque constituet* (L. in fundo. D. de rei vindic.). Je ne veux pas de meilleure preuve que ces paroles pour établir que les arrêts ne doivent pas en général tirer à conséquence; car si leurs décisions dépendent des circonstances du fait et de la personne, de quelle incertitude inévitable ne sont-ils pas environnés, puisque, dans presque aucune affaire, le fait ne se présente identique et la personne dans les mêmes conditions (1)? Aussi Dumoulin a-t-il écrit cette maxime, qui est devenue proverbe : *Modica enim circumstantia facti, inducit magnam diversitatem juris* (2); les faits sont si flexibles, ils se voilent derrière des nuances si diverses, ils exercent une si grande influence sur l'esprit du juge, qu'en général les arrêts ne doivent être pris que comme des décisions sur des points de fait, plutôt que sur des questions de droit. C'est ce que reconnaissait le président Favre, qui excella également et dans les hautes théories de la science, et dans les fonctions du magistrat. Il disait que, comme juge, il avait souvent été obligé d'émettre des sentiments contraires à ce qu'il avait écrit comme docteur, et que les opinions vulgairement admises, et qui habituellement servent de règle aux transactions des parties, avaient eu plus d'empire sur lui que les doctrines scientifiques qui les condamnent (3); c'est

(1) C'est la remarque de Quintilien, *Inst. orat.*, lib. 5, c. 2.

(2) Des Censives, § 78, n° 164.

(3) Préface de son Code.

en effet que l'équité, élevant sa voix puissante, dominait l'esprit de ce juge sévère qui dans ses livres l'avait fièrement proscrite, et le forçait à tenir compte des faits, des préjugés, des accidents qui placent une si grande distance entre la pratique et la spéculation, entre les hommes et les théories! Ainsi sont faits tous les magistrats: et il n'en est pas un qui ne compose, qui ne doive même composer avec les faits, et tempérer le droit par les circonstances de la cause. Favre déplorait ce malheur : *Improbo planè ac miserando iudicantium fato, quibus necesse est ità facere, ne credantur conscientiam onerare, si veram scientiam potius quàm vulgi imperitiam sectantur*. Mais si c'est un malheur pour la science, forcée de répudier si souvent les œuvres du juge, ce n'en est pas un pour la justice, qui veut qu'on prenne les parties telles qu'elles sont, et non telles qu'elles devraient être. Il n'y aurait véritablement excès que si le juge pliait les faits à une volonté arbitraire, afin de changer les termes de la question et d'échapper à un principe qui l'importune.

Malheureusement, l'*abus*, qui, comme le dit Montesquieu en parlant précisément de cette matière, *l'abus, qui se glisse dans tout ce qui passe par la main des hommes*, vient ajouter cette dernière cause de défiance pour les arrêts à celles que ce genre d'autorité porte naturellement en soi. Il y a longtemps qu'on a reproché au juge de moins s'attacher aux règles qu'aux lieux incertains d'une équité apparente (1). Un aperçu saisit son esprit; il l'embrasse avec ardeur, il s'en pénètre avec force; et voilà le procès jugé avant d'avoir été approfondi. L'intérêt qui s'attache à une

(1) Bretonnier, sur Henrys, t. 2, p. 253, n° 8.

partie, la commisération due à une infortune, colorent un faux-fuyant du nom d'équité, et arrachent à un principe une exception de circonstance. A cet entraînement s'ajoute le louable désir d'expédier les affaires, et de ne pas faire languir le cours de la justice. Le temps presse, et on laisse échapper de ces arrêts qui, dans leur incomplète brièveté, motivent la question par la question, ou qui, improvisés, sans lecture de pièces, portent l'empreinte de la précipitation qui les a fait naître. Il est vrai qu'avec cette activité trop hâtive, on occupe une place honorable dans les statistiques, qui comptent sans peser. Mais on est relégué à un rang fort inférieur par la science, qui pèse et ne compte pas. Loisel a dit : *Sage est le juge qui écoute et TARD JUGE. CAR DE FOL BRIEFVE SENTENCE* (1). C'est là l'histoire des bons arrêts, et la pierre de touche des mauvais.

Ces considérations expliqueront à ceux qui cherchent dans un auteur l'indépendance et l'impartialité, pourquoi, tout en explorant avec exactitude les monuments de la jurisprudence, je leur refuse souvent par une critique austère l'autorité que le vulgaire leur attribue. En cela je ne fais qu'imiter nos anciens et nos maîtres. « La manière dont j'ai raisonné sur ce point (ce sont les paroles de M. Merlin) est une nouvelle preuve du danger qu'il y a pour les magistrats et les jurisconsultes de prendre aveuglément les arrêts pour base de leur opinion (2) », et un vieil auteur de province, Maynard, jetant sa désapprobation contre les arrêts du parlement de Paris, s'écrie souvent : *Cet arrêt est digne de mémoire, mais COMME*

(1) Liv. 6, t. 3, n° 14.

(2) Répert. t. 47, p. 408, col. 2.

PARADOXE (1). On approuvera chez moi la même liberté. Car, comme l'ancien procureur général à la Cour de cassation, et comme le magistrat toulousain, je ne parle que dans l'intérêt de la science et de la vérité.

Il est du reste un point sur lequel la magistrature française méritera toujours la haute approbation du pays. C'est que, si on peut relever des erreurs dans ses décisions, on trouve toujours en elle l'ardent amour de la justice, uni à une soumission sincère à la loi, devant laquelle toutes les volontés doivent s'abdiquer. Ce mérite est d'autant plus grand, qu'on ne saurait donner le même éloge à toutes les magistratures dont l'histoire nous a conservé le souvenir. A Rome, nous voyons le juge du droit, le préteur, plier ses édits aux circonstances, s'élever au-dessus de la loi écrite, et, tout en l'environnant d'un respect simulé, la fouler aux pieds et la réduire à un vain mot. Toutefois, je n'irai pas avec Heineccius lui en faire un reproche; car le préteur ne fut que l'instrument dont se servit le mouvement progressif de la société romaine pour échapper aux entraves du droit sacerdotal et aristocratique, et ramener à l'équité naturelle une législation fondée sur les combinaisons étroites du droit civil. Mais ce qu'il fit pour le bien, d'autres pourraient le faire pour pervertir le droit, et c'est la gloire de la magistrature française de n'avoir jamais aspiré à ce pouvoir, qui réforme la loi écrite et promulguée, et oppose puissance à puissance. Il est vrai que son organisation met de grandes entraves à ce genre d'envahissement. Le nombre des juges qui épure les discussions, qui tempère les har-

(1) Liv. 4, ch. 27.

diesses de l'esprit aventureux, qui résiste aux systèmes de l'esprit solitaire, ramène toutes les exagérations dans un juste milieu; tandis que le juge unique trouve dans son isolement, dans l'absence de contrepoids, une force de destruction irrésistible. Les partisans du juge unique ont souvent cité à l'appui de leur dangereuse théorie l'exemple des préteurs romains. Bel exemple à suivre en effet, si l'on voulait renverser le Code Napoléon, que la France admire et que l'Europe envie!!!

6. Au-dessus des autorités contemporaines dont je viens de parler, et à une bien plus grande hauteur, se trouvent d'autres sources d'instruction auxquelles j'ai abondamment puisé. Je veux parler des lois romaines et des anciens jurisconsultes. Lors du premier enthousiasme que produisit la possession d'un nouveau Code, des hommes inattentifs se persuadèrent qu'il renfermait à lui seul toutes les notions nécessaires désormais à la magistrature et au barreau, et ils saluèrent d'un adieu superbe tout ce que les temps antiques avaient possédé de savant et d'illustre en jurisprudence. Mais en droit, comme en histoire, comme en politique, comme en tout, c'est une prétention déraisonnable que de vouloir rompre avec le passé. Tandis que la suffisance dédaigneuse du moment s'imaginait que la science avait été mise à l'étroit dans les limites d'articles numérotés, et que le cercle de Popilius lui avait été tracé pour toujours, la science brisait, aux premiers essais, ses faibles liens; elle débordait de toute part, elle apparaissait insaisissable, immense, n'ayant d'autres bornes que l'esprit humain et la variété infinie des intérêts qui s'agitent dans la société. Alors, il fallut renouer la chaîne des temps, et demander conseil au passé, c'est-à-dire à l'expérience,

et le droit romain fut réhabilité. Il est vrai qu'en général, et malgré les nobles efforts de doctes professeurs, tels que MM. Ducaurroy, Blondeau, etc., il l'a été plutôt de nom que de fait, et que la masse des légistes n'a pas encore en lui cette foi active qui fait pratiquer la règle qu'on respecte. Cependant pensons-y bien! le droit romain est le foyer lumineux où brillent ces éternels principes sur lesquels s'élève l'édifice du droit moderne. Là ils sont exprimés avec l'énergie antique et la profondeur particulière au génie romain; là ils sont développés, analysés, poursuivis dans leurs conséquences et leur application, avec une richesse qui atteste à la fois le grand mouvement des intérêts civils chez les anciens et le coup d'œil perçant de ceux qui avaient mission de les classer et de les systématiser. Quant à nos vieux jurisconsultes, aux Cujas, aux Dumoulin, aux Fabre, aux Loyseau, et autres qu'il est inutile d'énumérer, parce que leurs noms, si ce n'est leurs écrits, sont assez connus, je le dis avec conviction, il ne me paraît pas possible de faire en droit des études fortes, si l'on ne va pas se retremper à leur école. Ces hommes de génie, véritables géants de la science, portèrent le droit au plus haut degré de splendeur. Histoire, philologie, belles-lettres, morale, philosophie, ils mirent tout à contribution pour étendre la sphère du droit, que la rouille du moyen âge avait rapetissée. Ce Cujas, par exemple, qu'on se représente souvent comme un pédant chargé d'un inutile et fastidieux savoir, est, au contraire, un esprit orné et poli, parlant avec élégance, et sachant donner à sa pensée le tour le plus ingénieux. Sa clarté est remarquable; elle surpasse souvent celle de Pothier lui-même, et je ne crains pas de dire qu'il y a dans ce dernier auteur telle idée que je n'aurais

jamais comprise sans le secours de Cujas (1). Tous enfin ont su imprimer sur leurs ouvrages une verve originale, une verdeur de pensée et d'expression qui est pleine d'attrait. C'est en eux qu'on trouve une nourriture solide et de mâles instructions. Avec eux, l'on sent que la jurisprudence est pleine de grandeur, et qu'il n'y a pas une science morale avec laquelle elle ne puisse rivaliser de richesse et d'élévation. Eh bien ! ce qu'ils ont fait pour le droit ancien, il serait beau sans doute pour le dix-neuvième siècle de l'exécuter sur le Code Napoléon, plus digne encore que le droit ancien de ces grands travaux. Que toutes les gloires du passé soient donc sommées de venir porter leur tribut aux pieds du chef-d'œuvre des temps modernes ; que ces illustrations, trop délaissées jusqu'à présent, soient évoquées, pour ainsi dire, afin de lui prêter la force et la lumière de leur génie. Que la critique, la philosophie, l'histoire, les origines, les coutumes, le droit comparé, etc., viennent agrandir le cercle de la science et l'arracher à des proportions trop mesquines. Ni les tendances philosophiques, ni les grands travaux d'histoire ne manquent à la France. Mais ces hautes études, faute de cette confiance, si énergique en Allemagne, dans l'utilité et l'intérêt des développements de la jurisprudence transcendante, vivent comme dans un monde à part, et laissent le droit dans l'isolement. En veut-on une preuve bien grande ? C'est que nous n'avons pas encore une seule histoire interne du droit français !!! Et cependant, je le dis après avoir sondé la profondeur d'un tel sujet, il n'en est pas de plus digne d'un grand talent et de plus capable de faire revivre au dix-neuvième siècle les

(1) V., par exemple, n° 516, *infra*.

athlètes glorieux du seizième. Pour moi, je n'ai malheureusement pas la puissance et les qualités nécessaires pour réconcilier à la science du droit, ainsi restaurée, les esprits énergiques qui s'en éloignent. Cependant l'on me saura gré de quelques efforts pour cimenter l'alliance des anciens maîtres de la science avec le Code, qui résume leurs travaux et ne les efface pas. J'ai voulu surtout protester contre une pensée décourageante, souvent répétée avec triomphe par ceux qui préfèrent les lueurs d'une équité capricieuse aux lumières de la raison écrite : *Le droit s'en va !*

CODE NAPOLÉON

LIVRE III TITRE VI

DE LA VENTE.

DÉCRETÉ LE 6 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 16.

CHAPITRE I^{er}.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DE LA VENTE.

ARTICLE 1582.

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

SOMMAIRE.

1. Définition et importance de la vente. Pourquoi elle a été précédée par l'échange à toutes les époques de barbarie.
2. La vente est du droit des gens et du droit naturel.
3. A quelle espèce de contrat appartient la vente?
4. Dans le droit romain et l'ancien droit français, la vente n'obligeait pas précisément le vendeur à rendre l'acheteur propriétaire. Preuves que cette doctrine, peu satisfaisante d'ailleurs pour la raison, a été repoussée par les textes du Code Napoléon. Déjà, sous l'ancien droit, d'habiles jurisconsultes l'avaient combattue. Réfutation de l'opinion de M. Toullier.
5. Doubles effets de la vente. Renvoi.
6. Trois conditions sont nécessaires pour la perfection de la vente, *res, pretium, consensus*. Cas où il n'y a pas vente.
7. Contrats qui tiennent de la vente : 1^o *Dation en paiement*. Rapports et différences avec la vente.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

8. 2° *Donation rémunératoire* pour services appréciables en argent. Quand le donateur est-il tenu de l'éviction de la chose ainsi donnée?
9. 3° *Donation avec charge*. De l'éviction en pareil cas.
10. 4° *De l'échange avec soulte*.
11. 5° Dans le droit romain, le *partage* contenait cession. Il en est autrement dans le droit français. Origine de cette innovation combattue par Dumoulin. Physionomie à part de l'éviction en matière de partage.
12. 6° *De la licitation*. Quand est-elle vente? Quand est-elle partage?
13. Du consentement en matière de vente. Renvoi. De l'erreur sur la chose et sur la qualité substantielle.
14. De l'erreur sur la qualité accidentelle.
15. Difficulté de distinguer l'erreur accidentelle de l'erreur substantielle. Exemple tiré de la vente d'un tableau de maître.
16. Consentement à l'égard du prix et lésion. Renvoi.
17. Cas où il n'est pas nécessaire que le consentement soit libre.
18. Forme dans laquelle le consentement doit être donné. Cas où les parties ont voulu que le consentement fût donné par écrit. Lois de Justinien à cet égard.
19. Esprit du Code Napoléon sur ce point. L'écriture n'est pas nécessaire pour la perfection de la vente, à moins que les parties n'en aient fait une condition essentielle. Examen et rejet d'un arrêt de Bourges.
20. Il ne faut pas confondre des pourparlers avec une vente consommée.
21. De la vente par lettre missive. Peut-elle avoir lieu sous le Code Napoléon?
22. A quel moment s'opère la conclusion du marché?
23. Première période pendant laquelle le consentement des deux correspondants doit persister.
24. Tant que la lettre n'est pas encore lue par celui à qui elle est adressée, celui qui l'a écrite peut la révoquer.
25. Deuxième époque pendant laquelle le consentement doit persévérer.
26. Troisième époque.
27. *Quid* si les offres contenues dans la correspondance, et ensuite rétractées, ont occasionné quelque dommage?
28. Il faut que la correspondance contienne preuve d'un consentement bilatéral.
29. Néanmoins le consentement de celui à qui la proposition est adressée peut résulter d'un fait d'exécution.
30. Mais le fait doit exactement cadrer avec la proposition.

Examen d'un arrêt du parlement de Paris et de quelques commentaires qui en ont été faits.

31. Si la preuve de la vente par lettres nuit à l'égalité de position entre les parties. Erreur de la cour de Poitiers.
32. De l'acte fait double dans la vente sous seing privé. Critique de l'art. 1325 du Code Napoléon.
33. Si un acte sous seing privé, non fait double, sert de commencement de preuve par écrit. Opinion de M. Duranton rejetée.
34. La vente sous seing privé peut être opposée aux tiers et être transcrite.
35. Formes particulières pour les ventes publiques.

COMMENTAIRE.

1. La vente est le contrat le plus fréquent dans l'usage de la vie; elle rapproche les hommes, elle met les biens en circulation; à côté du besoin, elle place le moyen de le satisfaire. Elle établit l'équilibre entre celui qui a trop et celui qui veut acquérir ce qu'il n'a pas. Sans elle, la société manquerait de son instrument le plus énergique de communication commerciale et de mouvement dans la propriété.

Dans l'ordre chronologique, la vente a été précédée par l'échange (1). Quand il n'y avait pas encore de monnaie ou lorsque l'argent était rare, c'est par le commerce des choses en nature que les hommes pourvoient à leurs nécessités. Les jurisconsultes romains ont fait ressortir ce fait, dont ils trouvaient la preuve dans les traditions conservées sur la barbarie qui avait enveloppé les premiers siècles de la Grèce et de Rome (2). Nous le rencontrons aussi dans la barbarie moderne du moyen âge, qui, comme l'a si bien montré l'illustre Vico (3), représente trait pour trait tous les caractères de la barbarie primitive (4).

(1) L. 1, Dig. *De cont. empt.* Connanus, t. 2, p. 96, col. 1, n° 6. M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 123.

(2) Voyez les faits rapportés par Connanus, *loc. cit.*

(3) Science nouvelle, trad. de M. Michelet.

(4) On lit, par exemple, dans les Annales de Lorraine, que ceux

On doit également remarquer que dans ces temps grossiers, alors même que la vente est devenue en usage, la propriété foncière est, pour ainsi dire, frappée d'immobilité. Les possesseurs tiennent à leurs terres par une foule de liens qu'ils ne peuvent se décider à rompre. L'aliénation d'un champ qu'on tient de ses pères, est considérée comme un acte honteux et comme un signe d'ingratitude et de détresse (1). D'ailleurs, comme les domaines sont immenses et d'une seule tenure, que l'esprit d'isolement domine les propriétaires, et qu'un état stationnaire enveloppe la société, on n'éprouve que très rarement le besoin de ces échanges qui, dans l'état de civilisation, sont déterminés par la nécessité de s'agrandir, ou par le désir de transporter ailleurs le centre de sa fortune, ou par des spéculations qui ont pour but de l'augmenter. Les seules aliénations dont les immeubles soient l'objet dans ces temps primitifs, sont des cessions de terres faites à charge de cens, et dont l'utilité consiste en ce que l'une des parties a trop de terres riches en fruits, dont l'autre partie manque absolument (2).

2. La vente appartient au droit des gens et au droit naturel; au droit des gens (3), car elle est pratiquée chez toutes les nations connues, soit sous forme de vente, soit sous forme d'échange; au droit naturel, car elle n'est si généralement répandue que parce

qui achetaient du sel aux salines de Vic, le payaient en denrées (Hist. des évêques de Toul, par Adson, cli. 19, dans les preuves de D. Calmet). On sait aussi que c'est par la voie de l'échange que se fait encore aujourd'hui le commerce chez plusieurs peuples d'Afrique et d'Amérique, qui ne connaissent pas l'usage de la monnaie (Voyages de Cook dans les mers du Sud, etc., etc.).

(1) Quelques-uns de ces préjugés existent encore dans le midi de la France.

(2) Vico, *loc. cit.*, p. 183.

(3) L. 1, § 2, D. *De cont. empt.* Inst. de jure nat., § *sed jus quilem*. Pothier, Vente, n° 2.

qu'elle est un fruit spontané de la nature sociale de l'homme. Ainsi, l'étranger et même le mort civil peuvent vendre et acheter. Le droit dont ils usent alors, n'excède en rien la position spéciale dans laquelle ils se trouvent placés par le droit civil.

3. Notre article définit la vente une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Paul avait déjà dit dans la loi 5, § 1, Dig. *De præscript. verbis* : « Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio est. »

La vente est un contrat consensuel; car elle se forme par le seul consentement des parties contractantes. (Art. 1583.)

Elle est un contrat synallagmatique; car le vendeur et l'acheteur s'obligent réciproquement l'un envers l'autre. (Art. 1101.)

Elle est un contrat commutatif; car l'intention du vendeur est de recevoir en argent l'équivalent de ce qu'il livre en nature. (Art. 1104.)

4. D'après notre article, le vendeur s'oblige à livrer la chose. Ceci répond à cette idée d'Ulpian, exprimée dans la loi 11, § 2, Dig. *De act. empt.* : « In primis rem præstare venditorem oportet, id est TRADERE. »

Cependant les jurisconsultes romains allaient plus loin : ils disaient que le vendeur n'était pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire de la chose. Africain s'exprimait ainsi : « Hactenus tenetur (venditor) ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat (1). » Suivant cette théorie, le vendeur n'était obligé qu'à faire tradition de l'objet vendu, et à défendre l'acheteur des troubles qui l'inquiéteraient; mais il ne contractait pas l'obligation précise de transférer la propriété à l'acquéreur. Ainsi, si par exemple, Titius eût vendu un immeuble dont il se croyait propriétaire, mais qui dans le fait ne lui appartenait pas, son acheteur n'aurait pas eu le droit de se plaindre

(1) L. 30, § 1, Dig. *De act. empt. et vend.* V. *infra*, n° 230.

tant qu'il n'aurait pas été inquiété par le véritable propriétaire; car la vente n'obligeait pas Titius à l'investir de la propriété, mais seulement à lui transférer tous les droits, et à le garantir en cas d'éviction. Lorsque, par une clause expresse, le vendeur s'obligeait à rendre l'acquéreur propriétaire, c'était une stipulation exorbitante du contrat de vente; le contrat cessait même d'être qualifié vente, il rentrait dans la classe des contrats innommés. C'était une obligation *ob rem dati re non secuta* (1).

Toute cette théorie du droit romain me paraît dominée par l'influence du vieux droit civil de la république, qui était esclave des mots et qui mesurait la portée d'un contrat sur la dénomination qu'il avait dans la langue scientifique, et sur les expressions sacramentelles dont on se servait pour le former entre les parties. Comme rien dans les formules ordinaires et dans la qualification du contrat de vente n'impliquait précisément l'obligation de transférer la propriété, comme ce contrat avait un sens réel et un but positif, à part toute nécessité de rendre l'acheteur propriétaire incommutable, on avait pensé qu'il fallait se tenir en dehors de cette nécessité, afin de ne pas faire dire aux mots ce qu'ils n'exprimaient pas directement. Presque toujours, dans le droit romain, on trouve les vestiges de ces idées rétrécies, qui présidèrent à la constitution aristocratique du droit civil dans les premiers siècles de Rome, et dont les prudents et les prêteurs eurent tant de peine à l'affranchir (2). Du reste, dans les contrats qui étaient moins romains (si je puis parler ainsi), c'est-à-dire moins soumis aux exigences de ce droit civil si arbitraire

(1) Celsus, l. 16, D. *De condict. causâ datâ*, Pothier, Pand., t. 1, p. 550, n° 6. Cette loi a reçu un grand nombre d'explications: elles sont passées en revue et discutées par Passeribus, dans son livre intitulé, *Conciliatio legum*, p. 204.

(2) L'ouvrage de Vico place cette vérité dans tout son jour.

et si jaloux de ses anomalies, on trouvait des principes plus larges et plus conformes au droit naturel. C'est ainsi que dans l'échange, il était admis que chaque partie devait se rendre respectivement propriétaire de ce qu'elle donnait et de ce qu'elle recevait (1). Pourquoi cette différence entre la vente et l'échange? Logiquement, il est impossible de le dire. Historiquement, c'est parce que la vente était un contrat nommé (*contractus nominatus*), empreint des traces du droit arbitraire qui l'avait constitué à son origine, tandis que l'échange était un contrat innommé (*contractus innominatus*), sur lequel les règles du droit naturel et de la raison dominèrent sans partage.

Quoi qu'il en soit, la doctrine que je viens d'exposer sur les effets de la vente passa tout entière dans l'ancien droit français sous les auspices de Dumoulin (2) et de Pothier (3).

Reste à savoir si elle est compatible avec le Code Napoléon.

Notre article paraît au premier coup d'œil la confirmer; toute l'obligation qu'il fait découler de la vente, c'est de livrer la chose, ce qui répond à ces expressions d'Africain, *ut rem emptori habere liceat*; d'où semble résulter la conséquence que l'acquéreur n'a pas droit d'exiger d'être investi de la propriété (*non etiam ut ejus faciat*); qu'il doit être satisfait lorsqu'il n'est pas troublé dans sa jouissance (4).

Mais, si on veut rapprocher ce texte de plusieurs autres dont il ne doit pas être séparé, on se convaincra que le Code Napoléon a été conçu sous l'influence d'autres idées, et qu'il attache à la vente l'obli-

(1) V. mon commentaire sur les hypothèques, t. 4, n° 851 et 853.

(2) *De eo quod interest*, n° 127.

(3) Vente, n° 1 et 48.

(4) Ajoutez aussi l'art. 1603, qui, pris isolément, semble avoir le même sens.

gation de transférer à l'acheteur la propriété même, et non pas seulement un usage paisible de la chose.

L'art. 1583 me paraît conduire à ce résultat : « La vente est parfaite entre les parties, dit-il, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix » ; donc la convention contient l'obligation implicite de faire passer à l'acheteur la propriété de la chose qui lui est livrée (1), et l'on ne peut plus dire avec Africain *non etiam ut ejus faciat*. L'art. 1662 confirme encore cette conclusion.

Elle est corroborée par l'art. 1604, qui définit la délivrance, le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. Ce mot *puissance*, dont on ne trouve l'équivalent dans aucun texte emprunté aux lois romaines, ni dans les définitions que Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du Code Napoléon, donne de la livraison de la chose (2), est d'une énergie remarquable. Il est bien plus significatif que le *rem emptoris habere licere* des Romains, qui n'implique qu'une possession libre et pleine de la chose, *vacua possessio* (3). Ce n'est pas seulement un droit de possession aussi large que possible, que le législateur envisage dans la délivrance ; il y voit quelque chose de plus : il veut que l'acheteur ait sur la chose un droit de puissance, c'est-à-dire tout ce qu'il y a de plus éminent dans les relations de l'homme avec la chose, ou, en d'autres termes, un droit de propriété.

Et comment pourrait-il se faire que la délivrance

(1) Ce qui revient à la loi 167, Dig. *De reg. juris*. « Non videtur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt. »

(2) Vente, n° 42 et suiv. Ce mot *puissance* est pris à Domat (*infra*, n° 263, note 4) ; mais Domat est bien loin d'avoir formulé, comme Pothier, le principe des lois romaines. Ce principe est tellement déguisé dans son ouvrage, que je doute qu'il ait voulu le transporter dans le droit français.

(3) Paul, l. 1, § 1, Dig. *De act. empt.* Ou bien, comme disait Pomponius : *Sine interpellatione obtinere*, l, 188. § *De verb. oblig.*

ne fût pas un investissement de la propriété ? comment pourrait-on supposer que le Code n'a entendu parler que d'une livraison telle que la définissent et la limitent les lois romaines ? Le Code, en effet, déclare nulle la vente de la chose d'autrui (art. 1599), à la différence des lois romaines, qui lui donnaient effet (1). L'acheteur a donc le droit de se plaindre, lorsque le vendeur ne lui transmet pas la propriété.

Ce qui faisait que, dans le système du droit romain, la vente de la chose d'autrui était permise, c'est que le contrat de vente ne consistait pas dans la translation de la propriété de la chose vendue, mais qu'il suffisait que le vendeur fit avoir la chose à l'acheteur (2). L'interdiction de la vente de la chose d'autrui par le Code Napoléon, prouve que son système est tout différent, et qu'il lui répugne de détacher la translation de la propriété des effets du contrat de vente.

Conséquente avec le principe que la vente ne transférerait pas la propriété, l'ancienne jurisprudence ne voulait pas qu'un acquéreur fût fondé à se plaindre de ce que la propriété résidait dans la personne d'un tiers, alors que le tiers ne l'inquiétait pas (3). Tant qu'il n'était pas troublé, il ne pouvait se refuser au paiement du prix (4), et sa paisible jouissance était considérée comme réalisant toutes les promesses du vendeur.

Le Code Napoléon est bien loin de se montrer aussi indulgent envers le vendeur qui a aliéné une chose dont la propriété était au moins douteuse entre ses mains ; et, par son art. 1653, il autorise l'acquéreur à refuser le prix lorsqu'il a juste sujet de craindre une action en revendication. Pourquoi une pareille dispo-

(1) V. ce que je dis sur l'art. 1599, n° 231, 233.

(2) Pothier, Vente, n° 7.

(3) Id., *Ibid.*, n° 1, 48, 283.

(4) *Idem*, n° 283. La loi 18, § 1, D. *De peric. et com. rei venditæ*, voulait que la question de propriété fût soulevée. *Domini questione morâ* (*infra*, n° 609).

sition, s'il n'était pas certain que, le vendeur n'ayant pas satisfait à toutes les obligations du contrat de vente, en ne transférant pas une propriété incommutable, l'acquéreur n'est pas forcé d'accomplir les obligations corrélatives qu'il s'est imposées?

Il me paraît donc certain que le Code Napoléon (1) a rejeté la doctrine beaucoup trop subtile des lois romaines, doctrine que Dumoulin et Pothier avaient adoptée contre toutes les règles de l'équité et de la raison. Ce dernier jurisconsulte a cherché à la concilier avec sa définition de la vente, qui, suivant lui, est un contrat par lequel le vendeur s'oblige envers l'acheteur de lui faire avoir la chose librement et à titre de propriétaire; et cependant, il ne veut pas que la vente renferme l'obligation de transférer la propriété à l'acheteur, de manière que ce dernier serait propriétaire de fait et non de droit, et que son titre ne serait que celui d'un quasi-propriétaire. Tout cela ne se comprend qu'avec effort, et je ne vois pas ce que gagne la science à de pareilles arguties. Aussi, dès avant le Code Napoléon, beaucoup de bons esprits avaient-ils fait effort pour les bannir de la jurisprudence. Caillet, professeur à Poitiers, au commencement dix-septième siècle, avait soutenu que le principe des jurisconsultes romains était purement arbitraire et contraire à la nature des choses (2). Grotius y voyait une dérogation au droit naturel et une fiction du droit civil (*commenta juris civilis*), qui n'était pas observé partout (3). Bourjon paraît avoir partagé cette opinion; car il donne, en propres termes, à l'achat l'effet de faire passer la propriété dans la per-

(1) V. *infra*, n° 234, un passage d'un discours de M. Grenier, organe du tribunalat. M. Faure, autre orateur du tribunalat, disait aussi : *La transmission de propriété est l'objet de la vente.* (Fenet., t. 14, p. 157.)

(2) Comment. sur le titre du C. *De evict. ad leg. 5.* On le trouve dans le Trésor de Meerman, t. 2.

(3) *De jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 12, n° 15.

sonne de l'acheteur, ajoutant que c'est là *son effet naturel* (1). Il n'est pas étonnant que le Code Napoléon, qui a eu pour mission de simplifier les notions du droit, ait donné la préférence à cette opinion (2).

Cependant M. Toullier a cherché à restaurer sur ce point, dans son XIV^e et dernier volume (3), la théorie contraire que je considère comme de tout point surannée. La grande autorité dont jouissent les opinions de M. Toullier rendrait ma démonstration incomplète, si je n'établissais que, dans cette circonstance, ce savant auteur n'est pas resté fidèle à l'esprit de saine critique qui lui a fait si souvent découvrir les innovations et les progrès du Code. Je suis donc forcé d'ajouter quelques preuves à celles que j'ai déjà déduites. Ce point est fondamental : il domine toute la matière de la vente, et il ne serait pas possible de se faire des idées justes sur le plus fréquent de tous les contrats, si un principe aussi essentiel restait obscur et douteux.

D'abord je laisserai M. Toullier combattre l'auteur du nouveau Denizart, qui avait cherché à échapper à l'ancienne doctrine, peu satisfaisante pour sa raison (4). Que ce jurisconsulte ait été mieux servi par l'intuition de son bon sens que par son analyse et sa critique; qu'il ait donné d'assez faibles arguments à l'appui d'une idée que le génie philosophique de Grotius avait embrassée comme vraie, c'est ce qui importe peu aujourd'hui. Le Code Napoléon a parlé : lui seul doit être le centre de la discussion.

L'art. 1599, qui a déclaré nulle la vente de la chose d'autrui, a opéré une innovation remarquable dans le droit français. J'ai cherché plus haut à ex-

(1) T. 4, p. 458.

(2) M. Duranton a aussi défendu cet avis (t. 16, n° 18, et t. 10).

(3) Nos 240 et suiv.

(4) V° 4. Garantie.

pliquer sa puissance et sa portée; et, tout en le restreignant dans de justes limites, j'ai démontré qu'il engendre de graves conséquences, et qu'il n'a pas été jeté dans le Code comme une disposition inerte et parasite (1). Puisque la vente de la chose d'autrui est nulle, il s'ensuit que le vendeur, qui ne transmet pas à son acheteur un droit de propriété plein et non équivoque, ne satisfait pas à son principal engagement, et qu'il s'expose à une action en nullité. Quelle est la sanction d'une vente nulle? C'est une action en nullité. Si le vendeur cède une chose qui ne lui appartient pas, si l'acquéreur n'est pas investi de la propriété, s'il est menacé par le droit d'un tiers véritable propriétaire, le contrat est nul, et l'acquéreur peut poursuivre l'anéantissement de la vente contre le vendeur qui n'a pas rempli ses obligations. Cette idée ressort avec évidence, non-seulement de l'art. 1599 du Code Napoléon, mais encore de plusieurs autres qui le confirment. Je citerai 1° l'art. 1583, qui veut qu'aus sitôt qu'il y a convention sur la chose et sur le prix la PROPRIÉTÉ soit acquise de droit à l'acquéreur; 2° l'art. 1604, qui définit la délivrance le transport de la chose en la PUISSANCE de l'acheteur, et je viens de dire (2) que ce mot puissance a une si grande énergie, qu'il ne peut faire allusion qu'au droit de propriété; 3° l'art. 1653, qui regarde un juste sujet de craindre l'éviction comme suffisant pour autoriser la séquestration du prix entre les mains de l'acheteur, et j'ai montré que cet article dépasse ici en protection et en faveur les lois romaines et l'ancienne jurisprudence, qui exigeaient que la question de propriété fût soulevée (3). De l'accord de ces dispositions, je conclus donc que le Code Napoléon est entré dans les voies d'un perfectionne-

(1) V. aussi n° 238, où je parle de l'action en nullité ouverte à l'acheteur.

(2) *Suprà*, p. 8. V. aussi n° 263.

(3) T. 2, n° 609.

ment réclamé par les jurisconsultes philosophes, et qu'il a proscrit la subtilité des lois romaines, popularisée en France par Pothier.

M. Toullier n'a pas porté son attention sur les nuances qui me frappent dans les art. 1583, 1604 et 1653. Il s'est laissé dominer exclusivement par quelques articles empreints d'une terminologie incomplète, prise dans Pothier (1), mais qui doivent être expliqués par d'autres dispositions plus précises et plus exactes. Une seule objection a frappé M. Toullier, quoiqu'elle soit loin d'être l'unique : c'est celle qui prend son point d'appui dans l'article 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Elle est trop grave en effet pour avoir échappé à sa sagacité. Mais comment M. Toullier y répond-il? Je ne crains pas de dire que c'est par une erreur capitale. L'art. 1599, dit-il (2), n'autorise pas l'acquéreur à demander la résolution (ce serait plutôt la nullité qu'il faudrait dire) : l'action en dommages et intérêts est la seule qu'il donne à l'acheteur qui a ignoré que la chose n'appartenait pas au vendeur. Il ne lui donne pas l'action en résolution, parce que la nature du contrat de vente n'est pas précisément de transférer la propriété de la chose vendue, mais de la faire avoir à l'acheteur à titre de propriétaire !!!

Voilà, il faut l'avouer, une étonnante proposition. Quoi donc! ce n'est pas assez de troubler le bon sens par cette doctrine tout-à-fait irrationnelle qui veut que celui qui n'achète que pour devenir propriétaire ne puisse pas exiger que son vendeur l'investisse de la propriété; il faut encore demander un nouveau sacrifice à la logique et aller jusqu'à prétendre qu'une vente déclarée nulle par la loi n'engendre pas d'action en nullité, le tout pour perpétuer des subtilités depuis longtemps proscrites par la raison moderne et incom-

(1) Art. 1603 et 1582.

(2) N° 739.

patibles avec le génie droit et simple du Code Napoléon!!! Il est vrai que l'art. 1599, après avoir déclaré la nullité de la vente de la chose d'autrui, ajoute : *Elle pourra donner lieu à des dommages et intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui*. Mais est-ce donc à dire que l'acheteur n'aura qu'une action en dommages et intérêts, qu'il ne pourra faire briser un contrat vicieux dans sa source, et qu'il devra rester sous le poids de dangers et de craintes qui l'empêchent de s'affectionner à sa propriété et la rendent stérile dans ses mains? Pour qu'un résultat aussi dangereux pour le commerce et le droit de propriété fût admis, il faudrait qu'on le trouvât écrit dans la loi en termes bien positifs. Mais qui ne voit que l'art. 1599 le repousse au contraire de toutes ses forces, qu'il coordonne l'action en dommages et intérêts avec l'action en nullité, qu'en un mot l'acheteur a tout à la fois 1° le droit de se soustraire à un mauvais marché et à une source de procès par l'action de nullité (1); 2° le droit de demander des dommages et intérêts à son vendeur qui a manqué à ses engagements? Que serait-ce, je le demande, qu'une nullité qui laisserait subsister l'acte avec tous ses inconvénients et ses périls, nullité purement nominale et oisive, et véritable mensonge consacré par la loi! Peut-on concevoir qu'une nullité soit décrétée de droit, et qu'en fait le législateur s'oppose à ce qu'elle soit poursuivie et obtenue? N'est-il pas contradictoire au premier chef de vouloir que dans le même article la nullité soit écrite en termes formels et effacée à la ligne suivante, probablement comme une erreur ou une distraction? Car, il ne faut pas s'y tromper, l'action en dommages et intérêts n'est pas toujours fondée sur une nullité, et il y a une foule d'exemples où il y a lieu à des réparations pécuniaires, quoique le contrat soit valable en lui-même. Il n'est donc pas exact de soutenir que

(1) V. n° 238.

des dommages et intérêts peuvent être la seule sanction d'une disposition prescrite par la loi à peine de nullité. Là où il y a nullité prononcée, il faut une action en nullité qui serve de corrélatif et fasse tomber l'acte; la réparation du dommage n'est qu'un accessoire.

Au surplus, on ne peut s'empêcher de reconnaître que, puisque la vente de la chose d'autrui est nulle, l'acquéreur a le droit d'exiger que le vendeur ne lui transmette qu'un objet dont il est réellement propriétaire. Or, si le vendeur manque à cette obligation, n'y a-t-il pas l'art. 1184 qui, à défaut de l'art. 1599, autoriserait l'acheteur à demander la résolution? Ainsi, soit par l'action en nullité, soit par l'action en résolution, l'acheteur a le moyen infaillible de se soustraire à l'influence de l'ancienne jurisprudence, trop facilement adoptée par M. Toullier.

Je ne rappellerai pas, du reste, les opinions des orateurs du Tribunal, que j'ai citées à l'appui de mon sentiment (1). Mais j'ajouterai une observation. N'est-il pas vrai que, dans le contrat d'échange, la propriété doit effectivement et nécessairement passer sur la tête de celui qui reçoit (2)? *Itaque Pedius ait : alienam rem dantem nullam contrahere permutationem* (3). N'en est-il pas de même dans la dation en paiement (4)? Or, pourquoi en serait-il autrement dans la vente, qui a avec l'échange et la dation en paiement les plus grandes analogies? Faut-il continuer, sous le Code Napoléon, à se mettre le jugement à la torture pour maintenir des distinctions que l'esprit comprend à peine et que la raison désavoue hautement?

Je ferai remarquer en terminant que M. Toullier

(1) V. *suprà* et n° 231.

(2) Mon comment. sur les Hypothèques, t. 4, n° 851 et 853.

(3) L. 1, § 3, D. *De rer. perm.* *Suprà*, t. 1, p. 8. M. Ducaurroy, t. 3, p. 131.

(4) V. *infra*, n° 7.

n'a été entraîné dans l'erreur que je viens de signaler que parce qu'il a regardé Pothier comme le véritable commentateur des art. 1582, 1583, 1604 et 1653 du Code Napoléon. J'ai donc eu raison d'insister dans ma préface sur la nécessité de se mettre en garde contre un assez grand nombre d'opinions enseignées par l'illustre auteur du *Traité des Obligations*, et qui ne cadrent plus avec les théories avancées du Code Napoléon. Lorsqu'on voit un écrivain de la force de M. Toullier se laisser tromper par cette autorité quelquefois intempestive, et prendre pour l'esprit inspirateur du Code Napoléon ce que le Code Napoléon a au contraire rejeté par des dispositions positives, faut-il s'étonner qu'il y ait beaucoup de gens pour qui Pothier est comme ce philosophe dont parle Malebranche, et qui était si en faveur auprès du public superstitieux, qu'il n'y avait pas jusqu'à son collet et ses manchettes qui ne prouvassent quelque chose? (1)

5. En retour de l'obligation de livrer la chose, qui est développée dans les articles 1604 et suiv. du Code Napoléon, et qui entraîne celle de garantir, l'acheteur contracte l'obligation de payer le prix. Nous verrons plus bas les principes qui se rattachent à cette condition essentielle de la vente.

6. On voit donc, par la définition donnée par le Code, quels sont les caractères de la vente et les signes qui la distinguent des autres contrats. Ils sont clairs et précis. Il faut : 1° une chose que l'on s'oblige à livrer; 2° un prix que l'acquéreur s'oblige à payer; 3° enfin, un consentement certain de part et d'autre, condition essentielle dans tout contrat. C'est ce que les interprètes du droit romain ont résumé par ces mots, *res, pretium, consensus* (2).

(1) Je dois ajouter, du reste, que le continuateur de Toullier, M. Duvergier, s'est prononcé aussi contre sa théorie. V. le n° 12 du *Traité de la vente*.

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 488, tit. *De cont. empt.*

Nous verrons tout à l'heure dans quelle forme le consentement doit être donné.

Toutes les fois que ces trois conditions ne se réaliseront pas, il n'y aura pas vente. Ainsi, si je vous donne une chose pour recevoir une chose de vous, ce sera un échange, et non pas une vente, parce qu'il n'y a pas de prix. Car il faut que le prix consiste en argent (1). C'est pourquoi Nératius décide que si je vous cède une maison à condition que vous m'en construirez une autre, ce n'est pas une vente, mais un contrat *do ut facias* (2).

Si je vous transporte la propriété d'une chose moyennant un prix qui n'est pas sérieux, ce sera une donation et non pas une vente; car le but de la vente est de mettre en jeu deux équivalents, et non pas de faire une libéralité (3).

On peut, au surplus, multiplier les exemples, Pothier en a passé plusieurs en revue dans son *Traité des retraits*, n° 89 et suiv. On les consultera avec fruit. Nous nous bornerons à insister ici sur quelques conventions, qui, sans porter le nom de vente, ont cependant avec la vente de grandes analogies.

7. La première est la *dation en paiement*. La loi 4, au C. *De evict.*, l'assimile à la vente, *vicem venditionis obtinet*. En effet, elle transfère la propriété moyennant un prix, et elle requiert les trois éléments de la vente, le consentement, la chose et le prix (4). Aussi, dans l'ancienne jurisprudence, donnait-elle ouverture aux

(1) L. 5, § 1, Dig. *De præscript. verb.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 550, n° 7. *Infrà*, n° 437.

(2) L. 6, D. *De præscript. verb.*

(3) L. 36, Dig. *De cont. empt.* L. 3, C. *Eod. tit.* Despeisses, *Vente*, t. 1, p. 10, n° 4. *Infrà*, n° 148.

(4) Dumoulin, sur Paris, sur l'art. 55. Tiraqueau, *Retrait liga.*, p. 231. Pothier, *Vente*, n° 601, et *Retraits*, n° 81. *Répert.*, *Dation en paiement*.

lods et ventes (1) et au retrait lignager (2). Néanmoins, elle diffère de la vente proprement dite, en ce que les parties ont bien plutôt pour but d'éteindre une obligation préexistante que de donner naissance à une obligation nouvelle, en ce qu'elles veulent opérer une libération bien plutôt que faire un acte de commerce. De là résulte une grande différence dans la position des contractants. Le vendeur qui, dans la vente, est celui contre qui s'interprètent les pactes ambigus (art. 1602), est ici le débiteur, c'est-à-dire celui en faveur de qui les doutes doivent être résolus. L'acquéreur, qui dans la vente est plus favorable comme débiteur du prix, est dans la dation en paiement le créancier, c'est-à-dire celui contre qui les clauses obscures doivent s'interpréter (art. 1162).

Pothier a noté d'autres différences.

Il veut que la tradition soit indispensable dans la dation en paiement, ce qui était la conséquence des règles suivies dans l'ancien droit français et en vertu desquelles la vente n'avait pas le pouvoir de transférer, sans tradition, la propriété (3). Mais il en est autrement sous le Code Napoléon; car, comme nous le verrons sous l'article 1533, la propriété est acquise de plein droit à l'acheteur, par le seul effet du contrat, sans qu'il soit besoin d'aucun acte de prise de possession.

Pothier trouvait aussi que la vente différait de la dation en paiement, en ce que, dans la vente, le vendeur ne s'obligeait pas précisément à transférer la propriété à l'acheteur, tandis qu'au contraire dans la dation en paiement, la translation de propriété était indispensable, n'y ayant pas de paiement vala-

(1) Répert., *loc. cit.*

(2) Pothier, *loc. cit.*, et Orléans, art. 397. Tiraqueau, *loc. cit.*, n° 6 et suiv.

(3) *Infrà*, sur l'art. 1583.

ble sans translation de propriété; « *non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt* ». L. 167, Dig. de *reg. juris*.

Mais, d'après ce que nous avons dit au n° 4, il n'y a plus de différence sous ce rapport entre la vente et la dation en paiement. Toutes deux ont aujourd'hui pour objet de transférer la propriété à l'acheteur et au créancier.

Enfin, une dernière différence relevée par Pothier, et qui subsiste dans toute sa force, c'est que, dans le cas où je vous vends une chose pour la somme de tant, qui viendrait en compensation de pareille somme que je croyais vous devoir, si je viens à découvrir que je ne vous la devais pas, je ne puis répéter la chose que je vous ai vendue, mais je puis seulement vous demander le prix que j'ai par erreur compensé avec une somme que je ne vous devais pas. Au contraire, lorsque je vous ai donné une chose en paiement d'une somme que je croyais par erreur vous devoir, c'est la chose même que j'ai le droit de répéter de vous, car mon action est dans ce cas *condictio indebiti*, ou *condictio sine causâ*.

Vous ne pourriez pas retenir la chose en offrant de me rendre la somme; car vous ne pouvez pas me forcer à une vente malgré moi; je ne vous ai cédé cette chose que parce que je voulais vous faire un paiement; mais, n'y ayant rien à payer, la dation que je vous ai faite doit être anéantie pour le tout (1).

A part ces différences, la dation en paiement aboutit aux mêmes conséquences que le contrat de vente (2). Le créancier évincé a une action en garantie et en dommages et intérêts (3), le débiteur est

(1) Dumoulin, *De contr. us.*, q. 14, n° 482, Pothier, Vente, n° 603.

(2) J'ai donné d'autres détails sur les effets de la dation en paiement dans mon comment. sur les hypothèques, t. 4, n° 847.

(3) L. 24, Dig. De *pignor. act.* L. 4, C. De *evictâ*

tenu des vices rédhibitoires, des charges réelles non déclarées, de ses réticences sur les défauts de la chose, etc. (1).

8. La donation rémunératoire ressemble à une dation en paiement, lorsqu'elle est faite pour récompenser des services mercenaires appréciables à prix d'argent, et pour lesquels celui qui les a rendus aurait action, afin d'en obtenir la récompense. Si la chose donnée n'excède pas le prix des services, il y a dation en paiement et rien de plus (2); mais si elle est d'une valeur supérieure, il y a donation pour l'excédent, et l'acte est d'une nature mixte. On devra alors scinder l'acte et appliquer à la partie qui forme dation en paiement les règles que nous venons de donner sur l'éviction et les obligations du vendeur (3).

9. La même règle est applicable aux donations avec charge. Si la charge est appréciable en argent, et qu'elle égale la valeur de la chose donnée, l'acte n'est pas une donation, il tient plutôt du contrat de vente.

Mais si la charge est d'une valeur inférieure, il y aura donation pour le surplus (4).

10. On retrouve aussi le mélange de la vente dans le contrat d'échange, lorsque l'échange ne se fait pas *but a but* (5), et qu'il y a une soulte en argent qui est stipulée. Dans ce cas, c'est une vente jusqu'à concurrence de la soulte (6).

11. D'après les principes du droit romain, le partage était assimilé à la vente. *Vicem venditionis obtinet*,

(1) Pothier, *loc. cit.*, 607.

(2) Pothier, n° 608. Furgole, sur l'art. 20 de l'ord. de 1731. Ricard, Donat. Cond., n° 61, 62, 63.

(3) Pothier, Vente, n° 610.

(4) Sic M. Paul Pont, comment. des Privilèges et Hypothèques, n° 188.

(5) Langage des coutumes. Senlis, art. 224.

(6) Pothier, Retrait, n° 92. Cout. de Paris.

dit la loi 1 au C. Com. *utriusque jud.* (1). Chaque copartageant était censé céder à l'autre la portion indivise qu'il avait dans le lot échu à ce dernier, et prendre en échange la portion que celui-ci avait dans le sien. Il résultait de là que chaque lot se trouvait grevé pour partie des charges que l'un des communistes avait imposées sur l'héritage pendant l'indivision; car le copartageant ne pouvait prendre la part de son communiste que dans l'état où il la trouvait et avec les charges qui pesaient sur elle (2).

Des principes tout différents ont été introduits dans le droit français par la jurisprudence du parlement de Paris. Le partage n'est pas chez nous un contrat d'acquisition; il n'est autre chose qu'un acte qui détermine la part que chacun avait dans la chose pendant l'indivision. Dumoulin, qui était contemporain de la naissance de cette innovation, la combattit comme une erreur dont il fallait se hâter d'arrêter les progrès (3). Mais sa voix ne fut pas écoutée. Louet prit la défense du parlement de Paris (4); les arrêts se multiplièrent, et l'abrogation des principes du droit romain en matière de partage devint si certaine, que personne n'osa plus lutter contre elle (5). On connaît les dispositions des art. 883, 1476 et 1872 du Code Napoléon. Ainsi, il ne saurait plus y avoir de rapport entre la vente et le partage; quand même un retour en deniers aurait été stipulé, le partage ne pourrait pas être assimilé à une vente. Par exemple, Titius et Sempronius sont copropriétaires par indivis d'une maison qu'ils ont achetée de Caius. Ils parta-

(1) Voët, *ad Pand. com. divid.*, n° 1. Pothier, Vente, n° 631.

(2) L. 6, § 8, D. Com. divid. L. 7, § 4, *Quib. modis pignus solv.* L. 3, § 2, *Qui potior.* L. 51, Dig. De usuf leg.

(3) Sur Paris, § 1, glose 9, n° 43.

(4) Lettre H, § 11.

(5) Pothier, en effet, ne songe pas même à la discuter. Vente, n° 631.

gent, et Titius est obligé de donner à Sempronius une somme de 6000 fr. pour établir l'égalité. D'après les principes du droit français consacrés par l'art. 883 du Code Napoléon, Titius est censé ne rien tenir de son copartageant, et par conséquent n'avoir rien acheté de lui; il n'est acquéreur que de Caius, qui lui a vendu la totalité de la chose tombée dans son lot, à charge du retour; et Sempronius tient son lot qui est le plus faible, ainsi que la soulte, de Caius et non pas de son copartageant (1).

A la vérité, le partage impose aux copartageants l'obligation de se garantir réciproquement les choses qui tombent dans leur lot; mais cette obligation découle du principe qui veut que l'égalité règne dans les partages; elle est toute différente de celle qu'un vendeur contracte envers un acheteur, et ses effets ne sont pas les mêmes (2). C'est ce qu'il est inutile de développer ici, cette matière se rattachant à l'interprétation de l'art. 884 du Code Napoléon.

12. La licitation est une véritable vente lorsque c'est un tiers qui se rend adjudicataire. Mais, lorsqu'elle est faite au profit d'un des copartageants, elle n'est plus qu'un partage, et il ne faut pas l'assimiler à un contrat de vente (3).

13. Venons au consentement.

Je ne veux pas remonter aux articles 1109 et suivants du Code Napoléon, et rappeler les principes généraux sur la validité du consentement, qui, on le sait, doit être libre et exempt d'erreur sur la chose et sur le prix. Ces principes, qui ont été développés par Pothier (4) et par Toullier (5), rentrent dans la ma-

(1) Pothier, Vente, n° 631.

(2) Idem, n° 633.

(3) Idem, n° 638 et suiv. *Infra*, n° 872.

(4) Oblig., t. 1, n° 17 et suiv.

(5) Cours de droit civil, partie des Oblig. *Junge* M. Duranton, t. 10, n° 114.

tière des obligations en général, et nous supposons qu'ils sont connus et admis.

Ainsi, si le vendeur croit vendre une chose, et l'acheteur en acheter une autre, le contrat est nul (1). Il en est de même si l'erreur porte non pas sur la chose même, mais sur la matière, comme si on me vendait du cuivre pour de l'or, du plomb pour de l'argent, du vinaigre pour du vin (art. 1110 du Code Napoléon) (2).

C'est pourquoi celui qui a vendu une table argentée pour de l'argent massif est obligé de rendre le prix qu'il a reçu, bien qu'il y ait eu bonne foi de sa part (3). Il ne sera pas cependant condamné en des dommages et intérêts si la circonstance de bonne foi se réalise, et qu'il ait eu juste sujet d'erreur (4). Mais si son erreur a été grossière ou affectée, s'il y a eu ruse de sa part, il pourra être condamné à indemniser l'acquéreur du préjudice souffert (5).

14. Si l'erreur, au lieu de se porter sur la qualité *substantielle* de la chose, n'atteignait qu'une qualité *accidentelle*, comme, par exemple, si l'or dont la chose est composée n'était pas aussi fin que je le croyais, la vente serait valable (6). De même, si le vin que je croyais bon se trouve de qualité inférieure, je ne pourrai le refuser, à moins qu'il n'ait été changé (7). Si j'achète des habits que je vois en vente, et que je crois neufs, je ne pourrai pas faire annuler la vente, quand même je viendrais à découvrir ensuite qu'ils

(1) Ulpian, l. 9, Dig. *De cont. empt.*

(2) Ulpian, l. 9, § 2, D. tit. M. Duranton, t. 16, n° 27.

(3) Julianus, l. 41, § 1, Dig., *De cont. empt.* La loi 14, au même titre, paraît contraire. Voy. la Conciliation de Passeribus (*Conciliatio legum*, p. 263) et de Voët (*De cont. empt.*, n° 5).

(4) Voët, *Cont. empt.*, n° 6. *Infra*, n° 533.

(5) C'est à ce cas que Voët restreint la loi 21, § 2, Dig. *De act. empt.*

(6) Paul, l. 10, Dig. *De cont. empt.*

(7) Ulpian, l. 9, Dig. *De cont. empt.*

ont été portés plusieurs fois (1). Dans tous ces cas, il y a consentement sur la chose; l'acheteur a pu s'assurer des défauts réels de cette chose, il doit s'imputer de n'en avoir pas tenu compte, et de l'avoir prise en l'état où elle lui était présentée (2).

15. Du reste, il n'est pas toujours facile de distinguer ce qui dans une chose est qualité substantielle ou qualité accidentelle. Le moyen le plus sûr sera de recourir à la volonté des parties et au but qu'elles se sont proposé en contractant. Si la qualité de la chose vendue, bien qu'accidentelle, a fait l'objet d'une stipulation expresse et a été représentée comme motif déterminant pour l'acheteur, elle deviendra substantielle, et si elle manque, la vente sera destituée d'un consentement valable. Ainsi, par exemple, s'il est convenu que l'habit que vous me vendez est un habit neuf, ne voulant pas en acheter un qui ait été porté, la vente sera nulle si vous me livrez un vieil habit remis à neuf. Si vous me vendez, dit Florentinus, un esclave comme lettré ou bon ouvrier, et qu'il soit cependant étranger aux lettres ou à la pratique du métier que j'avais en vue, la vente sera nulle. Car ces qualités d'homme lettré ou d'ouvrier ont influé sur le prix et ont décidé mon achat (3).

L'espèce suivante a été agitée devant la cour de Paris. Varisco vend à P. quatre tableaux pour le prix de 16,000 fr., dont 10,000 payés comptant, et le reste en un mandat à courte échéance. Le vendeur énonce dans la quittance que les tableaux sont d'André del Sarte, de Claude Lorrain et de Vernet. Plusieurs fois pendant les pourparlers, P. avait visité les tableaux

(1) Art. 1110 du Code Napoléon. Pothier, Oblig., n° 18. L. 45, Dig. *De cont. empt.* Cette loi ne doit être prise qu'avec modification.

(2) Florentinus, l. 43, D. *De cont. empt.* Mais voyez plus bas ce qui a lieu pour les vices rédhibitoires, nos 544 et suiv.

(3) L. 43, Dig. *De cont. empt.*

et les avait fait apprécier par des connaisseurs. Mais depuis la vente, d'autres personnes ayant été d'avis que les quatre tableaux n'étaient pas des maîtres indiqués, P. refuse de payer le restant du prix et demande la nullité de la vente pour cause d'erreur.

Varisco soutient que les tableaux sont l'ouvrage des peintres auxquels il les a attribués; mais il ajoute qu'en droit, il est impossible de considérer comme substantielle une qualité incertaine de sa nature, et presque impossible à constater. Car, à part un petit nombre de tableaux d'élite dont l'origine est authentique, tous les autres ne peuvent être distingués que par de vagues indices, des conjectures plus ou moins précises, des analogies toujours contestables. Si je me suis trompé, disait-il, c'est de bonne foi: P. a pu s'assurer du défaut de la chose vendue, puisque ce n'est pas un vice caché (1642). Le soin qu'il a pris de faire examiner les tableaux prouve que, lorsqu'il s'est déterminé à les acheter, il s'est contenté de leur mérite intrinsèque.

Par arrêt de la cour de Paris du 17 juin 1815, Varisco obtint gain de cause par les motifs suivants: « Considérant qu'il ne s'agit pas d'un vice caché; que l'appelant, en énonçant ce qu'il pensait du nom des auteurs, n'a rien garanti à cet égard, et n'a point fait dépendre de cette condition le sort de la vente, etc. (1). »

Cet arrêt, qui n'adopte pas toute la défense de Varisco, est conforme aux principes. Les circonstances de la cause prouvant que le nom des auteurs n'était pas la condition déterminante et substantielle de la vente, il s'ensuit que l'erreur (en supposant qu'elle existât) n'empêchait pas qu'il n'y eût consentement sur un objet déterminé, vu et apprécié, que l'acheteur avait pris pour bon dans l'état où il se trouvait.

Mais il en eût été autrement s'il avait été formelle-

(1) Dalloz, Vente, p. 847, n° 3, note.

ment exprimé que le nom des auteurs était la condition *sine qua non* de la vente.

En un mot, comme le dit M. Pardessus, « l'erreur sur les qualités ou autres accessoires est réputée substantielle, et rend la convention nulle dans l'intérêt de celui qui la prenait en considération lorsqu'il contractait (1). »

16. Quant au consentement sur le prix et à la lésion qui peut en résulter, nous nous occuperons de ce point, en commentant les art. 1674 et suivants du Code Napoléon.

17. Nous terminerons ce que nous avons à dire sur ce point, en rappelant que, quoique le consentement doive être libre, néanmoins on peut pour cause d'utilité publique contraindre une personne à vendre son bien; c'est une conséquence du droit de souveraineté reconnu de tous les temps (2).

Une personne peut également être forcée par son comparsonnier à vendre l'immeuble indivis qui ne peut être commodément partagé (3). Nul ne peut, en effet, être contraint de rester dans l'indivision, et ce droit qui touche à l'intérêt public, puisqu'il tend à délivrer les choses des entraves qui nuisent à leur bonne exploitation, à leur jouissance paisible, à leur circulation dans le commerce, fait fléchir la liberté de vendre, qui, en toute autre circonstance, doit être respectée.

Des motifs non moins graves et non moins plausibles autorisent aussi l'expropriation forcée ou saisie immobilière. Ce sont les créanciers qui s'emparent du gage tacite que leur a donné la convention, pour le faire vendre au lieu et place de leur débiteur, quand même ce dernier y résisterait.

(1) Cours de Droit comm., t. 2, p. 16.

(2) Le Bret, Souveraineté, liv. 4, ch. 10. Despeisses, Vente, t. 1, p. 44, n° 9.

(3) Art. 815, 827 du Code Napoléon. *Infrà*, n° 859.

Enfin, on peut être forcé à vendre, même pour une cause d'utilité particulière. Par exemple, si j'ai un héritage enclavé de telle sorte qu'on ne puisse y aborder qu'en passant sur la propriété de mon voisin, je pourrai contraindre ce voisin à me céder *justo pretio* un droit de passage par l'endroit qui lui sera le moins incommode (1).

18. Occupons-nous maintenant de la manière dont le consentement du vendeur et de l'acheteur doit être exprimé. C'est un des points traités par notre article.

Paul nous apprend que, chez les Romains, le consentement n'avait besoin d'emprunter au droit civil aucune forme solennelle (2). La vente pouvait se faire verbalement, ou par lettres et entre absents. Scævola décidait même que le consentement pouvait n'être que tacite, dans le cas, par exemple, où un communiste vendant la totalité d'une chose qui lui appartient pour moitié, le copropriétaire s'associe à la vente pour sa portion en y étant présent et en ne témoignant pas de dissentiment (3).

Justinien crut devoir toutefois éclaircir ce principe fondamental par une distinction (4).

Où les parties n'ont point manifesté l'intention de recourir à l'écriture pour compléter la vente, et alors le droit qui vient d'être exposé reste dans son intégrité; ou bien, au contraire, les parties ont voulu que le contrat fût rédigé par écrit, et que l'écriture vint comme une condition suspensive de la validité de la vente; alors le consentement n'est censé déclaré que autant qu'un acte en contient l'expression (5). Tant

(1) Art. 681, 682 du Code Napoléon. Pothier, Vente, n° 515.

(2) L. 1, § 2, Dig. *De cont. empt.* Caius, Inst., 3, 136.

(3) L. 42, Dig. *De evict.* Pothier, Pand., t. 1, p. 488.

(4) Inst. *De empt. et vend.* L. 17, C. *De fide instrument.*

(5) V. Pothier, Pand., t. 1, p. 488, n° 7. M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 3, p. 124 et suiv. On lit dans le recueil de M. Dalloz que la vente est *résoluble* tant que l'acte n'a pas été passé (Vente, p. 844, n° 9). Le mot est mal employé. Pour qu'une vente soit

que le contrat n'est pas rédigé, la vente n'existe pas; chacun peut changer d'avis et se dédire (1).

19. Le Code Napoléon a été conçu dans les mêmes idées que le droit romain. Il dit dans notre article que la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé; mais il n'impose pas l'obligation de formuler la vente en un contrat solennel ou même sous seing privé; la rédaction par écrit n'est qu'une faculté lais-

résoluble, il faut qu'elle existe; or, ici la vente n'existe pas, et elle est en suspens quant à son essence. Voy. *Louage*, n° 106. note.

(1) Je fais observer que je donne au texte des Institutes et de la loi 17, C. *De fide instrum.*, le sens que lui attribuent les meilleurs interprètes, et qui paraît le plus raisonnable. Car, du reste, l'empereur ne pose pas le cas où les parties ont expressément dit que l'écriture serait une condition suspensive de la perfection du contrat. Il ne parle que du cas où la vente se fait par écrit, « *quæ scripturâ conficiuntur, quas in scriptis fieri placuit* », et il oppose cette vente à celle qui se fait sans écrit, « *quæ sine scripturâ consistunt* ». Mais quel est le cas où la vente se fait par écrit? Suffit-il que les parties aient manifesté l'intention qu'un acte serait rédigé? Telle est la question que se sont faite les interprètes, et il leur a paru que les parties ne pouvaient être censées avoir dérogé à la règle du droit des gens, que le simple consentement, même verbal, suffit dans la vente, qu'autant qu'elles auraient voulu clairement que la vente fût suspendue jusqu'à la rédaction du contrat, « *quatenus partes suum consensum à scripturâ suspendissent* », sans quoi la simple convention de rédiger un contrat n'est qu'une mesure précautionnelle intervenue pour conserver la preuve de la vente et se donner plus d'assurance et de garantie. Telle est l'opinion ouverte par Balde, sur la loi 17, C. *De transact.*, opinion qui, au jugement de Mornac (sur la même loi), a toujours été suivie en France, et qui est restée indubitable au barreau, dans la pratique et dans l'école. Elle est enseignée par Huberus, qui pense que, sans elle, *nimis strages fieret in observantiâ commerciorum* (*De cont. empt.*, n° 2 et 3). Vinnius la professe également (*Inst.*, *De empt. vendit.*, n° 10), ainsi que Boutaric (sur le même titre des *Inst.*), Catellan (*liv. 5, ch. 4*), etc. Toutefois, tel ne paraît pas être le sentiment de Pothier dans ses *Pand.*, t. 1, p. 488, n° 7. Voy. aussi Voët, *ad Pand.*, liv. 18, t. 1, n° 3. *De cont. empt.*, et Fachin, *Controv.*, l. 2, c. 97.

sée aux parties. Elles peuvent donc se contenter d'une vente verbale (1); et s'il n'y a pas de doute sur l'existence du consentement réciproque, quand bien même le consentement n'aurait été exprimé que par des paroles non recueillies par écrit, la vente n'en serait pas moins parfaite.

On sent, en effet, qu'il est un grand nombre de cas où l'écriture ne serait qu'une formalité qui entraverait la facilité des transactions. Lorsqu'on achète dans les marchés et dans les boutiques, le consentement verbal est le seul mode de contracter compatible avec nos usages et avec les besoins du commerce. La loi n'en exige pas d'autre. A la vérité, quand il s'agit de ventes d'immeubles, l'utilité et l'opportunité d'un acte se font davantage sentir. Mais le législateur a pensé que ce n'est pas une raison pour invoquer l'écriture comme solennité substantielle de ce genre de contrats, et pour enlever au consentement non contesté des parties la puissance qu'il doit avoir. C'est au vendeur et à l'acheteur à prendre leurs précautions par les stipulations spéciales que leur commandent leurs intérêts (2). En un mot, en matière de vente, autre chose est le contrat, autre chose l'instrument de ce contrat. « *Quâ in re, illud te scire oportet*, disait Tiraqueau (3), *aliud esse contractum, aliud instrumentum, sicut aliud continens, aliud contentum... et id quidem liquet... valere contractum sine instrumento.* »

L'écriture n'est donc requise dans la vente que pour la preuve. Mais quand la vente est avouée, aucune des parties ne peut se refuser à son exécution (4). Il n'y a d'exception à ceci que lorsqu'il a été convenu,

(1) Mais, d'après l'art. 195 du Code de commerce, la vente d'un navire doit être faite par écrit.

(2) Discours de M. Grenier, tribun, sur le titre de la vente. *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 34.

(3) *De retract. gentil.*, § 2, glos. 1, n° 1.

(4) V. Cass., 25 avril 1853 (*Devill.* 53, 4, 368.)

comme condition suspensive du consentement, que l'acte serait rédigé par écrit, et que l'écriture n'est pas encore venue lui donner sa perfection. La distinction de Justinien subsiste dans notre droit avec toute la force qu'elle puise dans la saine raison.

Par exemple, deux parties font ensemble un acte sous seing privé, qui contient leur volonté sur la chose et sur le prix; mais elles conviennent qu'il en sera passé acte authentique. Ainsi que le disait M. Portalis dans son exposé des motifs de la vente: « L'acte sous seing privé n'est pas pour cela un simple projet. On promet seulement d'y ajouter une forme authentique; mais le fond du contrat demeure toujours indépendant de cette forme... On a jugé constamment (1) qu'une vente sous seing privé était obligatoire quoique dans l'acte on se fût réservé de faire rédiger ses accords en acte public, et que cette réserve n'eût jamais été réalisée.... La rédaction d'une vente privée en contrat public ne peut être réputée essentielle qu'autant qu'il aurait été déclaré par les parties que jusqu'à cette rédaction, leur premier acte demeurerait dans les termes d'un simple projet (2). »

Tel est l'esprit du Code Napoléon (3).

Mais il nous semble que la jurisprudence ne s'y est pas toujours conformée. Prenant en effet le contre-pied de la proposition de M. Portalis, elle a quelquefois pensé que, par cela seul qu'il avait été convenu qu'un acte serait rédigé, la perfection de la vente était

(1) Despeisses rapporte ces arrêts, t. 1, p. 12, n° 12. Voyez-en plusieurs autres, *infra*, n° 125. Cochin, t. 6, p. 160.

(2) Fenet., t. 14, p. 112.

(3) Dalloz (voy. Vente) rapporte plusieurs arrêts sur cette matière, p. 844. Un arrêt de la cour de Colmar, du 6 avril 1806, est rendu dans l'hypothèse où la rédaction d'un acte authentique était une condition suspensive de la vente, dont les bases avaient été précédemment convenues par acte sous seing privé. V. *infra*, n° 140, un autre arrêt de Colmar, du 15 janvier 1813, dans un autre sens, et mes observations, n° 142.

arrêtée jusqu'à la passation de cet acte; tandis que la vérité est que cette convention n'a un caractère suspensif qu'autant que les parties le lui ont formellement imprimé.

C'est ainsi que nous voyons la cour de Bourges se décider pour la nullité de la vente dans un cas où, à côté de la convention de passer un acte authentique, il y avait évidemment vente verbale parfaite et même exécutée par la numération d'une partie du prix, et cela, quoique rien n'indiquât que les parties eussent voulu faire dépendre la perfection de la vente de la rédaction par écrit du contrat (1).

Les magistrats qui veulent rester fidèles à la pensée de la loi et à la pureté des principes devront s'empressez d'adopter une autre marche. La doctrine de M. Portalis sera leur meilleur guide (2).

20. Mais, avant tout, ils devront s'assurer si la vente verbale ou sous seing privé, qui leur sera présentée comme la loi des parties, est réellement un contrat investi de tous ses éléments de perfection, ou bien si ce n'est pas plutôt un objet préparé, mais non consommé, ou une suite de pourparlers sujets à confirmation (3).

Tout dépend à cet égard des circonstances (4). Il est difficile d'indiquer aux juges des règles *a priori*. Pothier a néanmoins donné quelques indications qui ne sont pas sans fruit (5). Ainsi, interprétant ces mots: *Je veux vous vendre telle chose, je veux l'acheter,*

(1) Arrêt du 10 novembre 1818. Dalloz, Vente, p. 145, note 1. V. aussi Bourges, 20 août 1841 et 17 mai 1842 (Deville. 42, 2-68; 43. 2-100); Riom, 9 mars 1844 (Deville. 44, 2-324).

(2) M. Duranton a traité ce point, t. 10, n° 87, et t. 16, n° 39, et paraît embrasser un sentiment conforme. *Junge* MM. Marcadé, art. 1582, 1583, n° 5 et Duvergier, t. 1, n° 164 et suiv.

(3) V. Lyon 14 mai 1851 (J. du Pal. 53, 1-701).

(4) V. quelques espèces dans Favre, C. *De test.*, def. 23, et *De fid. inst.*, def. 14.

(5) N° 33.

il prouve fort bien, avec Fabius de Monte, qu'il y a là convention définitive, et non pas un simple pourparler; car, vouloir faire une chose qui dépend de la seule volonté sans le secours d'aucun fait, c'est la faire effectivement.

Au contraire, dire: *Je voudrais vous vendre telle chose*, n'offre à la pensée qu'une proposition qui n'a rien d'arrêté: *Verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat*. Cesont les paroles de Fabius de Monte(1).

21. Mais le travail de l'interprète peut rassembler des documents moins vagues pour le juge et des principes plus certains sur les ventes qui se contractent par lettres missives.

Ce mode de vendre et d'acheter est-il encore admis dans le système du Code Napoléon? Quel est le moment précis où la vente ainsi contractée acquiert sa perfection? Quelles sont les conditions requises pour que la correspondance des parties fasse preuve de leur consentement?

Telles sont les questions que présente cette matière. Abordons la première.

Paul dit dans la loi 1, § 2, au Dig. *De cont. empt.*, que la vente peut se contracter par lettres missives. L'art. 109 du Code de commerce contient la même disposition, et puisqu'il est dans l'esprit du Code Napoléon de considérer comme parfaites les ventes verbales, on doit dire qu'à plus forte raison il attache une créance suffisante aux ventes constatées par la correspondance des parties. Néanmoins M. Toullier(2) pense que l'article 1325, qui veut que les actes sous seing

(1) *Junge* Duranton, t. 16, n° 46.

(2) T. 8, n° 325. M. Duranton paraît aussi de cet avis, t. 16, n° 44. M. Dalloz commet une erreur quand il dit (*Obligat.*, p. 684, n° 3) que M. Toullier, d'accord avec M. Merlin, soutient que l'art. 1325 n'empêche pas de contracter par correspondance. M. Merlin combat au contraire M. Toullier, parce que ce dernier auteur croit que les lettres missives ne sont plus un moyen de contracter. (*Rép.*, t. 16, v° Double écrit.)

privé contenant des conventions synallagmatiques ne soient valables qu'autant qu'ils ont été faits en double, s'oppose à ce que l'on contracte aujourd'hui *per epistolam*; il croit que l'art. 109 du Code de commerce est une exception introduite par la faveur du commerce.

Mais cette opinion, que son auteur n'émet du reste qu'avec répugnance, a été combattue avec raison et solidité par M. Merlin (1). L'article 1325, qui n'est qu'une erreur législative, doit être renfermé dans son texte littéral. Or, quand il parle d'*actes sous seing privé* contenant des conventions bilatérales, il n'a évidemment en vue que les actes en forme (*instrumenta*), destinés à être signés par les deux parties. Il ne se réfère nullement à la correspondance, aux lettres missives qui ne sont pas des actes en forme, de ces actes dont les jurisconsultes ont dit qu'ils étaient « *veritas* » *apparens, probatio probata, non probanda, nec quæ indiget discussione sive disceptatione fori, contra quam nihil potest allegari, quia veritas est notoria* (2). La preuve que, dans le langage des lois, la correspondance est distincte des actes sous seing privé, et que les mots *actes sous seing privé* ne comprennent pas la correspondance, c'est l'art. 109 du Code de commerce, portant: « Les achats et ventes se constatent par actes » *publics, par actes sous signature privée, par la correspondance*; donc, la correspondance est autre chose que les actes sous seing privé, sans quoi il y aurait dans l'article 109 un pléonasme qu'on ne saurait admettre. La question a du reste été jugée en ce sens par arrêt en thèse de la cour de cassation, en date du 14 frimaire an xiv (3).

22. Maintenant, voyons à quel moment s'opère la

(1) *Loc. cit.*, *Junge* Delvincourt, t. 3, p. 433, et M. Duvergier, t. 1, n° 168.

(2) Tiraqueau, *De retract. gent.*, § 2, glosr 1, n° 10, p. 305.

(3) *Répert.*, v° Double écrit, p. 359, et t. 16, même mot. M. Dalloz ne donne pas cet arrêt au mot *Obligations*.



conclusion d'une vente dont on a traité par lettres missives. Je ne saurais dire que c'est ici le point difficile, car la question est assez simple en elle-même; mais je dirai que c'est là ce qui a fait difficulté.

Une lettre est la pensée fixe par écrit et envoyée à celui qui est absent; elle rapproche les individus éloignés et les met pour ainsi dire en présence. « Lorsque je lis vos lettres, écrivait Cicéron à Atticus de sa maison de campagne de Formies, il me semble que je suis à Rome, et qu'on me dit tantôt une chose, tantôt une autre: *Romæ enim videor esse quum tuas litteras lego, et modo hoc, modo illud audire* (1). »

Quand celui à qui j'écris a reçu ma lettre, il est initié à mes intentions, et ce moyen de communication a la même force que si je les lui eusse exprimées verbalement. S'il me répond qu'il accepte ma proposition, il y a dès lors concours de nos deux volontés, et le contrat est formé.

23. Mais, pour cela, il faut, disent les plus célèbres auteurs (2), que ma volonté ait persisté jusqu'au moment où mon correspondant a reçu ma lettre. Car si avant ce moment je venais à mourir, ou à être privé de la raison, ou à révoquer ma première idée, le consentement de mon correspondant interviendrait seul et sans réciprocité de ma part. Les éléments d'un contrat manqueraient. « *Licet mittens epistolam, dit Balde* (3), *consentiat tempore quo mittit, tamen non sentit tempore quo epistola pervenit ad eum cui mittitur, quia durat primus consensus; ex quo non reperitur mutatus, voluntas præsumitur durare. Et ideo, puto quod si antequam perveniat epistola, moriatur mittens vel efficiatur furiosus, quod tunc non contrahatur obligatio per epistolam, quia non du-*

(1) Lettre 41, édit. de Panek., t. 1, p. 222.

(2) Surdus, liv. 1, Cons. 136. Alexandre, liv. 5, Cons. 22, no 9. Pothier, Vente, no 32. Merlin, Rép., Vente, p. 506, 507.

(3) Sur la loi 1, D. Mand.

» rat voluntas nec intervenit consensus tunc temporis. »

Tout cela est fondé en raison, et nous l'acceptons, pour le moment, comme indication de la première période, à laquelle le consentement de celui qui a fait la lettre doit se soutenir. Je vous écris de Lyon à Nancy, pour vous proposer de vous vendre ma maison de campagne, dont je sais que vous avez envie; mais étant parti quelques heures après ma lettre, et ayant profité de la voie expéditive du bateau à vapeur de la Saône, j'arrive à Nancy avec ma lettre, et je vous fais savoir que je rétracte la proposition que je vous ai faite dans cette missive que vous recevrez ce soir. Il est évident qu'il n'y a plus matière à consentement de votre part.

24. On a prétendu dans une affaire portée à la cour de cassation, que dès que celui qui avait écrit la lettre, l'avait remise au messenger du correspondant, elle était la propriété de ce dernier, et ne pouvait plus être révoquée par une seconde lettre qui l'aurait devancée. On se fondait sur les lois 65, D. *De acq. rer. don.*, et 14, § 17, Dig. *De furtis*, qui décident que la propriété d'une lettre est acquise à celui qui la fait prendre par son esclave ou son procureur.

Mais rien n'était plus forcé et plus inapplicable que ces deux textes. La propriété de la lettre n'était nullement en question; celui qui l'avait écrite ne prétendait pas en être resté le maître; il soutenait seulement qu'il pouvait rétracter les offres contenues dans la lettre, tant que son correspondant ne l'avait pas reçue en personne et lue. Ce qui était d'une évidence frappante; car une lettre fait l'office de la parole, et de même que la parole ne produit son effet que lorsqu'elle vient frapper l'oreille de celui à qui l'on s'adresse, de même une lettre n'est un instrument réel et complet de communication de la pensée, qu'autant qu'elle est lue par le correspondant.

Je peux révoquer les promesses que j'ai faites dans

une lettre écrite, expédiée, mais non pas lue par celui à qui je l'adresse, de même que je ne suis pas lié par les paroles proférées, mais non entendues par la personne avec laquelle je traite verbalement.

Cette vérité, du reste, fort claire par elle-même, fut prouvée par M. Merlin, avec une profondeur d'érudition qu'on retrouve dans tous ses écrits, mais qu'il accompagna ici de comparaisons bizarres (comme, par exemple, celle de la chambre acoustique) (1), de distinctions subtiles et de suppositions fatigantes. Quand M. Merlin traite une question, il l'épuise avec une abondance d'idées qui nuit quelquefois à la clarté de ses déductions.

Voilà pour la première époque, à laquelle l'auteur de la proposition faite par lettre missive doit persister dans sa volonté.

Les auteurs que nous avons cités ci-dessus s'arrêtent là. Mais il faut aller plus avant qu'ils ne l'ont fait, afin de présenter des idées complètes sur cette matière.

25. Nous disons donc que le consentement de l'auteur de la lettre doit persévérer, non-seulement jusqu'à la réception de la lettre, mais encore jusqu'au moment où revient l'adhésion du correspondant.

Il ne suffit pas, en effet, que le consentement persévère jusqu'à la réception de la lettre par le correspondant et à la lecture qu'il en prend. Car, dans cet état de choses, il n'y a là qu'une simple proposition, et l'on sait qu'une proposition peut être rétractée tant qu'elle n'est pas acceptée. C'est comme si je vous proposais verbalement l'achat de ma maison. Bien que vous ayez parfaitement entendu et compris mon offre, rien ne me lie encore, tant que vous ne m'avez pas répondu : « J'accepte. » Tout reste dans les termes d'une pollicitation qui n'engendre pas de lien de droit.

Il ne suffit pas non plus que le consentement de

(1) Rép., Vente, p. 508.

celui qui propose persévère jusqu'au moment où le correspondant lui écrit qu'il accepte. Car la réponse d'acceptation de ce dernier n'est pour l'auteur de la proposition qu'un *propositum in mente retentum* tant qu'il ne l'a pas reçue; il est donc à temps de se dédire, tant que la réponse contenant acceptation ne lui a pas été remise.

Pothier paraît cependant être d'avis contraire; car il n'exige la persistance du consentement que jusqu'au temps où la partie a déclaré qu'elle accepterait le marché (1). Mais je crois ou que Pothier s'est laissé entraîner à une erreur, ou plutôt qu'il n'a pas donné à sa pensée tout le développement nécessaire pour la rendre complète. Notre opinion est aussi celle de M. Pardessus (2); il est vrai qu'elle a contre elle celle de M. Duranton (3); mais je n'ai pas trouvé que les raisons de cet estimable professeur fussent satisfaisantes. La logique élève hautement la voix contre son système, qui résiste à toutes les règles que nous avons exposées au n° 23, et qui sont, par la force de l'analogie, applicables à la réponse comme à la proposition.

Ainsi je vous écris de Nancy à Lyon pour vous proposer de m'acheter ma maison située place Stanislas, moyennant 40,000 fr.; vous me répondez de Lyon le 5 décembre 1832 que vous acceptez; mais le 6 du même mois, avant d'avoir reçu votre lettre, je vous écris que j'ai changé d'avis. On doit décider qu'il n'y a pas eu vente entre nous.

26. Par la même raison, la lettre que vous m'avez

(1) Vente, n° 32.

(2) Cours de droit commercial, t. 2, n° 250. V. dans le même sur MM. Merlin. Rép. v° Vente, § 1, art. 3, n° 11 bis; Toullier, *loc. cit.*, n° 29; Delamarre et Lepoitvin, t. 1, n° 96 et t. 3, n° 7 et 102.

(3) T. 16, n° 45. Junge MM. Duvergier, t. 1, n° 58 et suiv.; Zachariæ, t. 2, § 343, note 3; Championnière et Rigaud, t. 1, n° 189; Marcadé, art. 1408, n° 2.

écrite pour accepter mon offre ne contient pas pour vous un lien de droit, tant qu'elle ne m'est pas parvenue. Vous pouvez changer d'avis, vous pouvez vous rétracter par une lettre qui m'arrive avec plus de célérité que la première, ou même qui m'arrive en même temps (1); entre nous il doit y avoir réciprocité.

27. Il reste à faire savoir que, si la correspondance de celui qui se rétracte avait occasionné quelques dépenses ou quelque perte à l'autre partie, il serait tenu de les indemniser. « Puto tamen, dit Balde (2), quod recipiens nuntium vel epistolam, si aliquas impensas fecisset vel damna habuisset propter nuntium vel epistolam, ante scientiam vel certiorationem de penitentia mittentis, ad expensas et damna posset agere. »

Pothier a enseigné aussi cette opinion équitable (3). Il cite pour exemple d'indemnité à réclamer la baisse de la marchandise survenue entre la réception de la première lettre et la seconde; car c'est la proposition contenue dans la première missive qui a empêché le correspondant de vendre à d'autres avant la diminution.

Il y aurait également lieu à dommages et intérêts si la partie touchée de l'offre avait fait des frais d'expédition (4). Elle devrait en être remboursée.

28. Pour que la correspondance des parties fasse preuve de leur consentement à la vente, il est indispensable qu'elle contienne la manifestation d'un acquiescement bilatéral; car si l'on ne produisait que

(1) Rép., Vente, p. 500. Argument de l'arrêt de la cour de cassation du 1^{er} septembre 1813, qui y est rapporté, et dans l'espèce duquel il s'agissait de deux lettres qui avaient été remises en même temps, et dont l'une contenait acceptation pure et simple, et la seconde acceptation modifiée. Je n'ai pas trouvé cet arrêt dans la collection alphabétique de M. Dalloz, v^o Vente.

(2) Sur la loi 1, Dig. Mand.

(3) N^o 32.

(4) Pardessus, t. 2, n^o 250, p. 234.

la lettre de celui qui a fait l'offre, sans réponse de l'autre partie pour faire connaître son acceptation, il n'y aurait pas de preuve d'un contrat, *duorum placitum consensus*.

29. Je pense toutefois que l'adhésion de celui à qui l'offre a été faite par une lettre missive pourrait être prouvée par un fait d'exécution qui tiendrait lieu de réponse de sa part.

Vous me demandez, par une lettre du 40 janvier 1831, de vous vendre pour 3,000 fr. un tonneau de vin de Bordeaux que j'ai dans ma cave, et dont vous avez besoin pour le 14 du même mois à midi; je ne vous réponds pas sur-le-champ; mais à l'heure et au jour indiqué je vous expédie le vin demandé, et je vous prie de m'en faire toucher le prix. On doit décider qu'il ya eu contrat synallagmatique, et que vous ne pouvez vous refuser à l'exécution du marché. Votre consentement sur la chose et sur le prix est prouvé par votre lettre; le mien, par l'envoi que je vous ai fait avant de recevoir de vous aucune rétractation. Il y a, de part et d'autre, un lien de droit.

30. Mais si, au lieu de vous faire parvenir la chose au jour et au lieu convenus, je vous l'avais adressée à une autre époque et dans un autre endroit, comme il y aurait divergence entre votre intention et le fait par lequel j'y aurais répondu, la vente serait restée imparfaite.

C'est ce qui a été jugé au parlement de Paris dans l'espèce suivante :

Le sieur de Sailly, sachant que le sieur Pasquier avait deux chevaux qu'il voulait vendre 4,150 livres, manda par écrit de les lui envoyer le lendemain à 9 heures, et qu'il paierait les 4,150 livres à celui qui amènerait les chevaux. Pasquier, au lieu de les envoyer à 9 heures, ne les envoya qu'à midi dans une maison tierce. Sailly refusa. Assignation de la part de Pasquier, qui obtint sentence par défaut. Sur l'appel, de Sailly divisa sa défense en deux moyens : il sou-

tint d'abord (et ici je trouve que son système n'était pas admissible) qu'il n'y avait pas vente, parce que comme le sieur de Sailly n'aurait pas pu faire condamner Pasquier à lui délivrer les chevaux, de même Pasquier ne pouvait pas le contraindre à les recevoir; que la lettre n'obligeait pas les parties réciproquement, puisque de Sailly y parlait seul, et qu'elle n'obligeait pas Pasquier; il soutint ensuite (et c'était là le vrai moyen de la cause) que Pasquier n'ayant pas envoyé les chevaux à l'heure et au lieu indiqués, la proposition de lui, de Sailly, n'avait pas été agréée, et qu'ainsi il n'y avait pas de vente. Sur cela, arrêt qui décharge de Sailly de la demande, avec dépens (1).

Je crois que c'est sur ce dernier moyen que s'est fondé le parlement pour donner gain de cause à de Sailly. Quant à l'autre moyen, s'il eût triomphé dans l'esprit des juges, ce ne serait que par suite d'une erreur facile à démontrer.

Que demandait de Sailly par sa lettre contenant les premières ouvertures du marché? Il priait Pasquier de lui faire amener les chevaux qu'il entendait acheter. Il ne demandait pas à Pasquier de lui faire une réponse écrite préalable. En faisant une offre, il sollicitait Pasquier d'y répondre par un fait. Si donc Pasquier eût envoyé les chevaux à l'heure et au lieu indiqués, tout se fût passé dans les termes de la proposition.

C'est par une confusion d'idées que de Sailly disait :

« Je ne pourrais faire condamner Pasquier, puisque je n'ai pas écrit de lui; il ne peut donc me faire condamner en vertu de mon écrit. Il n'y a pas de vente, puisqu'il n'y a pas de réciprocité dans nos positions. »

Sans doute, l'envoi de la lettre de de Sailly à Pasquier ne pouvait produire aucun moyen de contrainte contre ce dernier. Car, n'y ayant encore qu'une simple proposition de la part de de Sailly, rien n'obligeait Pas-

(1) Répert., v^o Lettre, p. 388, col. 2.

quier à y déférer. Mais dès l'instant que Pasquier avait envoyé les chevaux qui lui étaient demandés, tout se trouvait changé. La vente était parfaite : de Sailly était obligé à payer le prix, Pasquier à garantir la chose. Il y avait obligation respective, et, de même que Pasquier pouvait se servir de la lettre pour exiger le prix, de même de Sailly pouvait exciper du fait d'exécution émané de Pasquier, pour exiger qu'il satisfît à ses obligations de vendeur. De Sailly se trompait donc en disant que pareille vente ne produisait de lien de droit que de son côté; elle en engendrait un de part et d'autre.

J'ai insisté sur ce point de doctrine, parce que je me suis aperçu qu'on se servait assez souvent des équivoques qui ont présidé à la défense de de Sailly pour obscurcir une matière qui me paraît claire.

31. C'est ainsi qu'on a vu la cour de Poitiers décider, par un arrêt du 11 ventôse an x (1), que la preuve d'un engagement respectif, tel qu'une vente ne saurait résulter de lettres missives, *que l'une ou l'autre des parties peut supprimer*; que ce serait mettre l'une des parties à la merci de l'autre, etc.

Il serait inutile aujourd'hui de combattre un pareil arrêt qui heurte de front l'art. 109 du Code de commerce (2). On y voit un exemple d'erreur qui ne ressemble pas mal à ceux que nous avons trouvés tout à l'heure dans la défense du sieur de Sailly. La cour de Poitiers n'a pas fait attention qu'elle confondait le cas où la correspondance est reconnue et produite avec le cas où elle serait déniée et mutilée; à peu près comme si l'on confondait le cas où la vente est avouée par les parties avec celui où elles se renferment dans une négation.

Sans doute! si la correspondance n'est pas avouée

(1) Dal., Vente, p. 843, n^o, note.

(2) V. *suprà*, n^o 21. M. Durantou approuve cependant cet arrêt (t. 16, n^o 44).

ou reconnue, une des parties peut retenir, au préjudice de l'autre, l'une des pièces qui la composent (1). Sous ce rapport, du reste, il y a égalité de position entre les parties. Mais il ne suit pas de là que, lorsque la correspondance est produite et reconnue, on ne doive pas y croire, par cela seul qu'avant d'être produite on aurait pu la supprimer. C'est comme si l'on disait qu'il n'y a pas de preuve suffisante dans l'aveu d'un individu, parce qu'avant de le faire il pouvait mettre son adversaire dans l'embarras en niant tout !

32. Nous avons vu au n° 21 que lorsque les parties rédigent un acte sous seing privé contenant leurs conventions de vendre et d'acheter, il faut que cet acte soit fait double. C'est la disposition peu rationnelle de l'art. 1325 du Code Napoléon, qui exige en outre que chaque original contienne la mention du nombre des originaux. Bourjon nous apprend que telle était la jurisprudence du Châtelet de Paris (2), et il s'en déclare le partisan, parce que, dit-il, « sans un double écrit, il n'y aurait aucun vrai lien de droit réciproque; la réciprocité, qui est l'âme de ce contrat, cesserait. Aucune des parties ne pourrait prouver qu'elles étaient engagées également et réciproquement (3). » Ces raisons ont paru suffisantes aux rédacteurs du Code pour donner leur assentiment à cette jurisprudence. Mais aucun esprit attentif ne peut en demeurer satisfait. De ce que l'une des parties a été assez confiante pour ne pas exiger qu'un original lui fût remis, et que cette négligence a pu mettre l'autre partie à même de supprimer le seul

(1) C'est dans un cas où la correspondance d'une des parties était seule produite, tandis que celle de l'autre était déniée, qu'est intervenu un arrêt de la cour d'Agen, du 17 janvier 1824, qu'il ne faut pas confondre avec l'arrêt de Poitiers que nous résumons. (D., 25, 2, 34.) *Junge Cass.* 30 déc. 1839 (Devill., 40, 4, 139).

(2) C'était aussi celle du parlement. (Rép., v° Double écrit.)

(3) Droit commun, t. 1, p. 471, n° 3 et 4.

original déposé entre ses mains, il ne résulte que ceci; savoir, qu'il y a eu trop de facilité et d'imprudence dans le fait de celui qui n'a pas mieux veillé à la conservation de ses droits. Mais en faire sortir que, lorsque l'original est représenté muni de la signature de toutes les parties, il ne fait pas preuve littérale de la convention, c'est ce qui donne un encouragement à la mauvaise foi et heurte de front toutes les notions de justice.

L'art. 1325 se hâte cependant d'adoucir le vice dont il est entaché, en disant que le défaut de mention du fait double ou triple ne peut être opposé par celui qui a exécuté la convention portée dans l'acte. C'est un progrès sur la jurisprudence du parlement de Paris, qui ne voulait pas que le vice fût couvert par l'exécution (1).

33. On a vivement agité la question de savoir si un acte sous seing privé non fait double peut servir de commencement de preuve par écrit.

M. Duranton professe la négative (2), qui a été adoptée par quelques arrêts (3). Mais il faut préférer l'opinion contraire, soutenue avec habileté et vigueur par M. Toullier (4), embrassée par M. Merlin (5) et M. Delvincourt (6), et vers laquelle tend à se diriger maintenant la jurisprudence des cours impériales (7); l'art. 1347 lui prête la force de la définition qu'il donne du commencement de preuve par écrit.

34. Lorsque, du reste, une vente sous seing privé a

(1) Répert., t. 16, v° Double écrit, p. 206.

(2) Dissert. dans Sirey, 21, 2, 75; et dans le Répert. de M. Favard, v° Acte sous seing privé.

(3) Aix, 23 novembre 1813. Répert., t. 16, Double écrit, p. 210. Paris, 27 novembre 1811, id.

(4) T. 9, n° 83; t. 8, 322, 323.

(5) Répert., t. 16, v° Double écrit.

(6) T. 2, p. 615, note.

(7) Caen, 1^{er} mai 1812. Dal., Oblig., p. 731. Arguments des arrêts de la cour de cassation et de la cour de Lyon, rapportés par Dalloz, 29, 1, 136, et 2, 42, 102.

été revêtue de toutes les formalités voulues par la loi, et qu'elle a été enregistrée, elle peut être opposée aux tiers comme si elle était authentique. Elle peut également être transcrite pour conserver le privilège du vendeur, ainsi que je l'ai dit dans mon commentaire sur les hypothèques (1).

35. Il y a des formes particulières pour les ventes publiques, par exemple pour l'expropriation forcée, pour les ventes de biens de mineurs, pour les ventes aux enchères devant un notaire, pour la vente des meubles dépendant d'une succession, pour les licitations, pour la vente des biens communaux et des biens des hospices (2) ; mais le détail des formalités qui s'y rattachent rentre dans l'interprétation du Code de procédure civile, qui en traite expressément (3), ou dans l'explication de la législation spéciale qui règle ces sortes de transactions.

ARTICLE 1583.

Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

SOMMAIRE.

36. Origine de notre article dans le droit romain.
37. Néanmoins, il y a une différence capitale entre la théorie

(1) Et dans mon commentaire de la Transcription, n° 142. V. aussi sur ce point et en ce sens le récent commentaire des Privilèges de M. Paul Pont, n° 266.

(2) Loi du 5 novembre 1790, tit. 2. Décret du 12 août 1807. M. Leber, Hist. critique du pouvoir municipal, p. 543.

(3) V. Aussi Pothier, Vente, n° 517 et suiv.

du droit romain et celle du droit français. D'après le droit romain, l'obligation ne transférait jamais la propriété : il fallait de plus la tradition.

38. Cela avait lieu aussi dans l'ancienne jurisprudence française.
39. D'après une modification remarquable du Code Napoléon, l'obligation transfère la propriété.
40. Défense de ce système contre ses détracteurs. Importance de la volonté et de la liberté dans le droit nouveau. Progrès qui en résulte.
41. Examen de la question de savoir si c'est seulement entre parties que la vente transfère la propriété.
42. 1° En ce qui concerne les meubles, la propriété n'est transférée, à l'égard des tiers, que par la tradition. Raison de cela.
43. 2° En ce qui concerne les immeubles, la translation de la propriété s'opère sans tradition.
44. Inconvénients de ce système. Renvoi.
45. Mais, tel qu'il est, il faut s'y soumettre. Inutiles efforts de M. Jourdan pour lui donner une autre portée. La pensée du Code Napoléon est claire et n'a pas besoin d'être interprétée législativement.
46. Revue de quelques articles du Code qui paraissent opposés à la transmission de la propriété à l'égard des tiers sans tradition. Imperfections de quelques-uns de ces articles.
47. Résumé de la théorie du Code Napoléon.
48. Mais la vente seule ne suffit pas pour transférer la propriété, lorsque la chose vendue est indéterminée.
49. Cas où les effets de la vente sont suspendus. Renvoi.

COMMENTAIRE.

36. L'origine de notre article se trouve dans les lois romaines. • Consensu fiunt obligationes in EMPTIONIBUS, VENDITIONIBUS, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scripturâ, neque præsentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. • Tel est le langage des Institutes (1). Ces mots

(1) De consensu oblig., l. 3, c. 22.

été revêtue de toutes les formalités voulues par la loi, et qu'elle a été enregistrée, elle peut être opposée aux tiers comme si elle était authentique. Elle peut également être transcrite pour conserver le privilège du vendeur, ainsi que je l'ai dit dans mon commentaire sur les hypothèques (1).

35. Il y a des formes particulières pour les ventes publiques, par exemple pour l'expropriation forcée, pour les ventes de biens de mineurs, pour les ventes aux enchères devant un notaire, pour la vente des meubles dépendant d'une succession, pour les licitations, pour la vente des biens communaux et des biens des hospices (2) ; mais le détail des formalités qui s'y rattachent rentre dans l'interprétation du Code de procédure civile, qui en traite expressément (3), ou dans l'explication de la législation spéciale qui règle ces sortes de transactions.

ARTICLE 1583.

Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

SOMMAIRE.

36. Origine de notre article dans le droit romain.
37. Néanmoins, il y a une différence capitale entre la théorie

(1) Et dans mon commentaire de la Transcription, n° 142. V. aussi sur ce point et en ce sens le récent commentaire des Privilèges de M. Paul Pont, n° 266.

(2) Loi du 5 novembre 1790, tit. 2. Décret du 12 août 1807. M. Leber, Hist. critique du pouvoir municipal, p. 543.

(3) V. Aussi Pothier, Vente, n° 517 et suiv.

du droit romain et celle du droit français. D'après le droit romain, l'obligation ne transférait jamais la propriété : il fallait de plus la tradition.

38. Cela avait lieu aussi dans l'ancienne jurisprudence française.
39. D'après une modification remarquable du Code Napoléon, l'obligation transfère la propriété.
40. Défense de ce système contre ses détracteurs. Importance de la volonté et de la liberté dans le droit nouveau. Progrès qui en résulte.
41. Examen de la question de savoir si c'est seulement entre parties que la vente transfère la propriété.
42. 1° En ce qui concerne les meubles, la propriété n'est transférée, à l'égard des tiers, que par la tradition. Raison de cela.
43. 2° En ce qui concerne les immeubles, la translation de la propriété s'opère sans tradition.
44. Inconvénients de ce système. Renvoi.
45. Mais, tel qu'il est, il faut s'y soumettre. Inutiles efforts de M. Jourdan pour lui donner une autre portée. La pensée du Code Napoléon est claire et n'a pas besoin d'être interprétée législativement.
46. Revue de quelques articles du Code qui paraissent opposés à la transmission de la propriété à l'égard des tiers sans tradition. Imperfections de quelques-uns de ces articles.
47. Résumé de la théorie du Code Napoléon.
48. Mais la vente seule ne suffit pas pour transférer la propriété, lorsque la chose vendue est indéterminée.
49. Cas où les effets de la vente sont suspendus. Renvoi.

COMMENTAIRE.

36. L'origine de notre article se trouve dans les lois romaines. • Consensu fiunt obligationes in EMPTIONIBUS, VENDITIONIBUS, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scripturâ, neque præsentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. • Tel est le langage des Institutes (1). Ces mots

(1) De consensu oblig., l. 3, c. 22.

ac ne dari quidquam necesse est indiquent clairement que la numération du prix et la tradition de la chose ne sont pas nécessaires pour la perfection de la vente. Les loi 9 et 12 au Code *De contrah. emptione* répètent aussi que l'obligation a acquis toute sa perfection, quoique le prix ne soit pas encore soldé (1). Jusqu'ici, il y a donc conformité parfaite entre le système du droit romain et notre article.

37. Mais voici une différence capitale entre les deux théories. Dans le droit romain, le consentement sur la chose et sur le prix n'était pas suffisant pour transférer la propriété; il fallait encore la tradition de la chose (2). Car, en principe, les obligations ne transféraient jamais la propriété. Le domaine des choses ne s'acquerrait que par la tradition, ou mise en possession de l'acquéreur. « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (3). » La vente était bien parfaite sans tradition, en ce sens qu'elle produisait un lien de droit, une obligation de livrer la chose. Mais cette obligation était purement personnelle; elle ne permettait pas à l'acquéreur d'agir par l'action *rei vindicatione*, comme propriétaire de la chose. Le véritable propriétaire, avant la tradition, c'était le vendeur. Telle était la décision expresse des Institutes (4). « *Qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est* (5). » Ce qui avait pour conséquence que, lorsque la même chose était vendue par

(1) V. aussi Inst. *De empt. in principio*, et Despeisses, t. 1, p. 13, n° 13.

(2) Je reviens là-dessus dans mon comment. de la loi, sur la Transcription. V. n° 3.

(3) Diocl. et Max., l. 20, C. *De pactis*. L. 11, C. *De act. empt.* L. 15, C. *De rei vindicat.* Paul, Sent., lib. 5, t. 10, § 4, n° 4. Huberus, sur les Inst. *De oblig.* Pothier, Pand., t. 3, p. 112, n° 62 et suiv. M. Ducaurroy, Inst., t. 3, n° 952, p. 1; et t. 1, depuis le n° 393 jusqu'au n° 405, p. 302 à 314.

(4) *De empt. vendit.*, § 3, *in fine*.

(5) M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 3, p. 133, n° 1039.

le même maître à deux individus, celui-là était préférable qui avait été mis le premier en possession de la chose (1).

38. Ces principes étaient suivis dans l'ancienne jurisprudence française (2). « Lorsque le vendeur, dit Pothier, est propriétaire de la chose et capable de l'aliéner..., l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi.

Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants. Ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat (3). »

39. Le Code Napoléon a suivi un système opposé et dont les conséquences donnent au droit français une physionomie toute particulière (art. 711), et il décide dans notre article que l'acquéreur est investi, de droit, de la propriété de la chose vendue, par la seule puissance du consentement, et alors même qu'il n'y a pas eu de tradition ni de paiement du prix (4).

40. Cette innovation a été sévèrement critiquée.

(1) Paul, Sentent., l. 5, t. 10, § 4, n° 4. L. 5, C. *De rei vindicat.* Diocl. et Maxim.

(2) Répert., v° Tradition, n° 2. Pothier, Vente, n° 308. Capitul. de Charlem., lib. 7, c. 279. Arrêt du parlement de Paris du 24 avril 1595. Louet, lett. V, § 1.

(3) Vente, n° 319. Il développe les conséquences de cela, n° 320 et suiv., et Bourjon, t. 1, p. 146, n° 11.

(4) « Certainement, dit M. A. T. H., dans *Thémis*, t. 4, p. 447, si le Code Napoléon s'est écarté du droit romain, il n'a fait nulle part un changement aussi grave, aussi fécond en conséquences, que lorsqu'il est venu attribuer à l'obligation de donner la force de transférer la propriété. » — V. mon comment. de la Transcription, n° 142.

Elle a paru contraire à la nature des choses, et on y a vu une extension forcée donnée à la portée des obligations (1).

J'ai une opinion différente.

Le droit est susceptible de progrès. A mesure qu'il se perfectionne, il se dégage des formes matérielles inutiles, et il tend à revêtir une forme plus abstraite. On conçoit alors qu'il fasse jouer un plus grand rôle à la volonté pure de l'homme. Dans cet état de choses, cette volonté est moins dominée par la tyrannie des solennités extérieures; il n'est plus aussi nécessaire qu'elle se manifeste par des faits visibles et par des actes physiques. Elle tire toute sa force d'elle-même; elle se fait respecter, par cela seul qu'elle émane d'un individu libre. En un mot, ici le droit civil s'associe avec la liberté, et lui prête sa sanction dans ce qu'elle a de légitime. C'est le droit dans sa plus haute perfection.

Chez les Romains, l'élément démocratique du droit, c'est-à-dire la volonté, ou, ce qui est la même chose, la liberté de l'individu, était loin d'avoir reçu tout le développement compatible avec la raison et l'équité. Dans ses rapports avec la famille, avec la propriété, avec l'homme, etc., la liberté du citoyen était entravée par des formes multipliées et par des restrictions pesantes. Je ne veux pas les énumérer ici. Mais il serait facile d'en citer des exemples. A mon sens, l'une de ces restrictions arbitraires, introduites par l'esclavage des formes, était la nécessité de la tradition pour compléter, entre les parties, la translation de la pro-

(1) Déjà, dans l'ancienne jurisprudence, Grotius et Huberus avaient prouvé que la tradition n'était pas nécessaire, d'après le droit de gens, pour transférer la propriété entre parties (Grotius, *De jure pacis et belli*, l. 2, c. 42, n° 45. Huber., *Digres.*, liv. 4, c. 8 et suiv., et sur le Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, n° 2). Louet rapporte les tentatives qui furent faites, lors de l'arrêt de 1593, pour donner au contrat de vente un effet translatif. Lett. V, § 4.

priété (1). Car la volonté, positivement exprimée, de déplacer la propriété et de l'acquérir, n'a pas besoin d'un fait extérieur de prise de possession pour opérer la substitution d'une personne à l'autre dans le droit dont on stipule. En bonne foi, en raison, la volonté supplée au fait, ou, pour mieux dire, elle est elle-même un fait moral, investi d'une vertu d'exécution, et saisissant les choses pour leur imprimer le cachet de sa puissance. Qu'est-ce qu'un fait physique en lui-même, tel, par exemple, qu'une prise de possession? Rien évidemment sans le concours de la volonté qui lui donne un sens et une moralité. Au contraire, sans le concours du fait, la volonté engendre des droits; elle les transforme et les modifie. Que l'homme retire de sa chose la volonté qu'il a de la posséder, aussitôt elle cesse de lui appartenir, sans qu'il ait besoin de se livrer à un fait symbolique pour exprimer son abdication. C'est ce que l'on comprend au premier coup d'œil, et ce que l'on voit tous les jours sous ses yeux. De même, la volonté de l'homme, en se portant sur la chose qu'on lui cède, s'en empare pour ainsi dire, se la soumet et en prend possession. Dès lors, il y a tout ce qu'il faut pour que la propriété soit nécessairement transférée. Là où la volonté a, à elle seule, une énergie assez forte pour abdiquer la propriété, la logique veut qu'elle suffise pour l'acquérir.

Les Romains n'avaient pas complètement ignoré ces vérités; car l'on voit quelquefois dans leur droit la propriété transférée sans aucun fait de prise de possession; par exemple, dans le legs *per vindicationem* la chose était acquise au légataire par la seule vertu des paroles dont s'était servi le testateur (2). De même la succession passait sur la tête de l'héritier sien, sans que celui-ci fût obligé de faire aucun acte d'appréhension.

(1) M. Toullier est aussi de ce sentiment, t. 4, n° 57.

(2) Gaius, *Inst.*, 2, 494.

sion (1). Mais c'étaient là des exceptions que des raisons particulières avaient fait introduire.

Le Code Napoléon est entré plus avant dans les notions de la philosophie du droit, en généralisant le principe que la volonté, appuyée d'un titre légitime, suffit, sans prise physique de possession, pour transférer la propriété. Les successions passent d'une tête à l'autre par le seul effet de la maxime : *Le mort saisit le vif*. Les testaments investissent les légataires de la propriété des choses léguées par la puissance qui s'attache à une dernière volonté non contredite par la volonté de la personne gratifiée. La donation, dûment acceptée, transfère la propriété sans tradition (article 938). Le Code fut sorti de ce système si simple et si vrai, qui assure à la volonté de l'homme sa noble prépondérance, s'il eût refusé aux contrats la même vertu. Il ne le devait pas, il ne l'a pas fait. La bonne foi, l'équité, la logique, doivent s'en applaudir.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que, par l'imperfection de quelques détails, les rédacteurs du Code ont laissé pénétrer dans leur ouvrage des contradictions fâcheuses qui jettent du trouble dans l'ensemble (2). Mais, au fond, le système existe ; il est franchement dessiné dans ses traits principaux ; il est surtout écrit dans notre article en caractères sensibles.

Ainsi donc la vente n'est plus un contrat produisant un simple *jus ad rem*, comme du temps de Paul et de Pothier (3) ; elle engendre le *jus in re* (4) ; elle donne à l'acquéreur la propriété même, et elle la place sous la sauvegarde de l'action en revendication qui appartient au maître de la chose.

(1) M. Ducauproy, t. 2, n° 666 et 830. L. 6, § 5 et 6, Dig. *De acq. vel omitt. hered.*

(2) M. Jourdan a signalé les incohérences, dans la *Thémis*, t. 5, p. 408. Nous y reviendrons tout à l'heure.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 151.

(4) Toullier, t. 6, n° 202 et suiv.

41. Mais notre article est conçu dans des termes qui semblent, au premier coup d'œil, renfermer le cercle de ces innovations entre le vendeur et l'acheteur : « La vente est parfaite *entre les parties* ; la propriété est acquise à l'acheteur *à l'égard du vendeur*. » Est-ce donc à dire qu'à l'égard des tiers on reste sous l'empire des principes anciens ?

La question doit être envisagée sous deux points de vue : l'un qui se réfère aux ventes de meubles ; l'autre qui se réfère aux ventes d'immeubles.

42. A l'égard des ventes de meubles, la solution se trouve dans l'art. 1141 du Code Napoléon : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. »

La conséquence est facile à saisir.

Si la vente de meubles est parfaite entre les parties par le consentement, si la propriété est transférée de droit à l'acquéreur au regard du vendeur, par le seul effet du contrat (1583), il n'en est pas de même à l'égard des tiers. En ce qui concerne ceux-ci, la vente n'est parfaite que par la tradition réelle reçue de bonne foi ; pour eux, le véritable acquéreur n'est pas le porteur du titre le premier en date, mais le possesseur de la chose, bien que le titre de ce dernier soit postérieur. Ainsi, les créanciers du vendeur peuvent, nonobstant la vente d'un meuble faite sans tradition ou déplacement, faire saisir et vendre ce meuble sur leur débiteur qui en a conservé la possession (1). En un mot, la célèbre loi *quoties*, au Code, *de rei vindicat.*, subsiste dans toute son autorité pour les ventes de meubles ; le Code Napoléon, par l'art. 1141, l'a expressément ratifiée, à la condition toutefois que la

(1) Bourjon, t. 1, 446, n° 11, tit. 1, ch. 6, sect. 3.

possession soit de bonne foi (1). La raison de ceci est ce principe fondamental, qui fait la sûreté du commerce, savoir : qu'en matière de meubles la possession vaut titre (2279 du Code Napoléon) (2). Elle vaut titre surtout, lorsqu'elle est soutenue d'une cause aussi légitime qu'un titre de vente accepté de bonne foi par l'acquéreur (3).

43. Mais, dans la vente d'un immeuble, il ne faut pas douter que le Code ne repose sur des principes différents (4) ; ni la tradition, ni la transcription, qui est une espèce de prise de possession figurée, ne sont exigées par aucun texte pour saisir l'acquéreur à l'égard des tiers. De là ce corollaire, qu'entre deux acquéreurs du même immeuble, la préférence se règle par la date du titre, ce qui est le renversement de toutes les idées adoptées dans l'ancienne jurisprudence et le droit romain (5).

44. Je me suis élevé ailleurs contre ce système du Code Napoléon (6). Je crois avoir démontré que la loi hypothécaire de brumaire an VII, qui exigeait la trans-

(1) MM. Delvincourt, t. 2, p. 528, notes. Toullier, t. 6, n° 205. Duranton, t. 10, n° 431. Favard, v° Vente sect. § 1, n° 7. Davergier, t. 1, n° 37. — V. cependant Rennes, 8 avril 1839 (Deville 46, 1, 551) ; Bourges, 25 janvier 1841 (Deville 41, 2, 624) et M. Marcadé sur l'art. 1141.

(2) Bourjon, t. 1, p. 145, n° 1, et p. 146, n° 41.

(3) V. sur l'art. 1616, quand il y a tradition des meubles.

(4) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 19.

(5) Mais, il faut maintenant conférer ceci et ce que je vais dire dans les numéros suivants avec la loi du 23 mars 1855 qui, faisant droit aux justes critiques dont le Code Napoléon a été l'objet, a rétabli la transcription comme moyen de transmettre la propriété immobilière vis-à-vis des tiers. Donc aujourd'hui il n'y a point de transmission au regard des tiers sans transcription. C'est un retour à la loi de brumaire an 7. V., du reste, mon Commentaire sur la transcription, notamment à l'art. 3 de la loi de 1855, nos 142 et suiv.

(6) Préface de mon Comment. sur les Hypothèques, p. xxxiv et suiv.

cription de la vente pour qu'elle pût être opposée à des tiers, méritait la préférence sur les combinaisons de la loi nouvelle. Au nom de la bonne foi, du crédit entre les particuliers et de la stabilité de la propriété, je désire une réforme sur ce point si important et si grave. Ce n'est pas que je me laisse influencer par aucune des idées qui, dans le droit romain, ne pouvaient détacher l'aliénation de la propriété de la tradition, idées toutes matérielles que je me suis efforcé de combattre tout à l'heure. Mon point de vue est ailleurs ; je le place dans la nécessité de faire naître la confiance et de donner des garanties aux opérations de prêt sur gage immobilier. Il me semble que, puisque l'hypothèque s'annonce au public par des signes certains, il faut compléter ce système salubre en mettant la propriété qui lui sert de base à l'abri des manœuvres frauduleuses qui sont si faciles dans les mutations secrètes (1).

45. D'autres jurisconsultes ont été frappés comme moi de cet impérieux besoin. Mais, au lieu de prendre le Code Napoléon dans l'état où il se trouve, ils ont cherché à le plier à leurs idées systématiques, et à en faire sortir, par de laborieux efforts, tout autre chose que ce que ses rédacteurs y ont mis. M. Jourdan a voulu y trouver tour à tour la nécessité de la tradition et la nécessité de la transcription ; mais bientôt il s'est convaincu que son esprit s'épuisait sur des éléments rebelles à ses théories ; et cependant, plutôt que de convenir que le Code Napoléon avait opéré une immense innovation en supprimant et la tradition et la transcription, en fait d'aliénation d'immeubles, il a mieux aimé conclure à l'interprétation législative de la loi comme obscure, incohérente, hérissée d'antinomies et se prêtant aux systèmes les plus opposés (2).

(1) *Loc. cit.*

(2) Thémis, t. 5.

Je n'ai pas une assez grande foi dans l'infaillibilité du Code Napoléon pour vouloir l'absoudre de tous les reproches. Qu'il y ait dans plusieurs de ses dispositions, défaut d'unité, incohérence, disparate, c'est ce que j'avouerai sans peine. Mais, au fond, il me sera facile d'établir qu'il n'est pas assez obscur pour avoir besoin d'être éclairci par l'intervention du législateur, et que l'ensemble de ses vues, quoique imparfait à beaucoup d'égards, peut se saisir sans hésitation. *Nec Deus intersit*, disait Horace, dans une matière bien différente de la nôtre. En droit, comme au théâtre, je n'aime pas qu'on en appelle, sans nécessité, aux moyens extraordinaires, au Dieu sauveur qui soulage le génie épuisé du poète, au législateur qui est le dieu des jurisconsultes. Tant que l'interprétation de doctrine suffit, le législateur doit rester en repos. Or le Code montre son esprit assez à nu pour que nous puissions le saisir sans le secours du flambeau législatif.

46. Laissons d'abord de côté les art. 1141 et 2279, qui requièrent la tradition pour les meubles. C'est une exception introduite à la faveur de causes particulières pour ce genre de biens. Le contraste que l'art. 1141 fait avec l'art. 1140 est un indice certain que les idées du Code sur la transmission des meubles n'ont rien de commun avec sa théorie sur la transmission des immeubles.

L'art. 1238 présente plus de difficultés : « Pour payer valablement, dit-il, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. » On en conclut que l'obligation de donner un immeuble ne suffit pas pour transférer la propriété; car si elle était suffisante, il importerait peu que le créancier, propriétaire de la chose par l'effet seul du contrat, reçût cette chose, qui est sienne, des mains de celui qui n'en est pas le maître; il faut même dire qu'avec le système de la transmission de la propriété par la vertu des obligations, le débiteur

qui n'a pas encore livré la chose n'en est plus propriétaire quand il paie, puisqu'il a été dépouillé sur-le-champ par l'effet du contrat. Comment donc se fait-il que l'art. 1238 exige que le débiteur soit propriétaire au moment du paiement? n'est-ce pas le renversement de toutes les idées sur la translation de la propriété par l'effet des obligations?

Cette argumentation, toute spécieuse qu'elle est, trouve cependant sa réponse dans cette observation, que l'art. 1238 n'a pu entendre parler que du paiement fait par le débiteur en vertu d'une obligation qui, à elle seule, n'est pas suffisante pour transférer la propriété. Le Code reconnaît en effet des obligations, en petit nombre à la vérité, qui ne transfèrent la propriété que par un fait accessoire qui vient les compléter, par exemple la vente des choses indéterminées. Dans ces cas, comme le contrat n'a pas transféré la propriété à l'acheteur, et que celui-ci n'avait qu'une action personnelle, le vendeur doit, quand il paie, satisfaire aux conditions voulues par l'article 1238 (1). Mais entendre l'art. 1238 dans un sens général et absolu, appliquer sa disposition à toutes les obligations quelconques (ainsi qu'on le faisait dans l'ancienne jurisprudence) (2), afin d'ébranler les dispositions si précises des art. 711, 1138 et 1583, c'est ce qui ne saurait être admis. L'art. 1583 ne peut se plier à un pareil système : il proclame trop énergiquement qu'entre *les parties* la convention, sans tradition, transfère le domaine de la chose. Je conviens cependant que les rédacteurs du Code, trop peu soigneux d'épurer la doctrine de Pothier, désormais incompatible dans ses vues principales sur le paiement avec les principes nouveaux, auraient pu mettre plus

(1) M. Delvincourt, t. 2, p. 539. M. Toullier prétend qu'il y a antinomie entre l'art. 1138 et l'art. 1238 (t. 5, n° 6, et t. 7, n° 6 et suiv.). Mais il repousse l'art. 1238.

(2) Pothier, Oblig., n° 459 et 461.

de précision dans l'art. 1238, dont ils ont pris la rédaction dans ses ouvrages. Mais ce texte est précédé et suivi d'autres textes si clairs, qu'il faut nécessairement le renfermer dans un cercle étroit et le prendre avec des restrictions.

L'art. 1303 est aussi l'un de ceux que M. Jourdan oppose à l'art. 1583. Cet article porte que, « lorsque la chose est mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il a quelques droits ou actions en indemnité, par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. » Si le débiteur était dépouillé par l'obligation de livrer, est-ce que les actions en indemnité n'appartiendraient pas immédiatement au créancier? Aurait-il besoin d'une cession d'action?

Cette objection est puissante comme critique de l'art. 1303; il est clair que cet article fait disparate avec les art. 711, 1138 et 1583 (1). Mais conclurait-on de l'art. 1303 qu'il suffit à lui seul, par les inductions assez secondaires auxquelles il conduit, pour renverser le système si bien lié, qui est écrit dans les trois articles que nous venons de citer? Non sans doute? tout ce qu'on pourra dire, c'est que l'art. 1303 est une distraction du législateur, et le débris d'une théorie qu'il voulait renverser.

Nous dirons la même chose de l'art. 1867 du Code Napoléon, en supposant qu'entre les parties il exige la tradition en matière de société (2); il forme des exceptions, mais il n'empêche pas la règle générale de subsister.

Voilà à peu près tous les textes dont on argumente pour trouver dans le Code les germes d'un système qui ferait de la tradition une condition indispensable

(1) M. Toullier, t. 7, n° 476.

(2) M. Toullier lui donne un autre sens, t. 7 n° 451 et suiv. Je reviens sur la controverse qui s'est élevée à cet égard entre les auteurs dans mon commentaire sur le *Contrat de société*. V. art. 1867, n° 916 et suiv.

de la transmission de la propriété immobilière à l'égard des tiers. On voit combien ils sont peu concluants. D'ailleurs, on ne devrait pas perdre de vue que, les anciens principes ayant été remplacés par la loi de brumaire an VII, qui substituait la transcription à la tradition, il faudrait une disposition de loi bien explicite pour admettre que le Code a fait revivre la tradition. Or, d'une part, la tradition est inconciliable avec les grandes bases du système des obligations, en ce qui concerne les parties contractantes; et, d'autre part, il n'y a pas un seul article qui parle directement ou indirectement de la tradition, comme moyen exhumé d'une législation morte depuis longtemps, pour faire que les transmissions d'immeubles puissent être opposées aux tiers; le Code Napoléon est donc clair sur ce point et n'a pas besoin d'interprétation. Je ne sache pas que la jurisprudence s'y soit jamais trompée.

Reste à savoir si la transcription serait passée du Code hypothécaire de l'an VII dans le Code Napoléon. Quoi qu'en dise M. Jourdan, la négative ne saurait faire le doute le plus léger, comme j'en ai donné la démonstration dans mon commentaire sur le titre des hypothèques (1); je ne reviendrai pas sur ce point de droit, qui, à ce qu'il me semble, au surplus, ne rencontre plus d'hésitation dans les esprits (2). L'art. 834 du Code de procédure civile contient la preuve si éclatante que les aliénations d'immeubles peuvent être opposées aux tiers sans transcription, qu'on ne conçoit pas qu'un esprit aussi distingué que M. Jourdan ait jeté dans la discussion une thèse si paradoxale.

Tenons donc pour constant que, même à l'égard des tiers, la vente d'un immeuble est parfaite, et la pro-

(1) Sur les art. 2182, 2189, 2198 du Code Napoléon.

(2) On m'a assuré cependant que M. Blondeau, professeur distingué de la faculté de Paris, enseigne le contraire. V. encore M. Hureau, *Etudes sur le Code civil*, n° 127 et suiv., et M. Paul Pont, *Comment. des Privilèges*, n° 258.

priété est transmise sans tradition ni transcription, par l'unique force de la volonté contenue dans le contrat. C'est un résultat qu'il faut accepter, tant que le législateur n'y aura pas apporté de modifications (1).

47. Il est maintenant facile de résumer l'exposé de ces doctrines. Soit que la vente porte sur des meubles, soit qu'elle porte sur des immeubles, elle est parfaite entre les parties, et la propriété est transférée de droit par l'énergie même du contrat. Néanmoins, en ce qui concerne les tiers, la vente des meubles n'a d'effet que lorsqu'elle est suivie de tradition; ce n'est qu'à l'égard des immeubles que la vente peut être opposée aux tiers sans tradition.

48. Mais au principe que la convention même suffit pour transférer la propriété de la chose vendue, il convient d'apporter une limitation; c'est lorsque cette chose est indéterminée.

Si, par exemple, je vous donne en paiement de la somme de 20,000 fr., que je vous dois, l'un de mes quatre immeubles, cette dation en paiement (espèce de vente) (2) ne vous rend pas sur-le-champ propriétaire de l'un de ces quatre immeubles. C'est dans mon domaine qu'ils continuent à rester tous, et la perte en serait à ma charge (3). Pour qu'ils passent sur votre tête, il faut qu'il y ait détermination par la désignation que je vous en ferai signifier. C'est avec cette restriction qu'il faut entendre les art. 1138 et 1583.

« Quant aux choses incertaines ou indéterminées, dit très bien M. Toullier (4), le créancier n'en devient propriétaire que lorsqu'elles sont devenues certaines,

(1) Ces modifications, comme je viens de le dire, *suprà*, n° 43 à la note, ont été introduites par la loi du 23 mars 1855 qui a rétabli la transcription.

(2) *Suprà*, n° 7.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 283.

(4) Toullier, t. 7, n° 460, p. 540. — *Junge* M. Duvergier, de la Vente, n° 38.

ou lorsque le débiteur les a déterminées et lui a valablement fait connaître sa détermination.»

49. Nous verrons dans l'art. 1585 une application de cette doctrine incontestable. Les articles suivants nous feront également connaître plusieurs autres cas où la vente se trouve suspendue dans ses effets par une condition qui l'affecte (1584 et 1588).

ARTICLE 1584.

La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire.

Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives.

Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions.

SOMMAIRE.

50. La vente peut être affectée par une condition suspensive ou résolutoire. Elle peut porter sur des choses alternatives.
51. De la condition en général. Son accomplissement ne doit pas dépendre du plein arbitre des parties.
52. Des conditions potestatives.
53. De la condition remise à la volonté d'une tierce personne. De la condition *mixte*.
54. Vente sous condition *suspensive*. En quel sens pareille vente est parfaite. En quel sens elle ne l'est pas.
55. La mort du vendeur, pendant la suspension, ne doit pas empêcher ses héritiers de tenir le marché. *Quid* en cas de faillite?
56. L'événement de la condition purifie la vente. La capacité des parties dans les ventes conditionnelles se juge par ce qu'elle a été au moment du contrat. L'événement de la condition produit un effet *retroactif*.
57. Si l'on peut prescrire *pendente conditione*.
58. Quand la condition manque, la vente s'évanouit. Renvoi pour des exemples de ventes avec condition suspensive.
59. Des ventes avec condition résolutoire.

priété est transmise sans tradition ni transcription, par l'unique force de la volonté contenue dans le contrat. C'est un résultat qu'il faut accepter, tant que le législateur n'y aura pas apporté de modifications (1).

47. Il est maintenant facile de résumer l'exposé de ces doctrines. Soit que la vente porte sur des meubles, soit qu'elle porte sur des immeubles, elle est parfaite entre les parties, et la propriété est transférée de droit par l'énergie même du contrat. Néanmoins, en ce qui concerne les tiers, la vente des meubles n'a d'effet que lorsqu'elle est suivie de tradition; ce n'est qu'à l'égard des immeubles que la vente peut être opposée aux tiers sans tradition.

48. Mais au principe que la convention même suffit pour transférer la propriété de la chose vendue, il convient d'apporter une limitation; c'est lorsque cette chose est indéterminée.

Si, par exemple, je vous donne en paiement de la somme de 20,000 fr., que je vous dois, l'un de mes quatre immeubles, cette dation en paiement (espèce de vente) (2) ne vous rend pas sur-le-champ propriétaire de l'un de ces quatre immeubles. C'est dans mon domaine qu'ils continuent à rester tous, et la perte en serait à ma charge (3). Pour qu'ils passent sur votre tête, il faut qu'il y ait détermination par la désignation que je vous en ferai signifier. C'est avec cette restriction qu'il faut entendre les art. 1138 et 1583.

« Quant aux choses incertaines ou indéterminées, dit très bien M. Toullier (4), le créancier n'en devient propriétaire que lorsqu'elles sont devenues certaines,

(1) Ces modifications, comme je viens de le dire, *suprà*, n° 43 à la note, ont été introduites par la loi du 23 mars 1855 qui a rétabli la transcription.

(2) *Suprà*, n° 7.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 283.

(4) Toullier, t. 7, n° 460, p. 540. — *Junge* M. Duvergier, de la Vente, n° 38.

ou lorsque le débiteur les a déterminées et lui a valablement fait connaître sa détermination.»

49. Nous verrons dans l'art. 1585 une application de cette doctrine incontestable. Les articles suivants nous feront également connaître plusieurs autres cas où la vente se trouve suspendue dans ses effets par une condition qui l'affecte (1584 et 1588).

ARTICLE 1584.

La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire.

Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives.

Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions.

SOMMAIRE.

50. La vente peut être affectée par une condition suspensive ou résolutoire. Elle peut porter sur des choses alternatives.
51. De la condition en général. Son accomplissement ne doit pas dépendre du plein arbitre des parties.
52. Des conditions potestatives.
53. De la condition remise à la volonté d'une tierce personne. De la condition *mixte*.
54. Vente sous condition *suspensive*. En quel sens pareille vente est parfaite. En quel sens elle ne l'est pas.
55. La mort du vendeur, pendant la suspension, ne doit pas empêcher ses héritiers de tenir le marché. *Quid* en cas de faillite?
56. L'événement de la condition purifie la vente. La capacité des parties dans les ventes conditionnelles se juge par ce qu'elle a été au moment du contrat. L'événement de la condition produit un effet *retroactif*.
57. Si l'on peut prescrire *pendente conditione*.
58. Quand la condition manque, la vente s'évanouit. Renvoi pour des exemples de ventes avec condition suspensive.
59. Des ventes avec condition résolutoire.

60. L'arrivée de la condition résout. Effets de cette résolution quant aux tiers et aux fruits. Renvoi pour les effets de la clause résolutoire tacite.
61. La clause résolutoire opère-t-elle de plein droit? Distinctions importantes pour la solution de cette question.
62. Clauses les plus ordinaires dans le contrat de la vente, et qui lui imprimant quelques modalités. Vaines promesses du Code Justinien sur ce point. Sage réserve du Code Napoléon.
63. Suite de ces clauses.
64. De la faculté d'élire command. Sa définition. Son origine.
65. Rôle que joue en pareille vente l'acquéreur ostensible. Diversité d'opinions. Il n'est pas acquéreur quand il a déclaré son command. Il n'est pas vrai mandataire. Son caractère mixte.
66. Conditions que doit remplir le command. Efforts de Dumoulin pour régulariser cette matière anormale. La pratique les dédaigne.
67. Le command n'a pas besoin d'avoir donné mandat. Sa personne peut être incertaine au moment du contrat. Inconvénients de cet état de choses.
68. Conditions restrictives de la faculté d'élire. 1^o Il faut que cette faculté soit réservée dans le contrat.
69. 2^o Elle doit être faite dans le délai convenu. Ce délai dépend entre parties de la convention. A l'égard du fisc, il est de vingt-quatre heures.
70. 3^o Il faut que l'élection soit acceptée par le command dans le délai.
71. 4^o Il faut que la déclaration soit notifiée à la régie dans les vingt-quatre heures.
72. 5^o Il faut que la déclaration et l'acceptation soient pures et simples.
73. L'acquéreur peut nommer plusieurs commands au lieu d'un seul.
74. L'acquéreur ostensible peut, dans le temps intermédiaire, faire des actes de possession.
75. Des termes dans lesquels on réserve la faculté d'élire.
76. Ce n'est pas une vente avec faculté d'élire command que celle qui est faite à l'audience des criées au profit d'un avoué.
77. De la vente contenue dans le prêt sur gage immobilier avec pacte que, si la somme n'est pas payée au terme convenu, le créancier prendra la chose à dire d'experts.
78. De la vente appelée chez les Romains *addictio in diem*.
79. Ressemblance et dissemblance de cette vente avec les enchères, qui sont une simple promesse d'acheter.
80. Et avec l'adjudication préparatoire.

COMMENTAIRE.

50. La vente peut être pure et simple; mais elle peut aussi être accompagnée de quelques conventions qui la modifient.

Il arrive quelquefois qu'elle est affectée par une condition suspensive; quelquefois c'est une condition résolutoire qui la domine. On sait même que la condition résolutoire y est toujours sous-entendue de plein droit, pour le cas où l'une des parties refuse de remplir ses obligations (1184 et 1654 du Code Napoléon.)

Enfin la vente peut porter sur deux ou plusieurs choses alternatives.

Telles sont les quatre hypothèses que prévoit notre article, et pour lesquelles il nous renvoie aux principes généraux du droit. Mais nous devons en retracer ici quelques aperçus, afin que la matière de la vente se produise dans tout son jour.

51. Et d'abord, quand la disposition est conditionnelle, il ne faut pas que la condition dépende du plein arbitre de l'une des deux parties.

Ainsi, si la vente a été faite sous l'une de ces deux conditions, *si le vendeur ou l'acheteur le veut*, elle est entièrement nulle (1).

52. Mais il n'en est pas de même si la condition est telle qu'elle ne fasse pas dépendre l'obligation du pur arbitre de la partie.

C'est pourquoi il y a plusieurs conditions potestatives qu'on doit respecter dans les conventions (2). Ce sont celles qui, tout en reposant sur un fait personnel à l'un des contractants, ne le rendent pas absolu-

(1) L. 7, Dig. *De cont. empt.* L. 35, § 1, id. L. 13, C. *De cont. empt.* Voyez cette dernière loi, *infra*, n° 103, art. 1174 du Code Napoléon.

(2) Voy. *infra*, deux exemples remarquables, n° 132.

ment maître de paralyser l'obligation, et ne mettent pas le contrat *ad merum arbitrium* de celui qui est grevé de la condition. Par exemple, je vous vends ma maison, si dans l'année je fais le voyage de Paris; il n'est pas *absolument* en mon pouvoir d'empêcher la vente d'avoir lieu; car je ne la paralyserai qu'en n'allant pas à Paris, et je serai dans l'obligation de l'exécuter si je me rends dans cette ville (1).

53. On peut aussi conférer la condition à la volonté d'une tierce personne, à qui on s'en rapporte comme arbitre (2). Nous verrons, par exemple, dans l'article 1592, que le prix de la vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers. La convention peut aussi être *mixte*, c'est-à-dire dépendre du fait d'une des parties contractantes et du fait d'un tiers (art. 1171), comme, par exemple, je vous vends ma maison, si dans un mois je ne l'ai pas vendue à Jacques (3).

54. Lorsque la condition est suspensive, la vente est bien parfaite en ce sens que l'une des parties ne peut en discéder sans le consentement de l'autre (4). Mais, sous d'autres rapports, elle n'acquiert sa véritable perfection que par l'événement de la condition. « Conditionales autem venditiones, dit Ulpien, tunc perficiuntur quum impleta fuerit conditio (5). » Tant que la condition est en suspens, la propriété n'est pas transférée, le vendeur reste toujours le maître de la chose, qui demeure à ses risques et périls (6). C'est

(1) Pothier, Pand., t. 2, p. 459, nos 52, 53, 54, et Oblig., n° 48. Cujas, 2, observ. 5.

(2) Vinnius, *Quæst. selectæ*, lib. 2, c. 25. Donellus, Com., lib. 6, c. 19, n° 40 et 41. Ricard, Donat., n° 578.

(3) V. *infra*, n° 432.

(4) Tiraqueau, *De retractu gentili*, § 1, glose 10, n° 45. Art. 28 de la loi du 22 frimaire an VII, sur l'Enregistrement.

(5) L. 7, Dig. *De cont. empt. Junge* M. Duranton, t. 16, n° 60.

(6) Tiraq., *loc. cit.*, n° 48. Furgole, Test., t. 2, p. 186, n° 14. Pothier, Vente, n° 312. — V. aussi mon Comment. de la transcription, n° 54.

lui qui jouit des fruits (1). Il y a plus : il peut vendre la chose à une autre personne. Toutefois, si la condition vient à se vérifier, la vente sera annulée par la règle : « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

D'un autre côté, l'acquéreur peut, pendant la suspension, faire des actes conservatoires (2); s'il décède, il transmet son droit à ses héritiers. Car *qui stipule pour soi, stipule pour son successeur* (3).

55. J'ai dit que la vente conditionnelle est parfaite pendant la suspension de la condition, en ce sens que les parties ne peuvent en discéder.

Ainsi, si le vendeur vient à mourir dans cet intervalle, ses héritiers devront tenir le marché comme si la vente était pure et simple (4).

Quid s'il tombe en faillite? on pourra dire que, la condition n'étant pas accomplie au moment où le vendeur est dessaisi de son droit, et la vente étant par conséquent imparfaite, l'événement postérieur ne peut la valider au préjudice de la masse. Mais cette objection est sans fondement. La vente est parfaite sous le rapport du lien de droit; elle oblige conditionnellement le vendeur ou ses représentants. Lors donc que la condition se réalise, les syndics sont dans l'obligation de faire délivrance, et la vente est censée avoir été pure et simple dès le commencement (5).

56. C'est, en effet, un principe que l'événement de la condition purifie la vente; et ici il convient de retracer quelques-unes des conséquences de cette réalisation de l'événement prévu par les parties. Il y en a deux qui sont fort graves. La première, c'est que, pour

(1) L. 32, § 1, Dig. *De leg.*, 2°.

(2) Ricard, Disp. cond., n° 185. Pardessus, t. 2, p. 321.

(3) L. 8, Dig., et l. 5, C. *De pericul. rei vend.* Despeisses, de l'Accept., t. 1, p. 12, n° 10. Pothier, Pand., t. 1, p. 512, n° 16.

(4) Despeisses, *loc. cit.*

(5) Arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1812. Répert., Vente, p. 526, note. Voyez aussi le numéro suivant, sur l'époque à laquelle on doit juger les incapacités des contractants.

juger de la capacité des parties contractantes, il faut considérer, non pas l'époque de l'échéance de la condition, mais l'époque du contrat. « In legatis, dit Cujas, » spectatur tempus quo conditio existit; in stipulationibus, tempus contractus (1). » La seconde, c'est que l'évènement de la condition produit un effet rétroactif au jour du contrat, même à l'égard des tiers. Tous les droits que le vendeur avait conférés pendant la suspension de la condition disparaissent (2).

57. Néanmoins le tiers acquéreur qui a joui pendant dix ans avec titre et bonne foi prescrit *pendente conditione* (3).

58. Quand la condition manque, la vente est comme non avenue. « Actus conditionalis, defecta conditione, nihil est, » disent les docteurs sur la loi 8, D. *De peric. et com. rei vend.* (Art. 1176, Code Napoléon.)

Au surplus, nous verrons plus bas sous les art. 1585, 1586, 1588, 1590, des exemples remarquables de ventes faites sous condition suspensive. Ce sont les ventes avec condition de pesage et mesurage, celles faites à l'essai et avec condition de dégustation, celles faites avec arrhes.

59. A l'égard des conditions résolutoires, on sait qu'elles ne suspendent pas la vente; le contrat est pur et simple dans son principe, et doit recevoir immédiatement son exécution. Seulement il peut être résolu si la condition se vérifie. Ainsi c'est la résolution seule qui se trouve suspendue.

60. L'arrivée de la condition replace les choses au point où elles étaient avant la vente, et la résolution se fait *ex causâ primævâ et antiquâ*, de telle sorte que

(1) Sur la loi 78, Dig. *De verb. oblig.* Tiraq., *De retractu gentilit.*, § 1, glose x, n° 45.

(2) L. 3, § 3, C. *Com. leg. V. infra*, n° 160, un exemple, et arrêt de Montpellier, n° 318.

(3) M. Toullier, t. 6, n° 527, 528. M. Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 518. Lebrun, liv. 4, ch. 1, n° 76. V. mon Commentaire sur les *Hyp.*, t. 4, n° 886, p. 62.

tous les droits acquis *medio tempore* par des tierces personnes sont anéantis (1). Le vendeur est toujours censé avoir possédé pour lui, et sa possession compte pour l'acquisition de la prescription (2). Néanmoins les fruits ne peuvent être répétés contre l'acheteur, parce qu'il les a fait siens par sa bonne foi jointe à son industrie, « fructus quos percepit ejus esse pro » culturâ et curâ (3). » Mais nous examinerons plus bas s'il doit en être de même lorsque la vente est résolue par suite d'une inexécution de la convention (4). Nous traiterons plus spécialement alors de la clause résolutoire tacite, de sa portée et de ses conséquences.

61. Mais la clause résolutoire opère-t-elle de plein droit?

L'ancienne jurisprudence française distinguait entre les conditions résolutoires casuelles, et les conditions résolutoires potestatives. Les premières produisaient leur effet de plein droit; quant aux secondes, il y avait une sous-distinction entre les conditions potestatives négatives (5). Celles-là opéraient la résolution du contrat lorsque le fait qu'elles avaient en vue se réalisait; par exemple, je vous vends le fonds Cornélien, à condition que le contrat sera résolu si je vous rembourse le prix dans le délai de deux ans. La restitution ou l'offre du prix au dernier jour indiqué résolvait la vente de plein droit: les fruits appartenaient au retrayant dès l'instant des offres réelles (6), sans que le ministère du juge fût nécessaire

(1) L. 31, *De pignorib.* Furgole, t. 2, p. 261, n° 110. Loyseau, *Dégnerp.*, liv. 6, ch. 3, n° 9. Art. 954, 1164, 1674 du Code Napoléon. M. Toullier, t. 6, n° 575.

(2) M. Toullier, t. 6, n° 563.

(3) Inst. *De rer. divis.*, § 35. L. 46, D. *De acq. rer. dom.* Furgole, t. 2, p. 261, n° 141.

(4) Sur l'art. 1654 et sur l'art. 1630, n° 632.

(5) Cette distinction, quoique n'étant pas écrite dans les auteurs, résulte de l'état de la jurisprudence et de la législation.

(6) Despeisses, t. 1, de l'Accept., sect. 6, p. 43, n° 8. *Infra*, nos 716 et 717.

pour les lui faire gagner. Si l'acquéreur refusait de lui rendre la chose, il pouvait la revendiquer (1), c'est-à-dire exercer l'action qui appartient à un propriétaire véritable; car, le contrat étant résolu par la force même des choses et avant l'intervention du juge, la propriété était virtuellement censée n'être jamais sortie des mains du retrayant.

Mais il en était autrement pour les conditions résolutoires potestatives négatives, qui stipulaient la résolution du contrat comme peine de l'omission d'un fait prévu; par exemple, je vous vends le fonds Cornélien à condition que la vente sera résolue si vous ne payez pas le prix dans le délai de six mois. Ces sortes de conditions, qui emportaient avec elles quelque chose de pénal et de rigoureux, ne produisaient pas leur effet de plein droit.

On les considérait comme simplement comminatoires et de style, quand même il eût été expressément stipulé que la résolution se ferait *ipso jure*. Le vendeur n'avait qu'une action personnelle pour demander la résolution du contrat, qui n'était opérée que par la sentence. Jusqu'au jugement, l'acheteur pouvait empêcher la résolution, en payant, même hors des délais. Il arrivait le plus souvent que le juge accordait à l'acquéreur une prorogation de temps pour se libérer (2). Cette jurisprudence, émanée du droit canonique (3), avait pénétré dans presque tous les Etats de l'Europe (4), avec des modifications plus ou

(1) Despeisses, *loc. cit.*, n° 40 et 42.

(2) Pothier, Vente, n° 459. Répert., Clause résolut., et t. 16. Loyseau, *Offic.*, liv. 3, ch. 4. Serres, *Inst. au droit français*, Catelan, liv. 3, ch. 7, etc.

(3) Décr. *De loc. conduct.*, ch. *Potuit*, 4.

(4) Voët, *Si ager vectig.*, n° 36. Vinnius, *Inst. De loc. cond.* Favre, *C. De jure emphyt.*, def. 27. Covarruvias, *Varior resol.* lib. 3, c. 17, n° 4 et 5. Lancetta, décis. 83 et 138. Deluca, disc. 79, 26, 36, 40, 46, *De jure emphyt.* Amiens, *De jure emph.*, quest. 28, n° 5.

moins grandes. Elle était contraire au système du droit romain, qui exigeait que les clauses d'un contrat fussent exécutées à la rigueur (1).

Les rédacteurs du Code Napoléon avaient à opter entre ces deux systèmes si nettement dessinés dans leur opposition. Ils l'ont fait avec sagesse. Mais leur pensée a été formulée sans précision; de sorte que, dans les premiers moments, elle échappa aux esprits, imbus de l'ancienne routine. Aujourd'hui que cette pensée a été débarrassée de ses nuages par les travaux de nos jurisconsultes modernes (2), il me suffira de résumer leurs commentaires, sans entrer dans de longues discussions.

D'abord, écartons tous les doutes pour ce qui concerne les conditions résolutoires casuelles, qui dans l'ancienne jurisprudence ont toujours été considérées comme agissant de plein droit. Le Code n'a rien innové à cet égard. Ainsi, je vous vends la forêt de Haremberg, à condition que, si l'État voulait exercer sur elle le droit que lui concède la loi du 14 ventôse an VII sur les domaines engagés, la vente serait résolue de plein droit; comme c'est là une condition casuelle, tout-à-fait indépendante du fait des parties, il ne serait pas permis de considérer une telle clause comme comminatoire. L'arbitrage du juge ne pourrait, sans violation du contrat, être invoqué, à l'effet de faire ressortir d'un jugement une résolution que la convention a produite par sa propre énergie (3). Cette règle trouve l'appui le plus solide dans l'art. 960 du Code Napoléon, qu'on peut considérer comme révélant tout le système

(1) L. 12, C. *De cont. stip.* Les tit. du Dig. *De in diem add.*, et *De usuris*, n° 31. Voët, *De lege commissaria*, etc.

(2) M. Delvincourt, t. 2, p. 487, notes. Toullier, n° 6, n° 552. Duranton, des Contrats, n° 503, M. Merlin, Clause résolutoire, t. 16.

(3) Ainsi jugé par arrêt du 25 fructidor an XIII. Voir dans Dalloz (*Oblig.*, p. 512) les conclusions de M. Daniels, avocat-général.

du législateur sur les conditions potestatives ca-
suelles.

Son système n'est pas moins certain en ce qui concerne les conditions résolutoires potestatives affirmatives. La définition que donne l'art. 1183 des conditions résolutoires reproduit tout ce que l'ancienne jurisprudence nous a appris tout à l'heure sur ces conditions.

Mais c'est quand on arrive aux conditions potestatives négatives qu'on rencontre quelques divergences. La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 fructidor an XIII, les cours de Nîmes et de Colmar, par arrêts des 22 août 1809 et 6 décembre 1814 (1), ont pensé que l'ancienne jurisprudence, qui convertissait les clauses résolutoires les plus formelles en clauses comminatoires, n'avait pas été ébranlée par le Code Napoléon. Mais c'est là une erreur facile à faire ressortir.

Le Code fait une distinction entre les clauses résolutoires tacites (lesquelles sont toujours liées à des conditions potestatives négatives) et les clauses résolutoires expresses.

La clause résolutoire est-elle tacite, comme par exemple lorsque la résolution est fondée sur l'inexécution d'une des clauses essentielles de la vente (1184 du Code Napoléon)? La loi nouvelle se rallie alors au système de l'ancienne jurisprudence. Elle ne veut pas que la résolution s'opère de plein droit; la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai suivant les circonstances. Telle est la disposition non équivoque de l'art. 1184 du Code Napoléon. Elle se corrobore de l'art. 956 et de l'art. 1655.

Mais si la clause résolutoire est expresse, il n'en est

(1) Dal., Oblig., p. 512 à 515.

plus de même. Le juge ne peut vérifier les causes du retard et accorder une prorogation de délai. Le contrat est virtuellement résolu par l'accomplissement de la condition. L'art. 1184 n'y déroge d'une manière spéciale et toute limitative que pour la clause résolutoire tacite. « *Aliud juris est si quid tacite continetur, aliud si exprimatur* (1).

Il est vrai que l'art. 1656 dispose qu'en matière de vente d'immeubles, s'il a été stipulé que la vente serait résolue faute de paiement dans le terme convenu, l'acquéreur peut payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation. Mais remarquez que dès le moment que la sommation est donnée, le juge ne peut accorder de délai; toute voie de prorogation est fermée; le contrat est virtuellement résolu; certes, une pareille disposition ne ressemble en rien à l'ancienne jurisprudence attestée par Pothier (2), ni à la disposition de l'art. 1184.

Il est donc évident qu'on ne pourrait, sans un énorme contre-sens introduire dans le Code Napoléon l'ancienne jurisprudence sur les clauses résolutoires potestatives négatives, exprimées dans les contrats. Le législateur a entendu que la volonté des parties conservât son autorité toute-puissante. C'est le but qu'il ne cesse de poursuivre dans ses sages innovations. Or, lorsque nous voyons cette volonté suffire pour transférer le domaine des choses sans le concours d'aucun fait concomitant, lorsque son énergie déplace et, pour ainsi dire, mobilise la propriété, il serait bien contradictoire qu'elle vint expirer aux pieds du contrat qu'elle aurait créé, et qu'elle ne pût défaire son propre ouvrage.

(1) On a quelquefois argumenté de l'art. 1657 du Code Napoléon, comme confirmant cette doctrine; mais je le crois peu applicable. Il n'est pas fait pour un cas où il y a *clause expresse* de résolution. Il tient à des causes particulières que j'expliquerai aux nos 676 et 677.

(2) Vente, n° 460, V. *infra*, n° 669.

Du reste, la jurisprudence, abandonnant ses premiers essais, en est revenue à la véritable intelligence du Code. On peut consulter différents arrêts rapportés dans la collection de M. Dalloz (1).

62. Le Code de Justinien contenait un titre exprès, consacré aux pactes qui intervenaient le plus souvent entre le vendeur et l'acquéreur, soit pour suspendre, soit pour résoudre, soit pour modifier la vente (2). Mais il était loin d'être complet, et l'on ne pouvait embrasser la matière qu'en le rapprochant des autres titres du Digeste et du Code qui traitent des règles de la vente et de ses accidents.

Le Code Napoléon n'a pas affiché la même prétention que le Code de Justinien; il n'a fait nulle part d'aussi pompeuses promesses, et on ne peut que l'approuver de n'avoir pas voulu aborder *ex professo* un sujet qui n'a d'autres limites que la volonté si variable et si mobile des parties. A la vérité, il a touché, soit en passant, soit avec développement, quelques-unes des clauses principales qui viennent le plus souvent s'ajouter à la vente et lui imprimer une physionomie particulière. Nous avons déjà annoncé ci-dessus qu'il s'occupe de certaines conditions suspensives, telles que celles de mesurage, de pesage, de dégustation, d'essai, d'arrhes. Nous le verrons aussi, lorsqu'il en sera temps, traiter de deux conditions résolutoires qui affectent assez souvent dans nos usages le contrat de vente, savoir : le pacte commissaire (3) et la clause de réméré (4). Mais ce n'est pas là un tableau complet; beaucoup de modifications de la vente sont omises, par exemple ce qui concerne la déclaration de command! Le législateur a cru faire assez en plaçant à côté du petit nombre d'espèces qui ont attiré

(1) Oblig., p. 545, n° 1 et suiv.

(2) Code, *De pactis inter empt. et vendit.*

(3) Art. 1656 et 1657.

(4) Art. 1659 et suiv.

son attention l'art. 1584, qui donne à la vente la faculté de se plier à toutes les modalités qui ne sont pas incompatibles avec les principes généraux. Mais, pour nous, nous devons aller plus loin; et, sans avoir la prétention d'épuiser la matière, ce qui n'est pas possible, il nous paraît nécessaire de faire un peu plus que le Code Napoléon dans la voie des cas particuliers.

63. Nous avons vu ci-dessus que l'on peut soumettre la réalisation de la vente à la condition qu'elle serait rédigée par écrit (n° 19).

Quelquefois il arrive que le vendeur excepte une chose de la vente (1), et la réserve pour lui ou pour un tiers. Quelquefois, au contraire, on fait entrer dans l'aliénation des objets qui, sans stipulation expresse, n'y seraient pas compris (2). Dans d'autres circonstances, le vendeur vend la chose *telle qu'il l'a possédée* (3), ou bien dans l'état où elle se trouve et *comme elle se contient et se comporte* (4). Tantôt la convention porte que la chose est aliénée avec ses servitudes actives et passives; tantôt, qu'elle est exempte de toutes charges et servitudes (5). Nous reviendrons sur l'étendue de ces clauses quand nous analyserons l'art. 1602.

64. La faculté d'élire doit nous arrêter quelques instants (6). Elle consiste dans le droit réservé à l'acquéreur de désigner, dans un certain délai, une personne inconnue du vendeur lors de la vente, et

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 493 et 494, n° 39 et suiv.

(2) Id., p. 494, n° 43.

(3) L. 52, § 3, *De cont. empt.*, Dig.

(4) L. 85, § 1, D. tit.

(5) L. 90 et 169, Dig. *De verb. signif.*

(6) M. Dalloz avait annoncé (v° *Enregistrement*) qu'il traitera de la déclaration de *command* au mot *Vente* (p. 166). Mais en se reportant à l'article *Vente*, on trouve que la déclaration de *command* avait été omise. Cette omission est réparée dans la récente édition du Répertoire de MM. Dalloz, au mot *Enregistrement*.

tout-à-fait incertaine, qui prendra le marché pour elle (1). Cette déclaration, une fois faite dans le temps déterminé, s'incorpore avec l'acte de vente et ne forme avec lui qu'un seul et même tout (2). L'ami élu s'appelle *command*, parce que c'est lui qui donne la procuration et le commandement d'acheter; l'acheteur ostensible s'appelle *commandé* (3).

Dans les principes du droit romain, on ne pouvait acheter que pour soi-même, mais jamais pour autrui, à moins qu'on ne fût mandataire (4). Celui qui achetait pour autrui n'avait pas d'action pour lui-même, puisque son intention n'avait pas été d'en acquérir; il n'en obtenait pas non plus pour la personne pour laquelle il achetait; car, en droit, on ne peut stipuler pour autrui (5). Aussi n'y a-t-il pas de trace dans le droit romain de la déclaration du *command* (6). Cette modalité de la vente, qui laisse en suspens, pendant un certain temps, la personne de l'acquéreur, et qui fait dépendre de l'arbitrage de l'acquéreur ostensible le choix du véritable acheteur, est tout entière de la jurisprudence moderne. Le président Favre lui assigne pour origine la répugnance que la plupart des personnes de distinction avaient à intervenir dans les ventes judiciaires, de peur qu'on ne les accusât de cupidité et de malveillance pour la partie décrétée (7); elles se faisaient alors représenter par quelqu'un de confiance, qui déclarait acheter pour lui ou pour son com-

(1) V. Lyon, 14 mai 1851 (J. Pal., 1853, 1, 701).

(2) Favre, C. 46, 4, t. 34, def. 1.

(3) Ce mot se trouve rarement dans les livres. Néanmoins il est employé par Dufresne, sur l'art. 259 de la coutume d'Amiens. M. Toullier dit que *command* est synonyme de *commettant*, t. 8, n° 170.

(4) Voët, *De cont. empt.*, n° 8.

(5) L. 6, C. *Si quis alteri vel sibi*, et Favre et Perezus, sur ce titre, L. 38, § *Alteri D. De verb. oblig.* l. 11, D. *De oblig. et act.*

(6) Favre, C., sur le titre *Si quis alteri vel sibi*, liv. 4, t. 34, def. 1, note 2.

(7) D'après la loi 5, § *Sanè*, D. *De auct. et cons. tutor.*

mand, et elles avaient le même droit que si elles eussent personnellement comparu à la vente (1). Des ventes publiques, cet usage s'étendit aux ventes privées, et il devint même très-fréquent, d'autant que les praticiens s'en servirent pour ménager des reventes au préjudice des droits seigneuriaux, que les jurisconsultes virent toujours d'un très-mauvais œil. Le président Favre en parle comme d'une clause fort pratiquée dans le ressort du sénat de Chambéry, et on le trouve autorisé en France dans les coutumes d'Amiens, de Péronne, de Cambrésis, et dans la Flandre (2).

65. Mais les auteurs n'étaient pas d'accord sur le rôle que jouait, dans ce contrat, celui qui comparaisait en nom personnel. Était-ce lui qui était l'acquéreur véritable? Le *command*, qui n'était pas connu du vendeur à l'époque de la convention, et avec qui ce vendeur n'avait pas contracté, n'était-il qu'un acquéreur adjoint? ou bien était-ce sur sa tête que reposaient toutes les obligations découlant de l'achat?

Le président Favre, plus d'accord, ce semble, avec les vrais principes, voulait que l'acquéreur en nom fût tenu du prix malgré sa déclaration de *command*; car il aurait pu arriver, dit-il, que le vendeur n'eût pas accepté pour acheteur le *command* s'il l'eût connu lors du contrat. Aussi était-il de règle dans ce système que le *command* promettait au *commandé*, obligé direct envers le vendeur, de l'indemniser de toutes les poursuites que le même vendeur pourrait tenter contre lui.

Ce n'était pas seulement dans le ressort du sénat de Chambéry que la position du *command* et du *commandé* était ainsi fixée. Plusieurs auteurs français,

(1) Fabre, *loc. cit.* Voët signale aussi cet usage pour la Hollande *De cont. empt.*, n° 8.

(2) Rép. de M. Merlin, v° *Command*.

Dufresne (1), Hébert (2), avaient adopté la doctrine enseignée par Fabre, et un arrêt du parlement de Flandre, du 16 septembre 1672, s'y était conformé(3).

Mais une opinion contraire avait prévalu auprès d'autres auteurs. Voët (4) voulait que l'acquéreur ostensible fût totalement délié par sa déclaration de command; car, ayant annoncé qu'il n'achetait que pour une personne incertaine, il avait manifesté par là qu'il n'entendait pas s'obliger réellement comme acquéreur. Dans ce système, le command déclaré et acceptant devenait propriétaire; il tenait directement la chose des mains du vendeur, et le commandé s'effaçait tellement, qu'il ne pouvait être recherché sous aucun prétexte (5).

C'est ce dernier système que le législateur français a adopté dans la loi du 13 septembre-16 octobre 1791; car il était le plus général: il veut que la personne déclarée soit *subrogée de plein droit à l'acquéreur qui aura fait l'élection d'ami*.

D'où il suit qu'au moyen de la déclaration, l'acquéreur est censé n'avoir jamais acquis, n'avoir jamais traité avec le vendeur, et qu'aucune obligation n'a jamais été imprimée sur sa tête (6). Ses créanciers n'ont, après sa déclaration faite, aucune hypothèque sur l'héritage vendu. On serait tenté de dire que le commandé n'a été qu'un simple mandataire; il en diffère cependant en ce que le mandataire ne comparait que pour autrui, ne stipule jamais en son nom personnel, et doit produire sa procuration. Au con-

(1) Sur l'art. 259 de la cout. d'Amiens.

(2) Dans son comment. manuscrit sur l'art. 192 de la cout. d'Artois, rapporté par M. Merlin, v° Vente, p. 520.

(3) Merlin, Répert., Vente, *loc. cit.*

(4) *Ad Pandectas*, tit. *Si ager vectig. vindic.*, n° 14.

(5) Maillart, sur Artois, art. 193. Denizart, v° Command. Merlin, Répert., v° Vente, *loc. cit.*

(6) Répert., v° Vente, p. 521, 522. Toullier, t. 8, p. 255. Duranton, t. 16, n° 41.

traire, le commandé ne doit pas justifier de son pouvoir; le plus souvent il n'en a pas, et il ignore même s'il trouvera un ami qui voudra prendre sa place. De plus, il stipule directement avec le vendeur, et il demeure même acquéreur définitif, s'il ne fait pas sa déclaration, soit parce que l'ami refusera, soit parce qu'il ne trouve pas de command (1).

Quel est donc le caractère précis du commandé? Ce caractère est mixte, et dépend de l'élection et de son acceptation.

Tant que la déclaration de command n'est pas faite, l'acquéreur en nom est le véritable acquéreur; c'est sur sa tête que repose la propriété (2).

Mais, aussitôt que la déclaration de command est faite et acceptée, tous les droits du commandé se trouvent détruits; une condition résolutoire se réalise et efface son intervention; elle lui subroge l'individu au profit de qui l'élection s'est faite.

66. Dumoulin exigeait que plusieurs conditions se réunissent dans la personne du command (3). Il voulait qu'il fût nécessairement né ou conçu au temps de l'acquisition, qu'il fût connu de l'acquéreur, qu'il lui eût donné mandat. Frappé des anomalies de cette matière, il luttait pour y introduire quelques principes, et, pour cela, il sentait qu'il fallait transformer le commandé en mandataire et non le laisser le maître du choix incertain de la personne de l'acheteur. Mais la pratique se riait de ces tentatives par lesquelles la science essayait de la subjuguier, et elle poussait le mépris des règles jusqu'aux dernières licences.

67. On voulut donc que l'acquéreur pût acquérir sans mandat, même pour une personne inconnue, et

(1) M. Toullier, t. 8, p. 255, n° 171.

(2) Favre, lib. 4, t. 34, def. 5.

(3) Sur l'art. 33 de la coutume de Paris, et M. Henrion, Répert., *Elect. d'ami*.

qu'en témoignant l'intention de ne pas acquérir pour lui-même, il laissât planer une complète incertitude sur celui qui serait le véritable acquéreur. La haine des droits de mutation, de ceux surtout qui étaient exigés par les seigneurs lors des transmissions de fiefs, semblait, aux yeux des légistes ennemis de la féodalité, légitimer ces écarts inexplicables. Ils se sont perpétués jusque de nos jours, et le Code Napoléon n'a pas cherché à les faire disparaître; ils sont la source de nombreux abus; j'en ai vu des exemples qui devraient attirer sur les déclarations de command l'attention du législateur. Je citerai le suivant:

Le séminaire de Verdun était créancier d'un sieur Guebey d'une somme de 3,959 fr. 62 cent. Pour sûreté de cette créance, Guebey avait hypothéqué une maison qu'il avait acquise pendant sa communauté avec Marie-Thérèse Guebey, son épouse. Le séminaire avait pris inscription à la date du 12 octobre 1824. La dame Guebey étant morte, on s'occupait du partage de la communauté, et la maison fut mise en vente; une clause du cahier des charges autorisait l'acquéreur à élire command. Le séminaire de Verdun intervint, conformément à l'art. 882 du Code Napoléon; mais il ne contesta pas cette faculté, dont il ne prévint pas les conséquences. L'adjudication ayant été faite au profit d'un sieur *** , et le prix ayant paru équitable, le séminaire se crut assuré du paiement de sa créance sur la portion du prix afférente à Guebey. Mais, dans le délai déterminé pour élire command, l'adjudicataire déclara qu'il n'avait acheté que pour le compte de la dame Brocard, héritière de la femme Guebey, et par conséquent copartageante avec le sieur Guebey. De cet état de choses il résultait que, le partage ayant mis la maison dans le lot de la dame Brocard, cette dernière était censée l'avoir recueillie immédiatement de sa mère, d'après les dispositions de l'art. 883 du Code Napoléon, et

l'avoir reçue franche et libre de toutes charges et hypothèques créées par Guebey, qui de son côté, était censé n'en avoir jamais été propriétaire (1). Ce qui amenait à cet autre résultat, que le prix de la maison ne se trouvait affecté d'aucune cause de préférence, et que le séminaire n'avait d'autres droits que ceux d'un créancier cédulaire (2).

Il en aurait été autrement sans la faculté d'élire command; car alors le séminaire aurait pu prendre les mesures nécessaires pour que le copartageant ne restât pas adjudicataire, et pour que la vente se fit au profit d'un étranger, ce qui eût empêché la destruction de son hypothèque (3). Mais, la déclaration de command ayant substitué à l'acquéreur ostensible, dont la présence ne nuisait pas au séminaire, un autre acquéreur jusqu'alors inconnu qui faisait tomber ses droits, le créancier hypothécaire se vit victime de cette clause et de l'incertitude qu'elle autorise dans la personne de l'acheteur.

Cette espèce n'est pas la seule qui puisse se présenter. On conçoit facilement qu'un acquéreur puisse spéculer sur une faculté d'élire, adroitement stipulée dans le contrat, pour soustraire à ses créanciers hypothécaires une propriété qui sera entrée dans son domaine, et qu'il voudra en faire sortir franche et quitte.

68. Voyons maintenant les conditions restrictives auxquelles sont soumises les déclarations de command.

D'abord il faut que la faculté d'élire command soit réservée dans le contrat, sans quoi ni le fisc, ni les créanciers hypothécaires de l'acquéreur ne seront te-

(1) Pothier, Communauté, n^{os} 140 et 715; Société, n^o 171; Vente, n^o 638.

(2) Ainsi décidé par arrêt inédit de la cour de Nancy du 20 février 1832.

(3) Même arrêt.

nus de reconnaître l'élection qui sera faite après coup. La loi du 5 décembre 1790 était formelle sur ce point (1); elle a été confirmée par la loi du 22 frimaire an VII.

69. En second lieu, la déclaration de command doit être donnée dans le délai convenu. Entre parties, ce délai peut varier : il peut être de six mois, un an, deux ans, etc. (2), et pendant ce temps le commandé peut faire tous actes de propriétaire (3).

Mais à l'égard du fisc, il y a des règles différentes; un délai précis et fort court a été déterminé par les lois nouvelles. Il variait dans l'ancienne jurisprudence : Livonières le fixait à un an, Chopin à deux mois, d'autres à quarante jours; Pothier pensait qu'il devait être laissé à l'arbitrage du juge (4). Les lois des 5 décembre 1790 et 13 septembre-16 octobre 1791 l'avaient étendu à six mois. C'était beaucoup; car lorsqu'un acquéreur garde la chose pendant six mois, il y a forte présomption que sa première pensée a été d'acheter pour lui, et qu'il a seulement voulu se ménager, par la réserve de command, le moyen de masquer à la régie une seconde vente. C'est pour cela que les lois des 14 thermidor an IV et 22 frimaire an VII ont réduit le délai à 24 heures, exigeant de plus que la déclaration fût faite par acte public (5). Mais la régie seule peut se prévaloir de ce terme.

Entre l'acquéreur et le vendeur, et les créanciers de ce même acquéreur, c'est le délai conventionnel qui est la loi du contrat et la mesure des droits respectifs. Exceptons cependant le cas de fraude, qui échappe toujours aux règles ordinaires, et qu'il appar-

(1) M. Toullier, t. 8, p. 252. Mais la question était plus douteuse d'après les principes anciens. Pothier, Orléans, tit. n° 445.

(2) M. Toullier, t. 8, p. 256, n. 174.

(3) Id. Merlin, v° Vente, p. 523.

(4) *Loc. cit.*

(5) Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 24.

tient aux magistrats d'apprécier d'après les faits (1).

70. En troisième lieu, il faut que la déclaration d'élection soit acceptée par le command dans le terme stipulé (2), et à l'égard de la régie dans le délai de 24 heures. Si elle était acceptée plus tard, on devrait décider qu'il y a nouvelle vente contractée. « Nova venditio contracta videbitur, ob idque et nova laudimia debebuntur (3). »

71. En quatrième lieu, il faut que la déclaration de command soit notifiée à la régie dans les 24 heures de l'adjudication ou du contrat (4). Sans quoi, l'élection d'ami est considérée comme une véritable revente (5). Remarquez cependant qu'on peut suppléer par des équipollents à cette notification. Ainsi, si le notaire présente dans les 24 heures au visa du receveur son répertoire sur lequel la déclaration de command est inscrite, si la déclaration elle-même est présentée dans le même délai à l'enregistrement, la loi fiscale est suffisamment exécutée (6). Au surplus, cette formalité n'est requise que dans l'intérêt de la régie. Son omission n'autoriserait pas le vendeur à s'opposer à l'exercice de l'élection d'ami à laquelle il aurait consenti (7).

72. En cinquième lieu, il faut que la déclaration faite par le commandé, et l'acceptation qu'en fait le command, soient pures et simples, et ne renferment

(1) M. Toullier, t. 8, p. 258.

(2) Loi du 13 septembre-16 octobre 1791. Favre, lib. 4, t. 34, def. 2.

(3) Favre, *loc. cit.*

(4) Loi du 22 frimaire an VII, art. 68.

(5) Arrêts de la Cour de cassation des 3 ventôse an XI, 3 thermidor an XI, etc. Recueil de Dalloz, Enregist., p. 178. Quest. de droit. de M. Merlin, Déclar. de command.

(6) M. Dalloz, v° Enregist., p. 167, donne à cet égard deux décisions ministérielles des 17 février 1807 et 2 germin. an III. Arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1825 (Dal., 26, 1, 302).

(7) Rép., Vente, p. 523, colon. 2 in fine.

pas un prix différent ou des conditions et clauses différentes de celles portées au contrat d'acquisition (1). Pour peu qu'il y ait de changement dans les conditions de l'achat, l'acquéreur ostensible fait acte personnel de propriété, ce n'est plus un mandat qu'il exécute; il revend d'une manière formelle (2). Il en serait autrement, toutefois, si le vendeur consentait de bonne foi à intervenir pour valider ces modifications par son acceptation.

73. Au surplus, l'acquéreur peut nommer plusieurs commandants au lieu d'un seul, et il peut distribuer entre chacun d'eux le prix et les parts de la chose. « *Moribus nostris receptum est, dit le président Favre (3), ut ista electio fieri possit etiam pro parte.* » Et c'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de cassation par arrêt du 15 avril 1815 (4). Car il y a lieu de croire que le commandé avait mandat de plusieurs personnes, et l'on ne peut pas dire qu'il y a plusieurs ventes. « *Nec idcirco, dit encore le même magistrat, plures emptiones contractæ videbuntur.* »

74. L'acquéreur ne pourrait pas être considéré comme acquéreur réel si, dans le temps qui s'écoule entre la vente et la déclaration de command, il faisait des actes de jouissance, ou même de propriété: M. Merlin a prouvé la vérité de cette proposition (5). En effet, ces actes sont censés faits à titre de mandataire; ne faut-il pas d'ailleurs qu'en attendant la déclaration de command, les terres soient cultivées, les maisons louées, etc.?

75. On a soutenu que lorsque la réserve de déclarer

(1) Pothier, Orléans, t. 1, n° 145. Favre, *loc. cit.*, def. 1. Loi du 5 décembre 1790, M. Toullier, t. 8, p. 256.

(2) Cassat., 31 janvier 1814. Dal., Enregist., p. 167 et 170. Sirey, 5, 2, 257. Agen, 22 mai 1832 (D., 33, 2, 98).

(3) Code lib. 4, t. 34, def. 3.

(4) Dal., Enregist., p. 171.

(5) Répert., p. 523, v° Vente. Recueil de Dalloz, Enregist., p. 168, n° 12.

command était faite en ces termes: « J'acquiers pour moi et pour un ou plusieurs amis, que je ferai connaître dans tel délai, » il y avait là autre chose qu'une déclaration de command; que c'était une association d'un tiers à la vente, et que l'acquéreur en nom devait rester lié, sauf à lui à s'adjoindre un coacquéreur; que l'on ne devait induire une véritable réserve de déclarer command que lorsque l'on disait: « J'acquiers pour moi ou pour un ami à élire. »

M. Merlin a établi que, dans le langage du Palais, dans l'opinion des auteurs et dans la pratique constante, on n'a jamais mis aucune différence entre ces deux formules (1). On peut consulter, en effet, le président Favre (2), Brodeau sur Louet (3) et autres jurisconsultes; on se convaincra que ces deux locutions sont toujours employées comme équivalentes. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 27 janvier 1808 (4).

76. Il ne faut pas assimiler aux ventes avec faculté d'élire command celles qui se font à l'audience des criées au profit des avoués (art. 709 Code de procédure civile). Avant le Code de procédure civile, toute personne pouvait enchérir dans une adjudication faite en justice. Dans ce système, les avoués n'avaient pas plus de privilège que tous autres individus qui voulaient acquérir avec faculté d'élire command (5). Mais le Code de procédure ayant mis l'audience des criées dans le domaine exclusif des avoués, la présomption fut désormais que l'avoué enchérisseur n'agissait pas pour son propre compte, mais pour une partie dont il avait mandat. En déclarant le nom de

(1) Vente, p. 522.

(2) *Loc. cit.*, def. 4 et 8.

(3) Lettre R, § 2.

(4) Répert., Vente, p. 525. M. Toullier est du même avis, t. 8, n° 170, p. 252. — *Junge*, M. Marcadé, sur l'art. 1584.

(5) Arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1808 (Dal., Enregist., p. 180), Toullier, t. 8, p. 253.

l'adjudicataire, il ne faisait pas une élection d'ami; mais il se bornait à faire connaître son client. Ce n'est que lorsque l'avoué n'a pas déclaré dans les trois jours de l'adjudication le nom de l'adjudicataire, et n'a pas fourni dans le même délai son acceptation, que la loi le répute adjudicataire en son nom personnel (1). Il peut néanmoins échapper encore à cette responsabilité, en représentant le pouvoir en vertu duquel il a agi (2).

De tout ceci il suit qu'un avoué qui s'est rendu adjudicataire peut se dégager et nommer son client, sans que cette faculté lui ait été réservée dans le procès-verbal d'adjudication (3); un tel pouvoir lui appartient de droit, en vertu de l'art. 709 du Code de procédure civile.

Il suit encore qu'il n'est pas nécessaire que la déclaration de l'avoué soit notifiée à la régie (4) par l'adjudicataire désigné par lui. Là où il n'y a pas déclaration de command, il n'y a pas nécessité d'observer les formalités spéciales introduites pour ce genre de vente.

Il suit enfin que l'adjudicataire déclaré par l'avoué peut, dans le délai déterminé par l'art. 68 de la loi de l'an VII, faire une élection de command, lorsque toutefois l'avoué en a fait réserve dans le procès-verbal d'enchères (5).

(1) Art. 709 du Code de procédure civile.

(2) Idem.

(3) Arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1816 (Dal., Enregist., p. 173). V. aussi Cass., 1 février 1854 (J. Pal. 1854, t. 1, p. 331). — V. d'ailleurs sur ce point le supplément au tr. des droits d'enregistrement de MM. Championnière, Rigaud et Pont, n° 388 et le nouv. rép. de MM. Dalloz, v° Enregistrement n° 2575.

(4) Arrêts de la Cour de cassation des 3 septembre 1810, et 9 août 1811 (Dal., Enreg., p. 474). Le premier arrêt a été rendu après partage.

(5) Arrêts de la Cour de cassation des 24 avril 1811 et 23 avril 1816. M. Toullier, t. 8, p. 253, 254. Dalloz, Enregist., p. 173, 174.

Remarquez, au reste, que les dispositions de l'article 709 du Code de procédure civile ne s'appliquent pas seulement aux ventes faites à la barre du tribunal, mais encore aux ventes faites par devant notaire (1).

77. Après avoir traité des ventes avec faculté d'élire command, parlons de quelques autres stipulations qui se présentent pour modifier la vente.

Il arrive quelquefois que celui qui emprunte une somme d'argent, et qui donne pour sûreté un immeuble, promet que si à l'échéance il ne paie pas la somme, le créancier demeurera propriétaire de la chose hypothéquée, laquelle sera estimée par experts; c'est là une vente conditionnelle, licite et obligatoire (2). « Potest ita fieri pignoris datio, di Mar-
» cianus (3), ut si intra certum tempus, non sit so-
» luta pecunia, jure exceptionis possideat rem *justo*
» *pretio tunc aestimandam*. Hoc enim casu videtur quo-
» dammodo *conditionalis esse venditio*, et ita divus Se-
» verus et Antonius rescripserunt. »

Cette clause ne doit pas être confondue avec la loi commissaire qu'on insérerait dans les contrats d'antichrèse, et que Constantin proscrivit à cause de sa dureté (4). Cette clause, usuraire et inique, consistait à faire passer la chose de plein droit et sans estimation sur la tête du créancier, faute de paiement dans les délais convenus; le malheureux débiteur, pressé par le besoin d'argent, donnait le plus souvent en gage un immeuble d'une valeur triple de la somme

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 26 février 1827 (Dal., 27, 1, 154).

(2) V. un arrêt de cassation du 22 décembre 1813, dans le recueil de M. Dalloz, Enreg., p. 443, et dans M. Merlin, Rép., v° Vente, p. 533, col. 2.

(3) L. 16, § fin., *De pignor. et hyp. Infra.* n° 159 bis. Pothier, Pand., t. 1, p. 560, n° 24.

(4) L. fin., *C. De pactis pignorat.* Pothier, Pand., t. 1, p. 399, n° 5.

qu'il recevait, et lorsque le terme du paiement arrivait, et qu'il éprouvait des embarras pour payer, il se voyait privé du meilleur de son bien et lésé d'une manière tyrannique, sans pouvoir se plaindre (1).

La vente conditionnelle dont nous avons parlé tout à l'heure, d'après Marcianus, et qui est fort en usage dans les provinces du midi de la France, n'a pas ces inconvénients. Le créancier ne prend la chose que pour sa valeur, et aucune lésion n'est à redouter.

Il faudrait cependant se défier d'une estimation qui serait faite au moment du contrat. Car il serait possible que l'emprunteur, pressé par le besoin d'argent, consentit à une estimation fictive. Aussi Marcianus exige-t-il que l'évaluation se fasse à l'expiration du délai pour payer (*tunc*). C'est alors seulement que le prêteur est censé jouir de toute son indépendance; d'ailleurs, si la chose venait à augmenter de valeur pendant le délai accordé pour payer, il serait injuste que le créancier en profitât sans imputation.

On peut aussi stipuler que le créancier fera vendre l'immeuble après un commandement et des affiches (2).

78. Il y avait chez les Romains un pacte assez usité, mais dont il ne s'est pas conservé de traces dans nos mœurs. C'est de convenir que si quelqu'un offrait dans un certain délai de meilleures conditions, le vendeur pourrait reprendre la chose (3); suivant les circonstances, cette condition était suspensive ou résolutoire (4); lorsqu'elle frappait la vente de condition résolutoire, l'acheteur devait rendre les fruits (5);

(1) V. les art. 2078 et 2088 du Code Napoléon. — *Junge* M. Marcadé sur l'art. 1583, n° 4.

(2) Arrêt de Pau du 27 janvier 1827 (Dal., 30, 2, 7). Bordeaux, 28 avril 1830 (Id., 233). Id. 29 juin (Id., 265). Dalloz, Nantissement, p. 403, n° 6.

(3) Digeste, *De in diem addicione*. Pothier, Vente, n° 446.

(4) L. 2, Dig., dat. tit.

(5) L. 4, § 4, Dig. Despeisses, t. 1, p. 41, 10, 5.

toutes les charges par lui constituées s'évanouissaient. Le vendeur devait rendre, de son côté, le prix et les intérêts (1). Chopin prétend que ce pacte doit être sous-entendu dans les ventes et baux passés par le domaine (2). Mais je ne crois pas qu'un tel privilège soit admissible.

70. Les enchères ont quelque ressemblance avec la vente dont nous venons de parler; car elles sont aussi un marché qui n'est destiné à tenir qu'autant qu'un enchérisseur ne viendra pas offrir un prix plus avantageux. Mais elles en diffèrent essentiellement en ce que l'*addictio in diem* était une vraie vente, au lieu que l'enchère n'est qu'une promesse d'acheter, sous la condition qu'il n'y aura pas de surenchère (3).

L'engagement qui se contracte par une simple enchère se dissout donc par une nouvelle enchère plus élevée acceptée par le juge, par le notaire ou par le commissaire priseur. L'enchérisseur est délié, quand même celui qui a couvert son enchère ne pourrait pas payer. Pothier pense qu'il en serait autrement si l'enchère était nulle par défaut de forme ou par l'incapacité de l'enchérisseur; car une enchère nulle n'est pas une enchère (4). Mais cette opinion est proscrite par l'art. 707 du Code de procédure civile, qui veut que dans ce cas l'enchérisseur soit délié.

L'engagement de l'enchérisseur serait également dissous si la chose venait à périr avant l'adjudication. L'enchérisseur, n'étant pas propriétaire, ne devrait pas supporter la perte arrivée sans sa faute (5).

80. On pourrait également trouver quelque ressemblance entre l'*addictio in diem* et l'adjudication préparatoire.

(1) Despeisses, *loc. cit.*

(2) *De dominio*, lib. 3, tit. 29, n° 46.

(3) Pothier, Vente, n° 506.

(4) Pothier, Vente, n° 523.

(5) M. Merlin, Répert., v° Enchère.

Mais il y a des différences qui ne permettent pas de les confondre. D'abord l'adjudication préparatoire contient toujours une condition suspensive; le domaine de l'héritage n'est pas conféré, et l'adjudicataire n'est pas mis en possession (1).

Dans les ventes appelées *addictio in diem*, le premier acheteur était toujours préféré au second, s'il offrait le même prix que lui. Au contraire, l'adjudicataire ne peut conserver son marché qu'en enchérissant sur celui qui a enchéri sur lui (2).

Enfin, dans l'*addictio in diem*, si au bout du terme stipulé il n'était survenu aucun enchérisseur, la première vente était de plein droit confirmée, et le vendeur ne pouvait plus vendre la chose à un enchérisseur plus offrant. Au contraire dans l'adjudication préparatoire, à l'expiration des six semaines (art. 706 Code de procédure civile), on crie de nouveau l'héritage; et, lorsque l'adjudication définitive est faite, il peut y avoir lieu à la surenchère du quart.

Quant à l'adjudication définitive qui, dans la vente d'immeubles par expropriation forcée, est toujours soumise à la réserve légale de la surenchère du quart (3), elle contient la condition: à moins que quelqu'un ne surenchérisse du quart, ce qui est une condition résolutoire (4), qui a quelque analogie avec l'*addictio in diem* (5).

ARTICLE 1585.

Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la me-

(1) Pothier, Vente, 519.

(2) Pothier, Vente, n° 520.

(3) Art. 710 du Code de procédure civile.

(4) Mon commentaire sur les Hypothèques, t. 3, n° 720, 5^e Hypoth. M. Duranton, t. 11, n° 92.

(5) Aujourd'hui, et depuis la loi du 2 juin 1841, il n'y a plus d'adjudication préparatoire, et la surenchère n'est plus que du sixième (C. proc., art. 708).

sure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.

SOMMAIRE.

81. Des ventes de marchandises en bloc ou au poids, en compte, à la mesure. De la vente en bloc. Elle est pure et simple.
82. La vente au poids, au compte, à la mesure, est conditionnelle, et par conséquent imparfaite.
83. Conséquences de ceci quant à la translation de la propriété et au péril de la chose vendue.
84. Néanmoins la vente est parfaite en ce sens que les parties ne peuvent en discéder.
85. Résumé de l'article.
86. Réfutation de l'opinion de MM. Pardessus, Duranton et Merlin, et d'un arrêt de la Cour de cassation, qui veulent que la vente au poids, au compte, à la mesure, transfère la propriété, même avant le pesage, le compte, la mesure.
87. Réponse à une objection. Exposé des transformations subies par l'art. 1585 pendant la discussion au conseil d'État et au tribunal.
88. Preuve par les discours des orateurs que la propriété n'est pas transférée.
89. Quand y a-t-il vente en bloc et vente au poids, au compte, à la mesure?
90. 1^{re} règle. Il n'y a pas vente en bloc quand le prix est stipulé pour chaque mesure. Réponse à une opinion de Voët.
91. 2^e règle. Il n'y a pas vente en bloc lorsqu'on vend tant de mesures, de kilogrammes, etc., pour un prix unique.
92. 3^e règle. Mais il y a vente en bloc lorsqu'une chose prise en masse est vendue pour un prix non détaillé. *Quid* si on ajoute qu'elle contient tant de mesures? C'est encore vente en bloc. Effet de cette indication. Erreur de M. Pardessus. Cette indication n'est que dans l'intérêt de l'acheteur.
93. Dans les ventes qui ne sont pas faites en bloc, la délivrance ne peut s'opérer *ex consensu*. Elle ne peut résulter que

Mais il y a des différences qui ne permettent pas de les confondre. D'abord l'adjudication préparatoire contient toujours une condition suspensive; le domaine de l'héritage n'est pas conféré, et l'adjudicataire n'est pas mis en possession (1).

Dans les ventes appelées *addictio in diem*, le premier acheteur était toujours préféré au second, s'il offrait le même prix que lui. Au contraire, l'adjudicataire ne peut conserver son marché qu'en enchérissant sur celui qui a enchéri sur lui (2).

Enfin, dans l'*addictio in diem*, si au bout du terme stipulé il n'était survenu aucun enchérisseur, la première vente était de plein droit confirmée, et le vendeur ne pouvait plus vendre la chose à un enchérisseur plus offrant. Au contraire dans l'adjudication préparatoire, à l'expiration des six semaines (art. 706 Code de procédure civile), on crie de nouveau l'héritage; et, lorsque l'adjudication définitive est faite, il peut y avoir lieu à la surenchère du quart.

Quant à l'adjudication définitive qui, dans la vente d'immeubles par expropriation forcée, est toujours soumise à la réserve légale de la surenchère du quart (3), elle contient la condition: à moins que quelqu'un ne surenchérisse du quart, ce qui est une condition résolutoire (4), qui a quelque analogie avec l'*addictio in diem* (5).

ARTICLE 1585.

Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la me-

(1) Pothier, Vente, 519.

(2) Pothier, Vente, n° 520.

(3) Art. 710 du Code de procédure civile.

(4) Mon commentaire sur les Hypothèques, t. 3, n° 720, 5^e Hypoth. M. Duranton, t. 11, n° 92.

(5) Aujourd'hui, et depuis la loi du 2 juin 1841, il n'y a plus d'adjudication préparatoire, et la surenchère n'est plus que du sixième (C. proc., art. 708).

sure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.

SOMMAIRE.

81. Des ventes de marchandises en bloc ou au poids, en compte, à la mesure. De la vente en bloc. Elle est pure et simple.
82. La vente au poids, au compte, à la mesure, est conditionnelle, et par conséquent imparfaite.
83. Conséquences de ceci quant à la translation de la propriété et au péril de la chose vendue.
84. Néanmoins la vente est parfaite en ce sens que les parties ne peuvent en discéder.
85. Résumé de l'article.
86. Réfutation de l'opinion de MM. Pardessus, Duranton et Merlin, et d'un arrêt de la Cour de cassation, qui veulent que la vente au poids, au compte, à la mesure, transfère la propriété, même avant le pesage, le compte, la mesure.
87. Réponse à une objection. Exposé des transformations subies par l'art. 1585 pendant la discussion au conseil d'État et au tribunal.
88. Preuve par les discours des orateurs que la propriété n'est pas transférée.
89. Quand y a-t-il vente en bloc et vente au poids, au compte, à la mesure?
90. 1^{re} règle. Il n'y a pas vente en bloc quand le prix est stipulé pour chaque mesure. Réponse à une opinion de Voët.
91. 2^e règle. Il n'y a pas vente en bloc lorsqu'on vend tant de mesures, de kilogrammes, etc., pour un prix unique.
92. 3^e règle. Mais il y a vente en bloc lorsqu'une chose prise en masse est vendue pour un prix non détaillé. *Quid* si on ajoute qu'elle contient tant de mesures? C'est encore vente en bloc. Effet de cette indication. Erreur de M. Pardessus. Cette indication n'est que dans l'intérêt de l'acheteur.
93. Dans les ventes qui ne sont pas faites en bloc, la délivrance ne peut s'opérer *ex consensu*. Elle ne peut résulter que

du compte, du mesurage, ou du pesage. La preuve du pesage, mesurage, etc., dépend des circonstances. Nécessité pour les parties de s'en procurer une preuve certaine.

94. Conséquences pour l'acheteur du défaut de retraitement.

COMMENTAIRE.

81. Lorsqu'il s'agit de marchandises (1), la vente peut se faire en bloc, ou bien l'on peut convenir qu'elles seront comptées, mesurées ou pesées; dans le premier cas la vente est pure et simple, elle est parfaite par le seul consentement des parties; l'acquéreur est propriétaire sans qu'il soit nécessaire de rien compter, mesurer ou peser. Par exemple, je vous vends le vin qui est dans ma cave moyennant 5,000 fr.; c'est là une vente en bloc, ou *per aversionem*, comme disaient les Romains (2). Cette vente porte sur une quantité déterminée par le lieu qui la renferme, il y a consentement sur le prix et sur l'objet vendu; rien ne manque par conséquent à sa perfection (3) (1586 Code Napoléon). Ainsi, si, avant l'enlèvement que vous ferez de ces vins, ils viennent à s'aigrir, ou bien si les tonneaux les laissent échapper, c'est sur vous que retombera la perte (4). Tous ces principes sont tirés des lois romaines, que Pothier a suivies pas à pas (5), et qui sont ici le meilleur commentaire du Code Napoléon.

82. Si la vente, au lieu d'être faite en bloc, est faite au compte, au poids ou à la mesure, l'on suit des règles différentes. Car la chose est indéterminée tant que l'opération du comptage, du pesage ou du mesu-

(1) *Quid* si c'est une vente d'immeubles à raison de tant la mesure? *Infrà*, n° 333.

(2) L. 62, § 2, Dig. *De cont. empt.*

(3) L. 35, § 5, Dig. *De cont. empt.* L. 62, § 2, *id.*

(4) Ulp., l. 1, Dig. *De peric. et com.* Caius, l. 15, *id.*

(5) Vente, n° 309 et 310.

rage n'en a pas fait un corps certain. On ignore ce qui a été vendu, et comme le dit la loi 35, § 5, *De cont. empt.*, « *Mensura eò proficit... ut appareat quantum ematur.* » Par suite, le prix que l'acheteur déboursa reste incertain. La perfection de la vente est donc en suspens tant que cette opération n'a pas eu lieu. Ce n'est pas une vente pure et simple, comme la vente des marchandises en bloc, c'est une vente conditionnelle, ainsi que le disent Voët (1) et le président Favre (2), d'après le jurisconsulte Caius, dans la loi 34, § 5, Dig. *De cont. empt.* « *Quia venditio sub hac conditione videtur fieri ut in singulas metretas aut in singulos modios quos quasve admensuraveris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut singula corpora quæ adnumeraveris.* »

83. Il suit de là que la propriété n'est pas transférée par le seul effet du contrat; qu'il faut attendre l'accomplissement de la condition, et que si la chose périt avant le comptage, le mesurage ou le pesage, elle périt pour le vendeur (3).

En un mot la vente n'est pas parfaite, et l'un de ses principaux effets n'est pas atteint. « *Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, quum adnumerata, admensa, adpensave sint.* » (4).

84. Qu'on ne croie pas néanmoins qu'avant l'accomplissement de la condition, les parties contractantes puissent discéder de leur engagement. Elles sont liées; car une obligation conditionnelle forme *vinculum juris*, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus en commentant l'art. 1583. Il n'y aura donc pas lieu à repen-

(1) *Ad Pandect.*, de *cont. empt.*, n° 24.

(2) « *Videtur enim hæc venditio facta sub conditione, quæ per modi et mensuræ probationem impletur* », dit Favre dans son Code *De cont. empt.*, lib. 4, t. 28, def. 3, n° 5. V. aussi M. Pardessus, t. 2, p. 316, et M. Duranton, t. 16, n° 88.

(3) Pothier, Vente, n° 309. L. 35, § 7, Dig. *De cont. empt.*

(4) L. 35, § 5, D. *De sont. empt.*

tir dans le temps intermédiaire entre le contrat et l'évènement de la condition. « Medio tamen tempore » pœnitentiæ locus non est, » dit Voët (1), en parlant précisément des ventes dont nous nous occupons, et cette vérité a été prouvée par Tiraqueau, avec ce luxe de citations et de savoir qui est le caractère de son école (2).

La conséquence de ceci est que l'acheteur pourra mettre le vendeur en demeure de faire la délivrance, c'est-à-dire de faire procéder au comptage, au mesurage et au pesage, et qu'en cas d'inexécution il pourra demander des dommages et intérêts. Telle est la disposition de notre article; elle est le corollaire des principes que nous avons développés sous l'art. 1583.

85. Le résumé de notre article est donc ceci.

Lorsque la vente est faite au compte, à la mesure ou au poids, la vente est bien parfaite en ce sens que les parties ne peuvent y renoncer sans le consentement l'une de l'autre; mais elle n'est pas parfaite en ce sens, qu'avant le comptage, le mesurage, le pesage, la propriété n'est pas transférée, et la chose est aux risques du vendeur.

86. Je dis que la propriété n'est pas transférée. Les principes exposés sous l'art. 1583 conduisent nécessairement à ce résultat. Il ne peut y avoir translation du domaine de la chose lorsque cette chose n'est pas certaine, ou que le prix est en suspens, et que sa détermination dépend d'une condition qui n'est pas accomplie.

On a cependant prétendu le contraire sur le fondement d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1812. « La vente des marchandises, dit l'arrêt, » tiste, en faisant la rubrique de cette décision (3), » faite à tant la mesure, transfère la propriété à l'acheteur,

(1) *Loc. cit.*

(2) *De retractu gentilit.*, § 1, glose 10, n° 25.

(3) Recueil de M. Dalloz, Vente, p. 853, note 1.

» même avant le mesurage, si les parties sont d'accord sur » la vente et sur le prix. » M. Pardessus enseigne la même opinion; il considère l'acheteur comme propriétaire, même avant le mesurage (1). M. Merlin rapporte l'arrêt de la Cour de cassation sans le contredire (2). Enfin M. Duranton, dont je ne connaissais pas l'ouvrage lors que j'ai traité cette question pour la première fois, adopte cet arrêt sans soupçonner même que la question puisse être controversée (3).

Quelque respectables que soient ces autorités, nous ne pouvons accepter une telle doctrine. Nous allons démontrer qu'elle constitue une erreur palpable, et qu'elle s'appuie sur un commencement de jurisprudence qu'il faut se hâter de proscrire.

Voici les faits de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

Le 1^{er} novembre 1808, Larue, marchand de bois, vend à Peyramont trente-six toises de bois à brûler, à raison de 170 fr. la toise. On stipule que *Peyramont sera propriétaire de ce bois du jour même de la vente*, et que néanmoins le vendeur fera arriver le bois au port de Haveix, où il s'obligeait à en faire la délivrance.

On voit déjà que les parties s'étaient expliquées sur la translation de la propriété, et qu'en la rattachant au moment même de la vente, elles avaient tranché en point de fait, et par la puissance même de leur volonté, une question que nous agitions ici dans les simples termes du droit.

Le bois est expédié, et arrive à Haveix. Mais Larue, oubliant ses engagements, vend à Dessales une partie de cette marchandise. C'était ouvertement discéder d'une vente qui, en la supposant conditionnelle, n'en liait pas moins le vendeur, ainsi que cela a été dit ci-dessus.

(1) T. 2, p. 321, 322.

(2) Répert., v° Vente, p. 526, note.

(3) T. 16, n° 92. — *Junge Favard* (v° Faillite).

Le 25 janvier 1809, Larue tombe en faillite, et quelques jours après il vend l'autre partie de ce bois à Baignoles.

Peyramont se pourvoit à la fois contre Dessales, contre Baignoles et contre la faillite.

A Baignoles il dit : Vous avez acheté après la faillite; donc votre vente est nulle.

Il dit à Dessales : Larue s'était dépouillé de la qualité de propriétaire par l'acte de vente; il n'a donc pu agir que comme mon mandataire; vous me devez donc compte du prix du bois que vous avez acheté de lui. Ce système était frappant d'évidence, et l'on voit qu'en se bornant à demander le prix, Peyramont rendait hommage au principe qu'entre deux acquéreurs de meubles la préférence est due à celui qui est saisi, conformément à l'art. 1141 du Code Napoléon. Dans l'espèce, Dessales avait eu la tradition de la partie de bois à lui vendue (1).

Enfin Peyramont disait aux syndics : « Vous représentez Larue; vous devez donc me faire la décharge de tout ce qui me manquera au compte que me doit Dessales, et à la restitution que doit me faire Baignoles. »

Rien de plus juste encore que cette prétention; car la faillite de Larue laissait subsister son obligation; elle ne pouvait empêcher l'accomplissement de la condition, et, la condition une fois accomplie, la vente devenait pure et simple; en un mot, il fallait juger de la capacité de Larue, non pas au moment de l'évènement de la condition, mais au moment du contrat (2).

La cour de Limoges donna gain de cause à Peyramont. Les arrêtistes ne nous font pas connaître les motifs de l'arrêt.

Sur le pourvoi en cassation, les syndics soutinrent que la vente, étant imparfaite au moment de la fail-

(1) *Suprà*, n° 42.

(2) V. ce que nous avons dit sur l'art. 1584, n° 56.

lite, ne pouvait plus arriver à sa perfection à une époque à laquelle le failli était dessaisi de l'administration de ses biens. C'était une erreur manifeste, qui suffisait à elle seule pour ôter toute chance de succès à leur pourvoi en cassation.

Ils ajoutaient que la vente faite à Peyramont ne lui avait pas transféré la propriété, ce qui, dans l'espèce, n'était pas exact, puisqu'en fait, les parties avaient stipulé que la propriété serait acquise par la vente et du jour même de cette vente, nonobstant le défaut de mesurage (1). Mais, en admettant que la convention des parties n'eut pas pu déroger au droit, et que la vente fût imparfaite sous le rapport de la translation de la propriété, que pouvait-il en résulter? Rien absolument, car il fallait toujours en revenir à ce point, savoir, que la vente était parfaite sous le rapport du lien, et que par conséquent Larue ou ses représentants devaient en accomplir les clauses. C'est ce qu'avait jugé la cour de Limoges.

La seule question du procès était donc de savoir si la faillite s'opposait à l'accomplissement de la condition, question dont la solution devait évidemment tourner contre les syndics.

Eh bien! c'est précisément ce point dont la Cour de cassation ne s'est pas occupée; elle a mieux aimé s'arrêter à la question de la translation de la propriété, qui était un hors-d'œuvre et un faux point de vue, et elle a jugé que la propriété était acquise conformément à l'art. 1583. Mais une pareille décision peut-elle faire autorité? N'est-elle pas contraire à tous les principes sur l'effet des engagements conditionnels et sur la portée des obligations? Ne résiste-t-elle pas aux termes mêmes de notre article, qui, en disant

(1) Par argument de la loi 10, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, on peut croire qu'une telle stipulation n'a rien de prohibé; et M. Duranton est aussi de cet avis (n° 63). Comment donc l'arrêt dont je parle lui a-t-il paru exempt de critique?

que le risque de la chose porte sur le vendeur tant qu'il n'y a pas de mesurage, fait clairement entendre qu'il demeure propriétaire ; car, d'après l'art. 1438, le risque est la conséquence de la propriété, et le Code Napoléon a voulu faire disparaître les principes de l'ancien droit, que Grotius trouvait contraires à la raison, et en vertu desquels on pouvait être chargé du péril de la chose sans en être propriétaire ?

87, La Cour de cassation objecte que notre article, en disant que la vente n'est pas parfaite, en ce sens que jusqu'au mesurage la chose est aux risques de l'acheteur, décide par là même que la vente est parfaite à tous autres égards que les risques, et que par conséquent elle est translatrice de propriété.

Ce raisonnement, quoique répété par M. Duranton, me paraît inexact. En voici la preuve.

Notre article formait dans l'origine l'art. 4 du projet de loi soumis au conseil d'Etat. Il était ainsi conçu :

« Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée (1). »

Quelques observations ayant été faites au conseil d'Etat sur la portée de cet article, le consul Cambacérès fit remarquer (2) que le but des rédacteurs avait été d'indiquer « qu'on ne voulait pas soumettre le cas de la vente faite au compte, à la mesure et au poids à la disposition de l'art. 2 (aujourd'hui l'article 1583), qui, suivant l'axiome *Res perit domino*, met la chose aux risques de l'acheteur du moment que la vente est parfaite. »

Ainsi, suivant M. Cambacérès, le risque suivait la propriété. Dans l'art. 1583, le risque pèse sur l'acheteur, parce qu'il est propriétaire, parce que *res perit domino* ; mais dans l'art. 4 (aujourd'hui l'art. 1585), on n'est pas soumis à la règle posée par l'art. 1583,

(1) Fenet, t. 14, p. 4.

(2) Id., t. 14, p. 21.

et le risque incombe sur le vendeur. Pourquoi cela ? Parce qu'il est propriétaire, parce que la vente n'a pas opéré de translation de la propriété. C'est la règle *Res perit domino* appliquée au vendeur, comme elle est appliquée à l'acquéreur dans l'art. 1583.

La rédaction communiquée au tribunal avait modifié l'art. 4 de la manière suivante :

« Lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est parfaite qu'après que les marchandises ont été pesées, comptées, mesurées (1). »

Le tribunal représenta (2) que cet article pouvait donner lieu à une grande difficulté. « On peut en conclure, disait-il, que, dans le cas qui y est prévu, il n'y a pas même de vente ; en sorte que l'acheteur n'aurait pas le droit de forcer le vendeur à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement existe et le vendeur peut toujours être obligé ou à délivrer la chose vendue, ou, s'il ne le peut pas, aux dommages et intérêts.

« Le seul effet que doit produire la circonstance énoncée dans l'article est que, n'y ayant pas d'accomplissement de la vente, quoique la vente existe, les risques que courent les choses vendues sont dans ce cas particulier à la charge du vendeur jusqu'au pesage, au comptage ou au mesurage. »

En conséquence, le tribunal proposa une rédaction qui est celle de l'art. 1585.

On voit toute la pensée du tribunal : elle n'était pas de faire décider que la propriété était transférée, car il convenait qu'il n'y avait pas d'accomplissement de la vente ; mais il voulait qu'on ne pût pas abuser des termes de l'article pour dire que la vente n'existait pas, et que le vendeur pouvait se dégager.

88. Lisons maintenant les discours des orateurs,

(1) Fenet, p. 78.

(2) Id., p. 85.

et nous verrons apparaître plus hautement encore l'erreur que je combats.

M. Faure s'expliquait ainsi dans son rapport au tribunal sur la communication officielle faite par le gouvernement (1) :

« Dans le premier cas (c'est-à-dire celui de la vente en bloc), l'acheteur a reconnu implicitement qu'il consentait à prendre les marchandises sans autre vérification : c'est un risque qu'il veut bien courir. S'il y a plus qu'il n'espérait, il en profitera ; s'il y a moins, il en supportera la perte. Il deviendra donc propriétaire à l'instant de la vente.

« Dans le second cas, au contraire (celui de vente au compte, à la mesure, au poids), l'acheteur ne PEUT DEVENIR PROPRIÉTAIRE des marchandises que lorsqu'elles auront été pesées, comptées ou mesurées. Car jusque-là rien n'est déterminé, et, tant qu'il n'y a rien de déterminé, les marchandises restent aux risques du vendeur. C'est sous ce point de vue que la vente n'est pas parfaite. Au surplus, il existe un engagement réel entre les parties dès le moment du contrat. De ces engagements réciproques résulte pour l'acheteur le droit de demander la livraison en faisant la vérification convenue, et pour le vendeur le droit de demander le prix de la vente en offrant d'en faire la livraison. Toutes ces réflexions s'appliquent aux objets qu'on est dans le cas de goûter ou d'essayer. »

Dans le rapport que M. Grenier fit au corps législatif au nom du tribunal, la même pensée se trouve reproduite (2).

« Il était important de distinguer le cas où il y a transmission de propriété, de ceux où il n'y en a pas, quoiqu'il y ait toujours l'engagement qui fait le

(1) Fenet, t. 14, p. 153.

(2) Id., t. 14, p. 182, 183.

» principe de la vente, engagement dont l'exécution doit être réclamée par l'acheteur.

« La raison de cette distinction est que, dans le cas où la vente est parfaite par le seul consentement....., la chose vendue est la propriété de l'acquéreur, et dès lors elle est à ses risques, d'après la règle si connue *Res perit domino*; au lieu que lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie sans le secours de quelques circonstances, la chose vendue est au risque du vendeur, en sorte que si auparavant elle périt, c'est pour le vendeur, qui n'est pas encore desaisi de la propriété.

« C'est d'après ces idées qu'il a dit dans l'art. 2 (1583), *La vente est parfaite*, etc.

« Voilà le principe général. Le consentement seul donne l'essence à la vente, et emporte transmission de la propriété.

« Une exception à ce principe est consignée dans l'art. 4 (1585), qui est ainsi conçu, etc.

« Si avant le pesage, etc., le vendeur revendait les marchandises, et les délivrait à un tiers, celui-ci en aurait la propriété, exclusivement au premier acquéreur en faveur duquel il n'y aurait pas eu de transmission de propriété, etc., etc. (1). »

Après des documents aussi précis et des éclaircissements si significatifs, il me paraît inutile d'insister plus longtemps sur une vérité que je m'étonne d'avoir vue oubliée par la Cour de cassation et par des auteurs de poids. Elle repose sur des principes constants en matière de vente conditionnelle, et dont notre article n'est qu'un corollaire évident (2). La

(1) V. *infra*, n° 404.

(2) Duranton reconnaît que de telles ventes au poids, au compte, à la mesure, sont conditionnelles (n° 88). Je ne comprends pas dès lors pourquoi il ne leur applique pas les règles qu'il a exposées au n° 60.

voilà rétablie, je crois, dans tout son jour, et l'on ne saurait s'en écarter sans heurter ce qu'il y a de plus élémentaire dans cette matière (1).

89. Mais dans quel cas y a-t-il vente en bloc ou bien vente avec condition de mesurage, comptage ou pesage? Pour le décider, il faut faire une attention scrupuleuse aux termes de la stipulation. Pothier a recueilli les règles suivantes, qui serviront à les interpréter.

90. 1^o La vente est faite à la mesure lorsque le prix est expressément convenu pour chaque mesure.

Ainsi, si je vous vends 100 hectolitres de blé, qui sont dans tel grenier, à raison de 20 francs par hectolitre, c'est là une vente faite à la mesure (2).

Ainsi encore si je vous vends un tas de blé qui est dans mon grenier à tant l'hectolitre, c'est une vente faite à la mesure (3).

Il y a seulement cette différence entre les deux espèces, que, dans la première, tout ce qui se trouve dans le grenier indiqué au delà des 100 hectolitres,

(1) V., dans ce sens, MM. Championnière et Rigaud, n^o 4681 et Mareadé sur l'art. 1586, n^o 3. — M. Duvergier de la Vente, n^o 83 a proposé un système mixte consistant en ceci, que la vente à la mesure, quoique n'opérant jamais la transmission des risques, opérerait cependant la translation de la propriété dans certains cas, mais non dans certains autres cas. Le lecteur a pressenti, par ce que je viens de dire, que je n'adopte pas plus ce système que celui de MM. Pardessus, Merlin et Duranton.

(2) L. 35, § 7, Dig. *De cont. empt.*, dit : « Si ex dolario » (cellier) pars vini vœnerit, veluti metreta centum, antequam » admittatur, omne periculum ad venditorem pertinere. » La loi 5, Dig. *De periculo et com. rei vend.*, porte aussi sur ce cas. Cujas, sur le Code *De periculo et com. rei vendit.*, qualifie vente *ad mensuram, quum in singulas amphoras pretium constitutum est*. Pothier, Vente, n^o 310. Pardessus, t. 2, p. 315, 316.

(3) « Quod si vinum ita vœnerit, ut in singulas amphoras... » item frumentum, ut in singulos modios..., tunc perfici emptionem quum adnumerata adpensave sint. » L. 35, § 5, Dig. *De cont. empt.* C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt, t. 3, p. 423, notes, et de M. Pardessus, t. 2, p. 315, 316.

n'est pas l'objet de la vente, tandis que, dans la seconde, le marché comprend tout le blé qui forme le tas.

Ce que nous venons de dire des ventes à la mesure s'applique aux ventes faites au compte ou au pesage.

Par exemple, si je vous vends mon troupeau de moutons, à 10 francs par tête, la vente ne sera parfaite, sous le rapport du risque, qu'autant que le comptage aura été fait. « *Ergo si grex vœnerit, dit » Gaius....., si in singula corpora, certo pretio, eadem » erunt quæ proxime tractavimus (1).* » Il en sera de même si je vous vends 100 têtes à prendre dans mon troupeau.

Je vous vends le sucre de mon magasin à 1 franc la livre; c'est une vente au poids. Je vous vends 100 livres de sucre à prendre dans mon magasin; c'est encore une vente de même nature.

Dans tous ces cas, le risque repose sur la tête du vendeur (2).

Suivant Voët (3), il ne faudrait admettre qu'avec distinction la règle exposée par Pothier. L'auteur hollandais convient bien qu'il y a vente à la mesure, lorsque vous m'achetez 100 hectolitres de blé à prendre dans mon grenier; car alors ce n'est que par le mesurage que l'on pourra savoir *quantum vœnerit*. Le mesurage est la condition suspensive de la vente.

(1) L. 35, § 6, Dig. *De cont. empt.* Despeisses, t. 4, p. 42, n^o 10, *in fine*!

(2) M. Delvincourt prétend que si je vous vends la moitié du blé qui est dans mon grenier, à tant la mesure, et que tout le blé périsse, la perte de la quantité vendue concerne l'acheteur, parce que l'incendie a consumé ce qui faisait l'objet de la vente. Mais cette opinion est fautive. La loi 35, § 7, D. *De peric.*, citée tout à l'heure en note, la réprovoque expressément. La vente étant conditionnelle, tout le risque est à la charge du vendeur, *pendente conditione*. *Infra*, n^o 406. Junge M. Duranton, t. 16, n^o 4.

(3) *De periculo et commod.*, lib. 18, t. 6, n^o 4.

Mais il pense qu'il en est autrement si je vous vends tout le vin qui est dans ma cuve, à tant la mesure. Le mesurage n'est pas alors une condition suspensive d'une pareille vente; il n'est qu'un moyen de reconnaître la quantité vendue purement et simplement, quantité qui, du reste, forme avant le mesurage un corps certain, puisque c'est toute celle qui est contenue dans le tonneau. Il y a quelque chose de déterminé dans une pareille vente. Le contenant la précise et la limite, et dès lors le mesurage opère, non une condition, mais une simple démonstration.

« Nec aliud dicendum (il vient de parler de la vente *per aversionem*), si quis omne vinum in dolio reconditum seu doleare vendat, atque ita totum corpus vini dolio contenti, pretio sic constituto, ut pro portione mensuræ per admensionem manifestæ, solvatur pecunia (1); sic ut admensio non conditionem faciat, ex quâ vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quamdam quantitatis vini *purè plenèque* distracti... Secus, si pars quædam vini dolearis solummodo esset vendita, quia tunc antè admensionem sciri nequit quæ pars vendita intelligatur (2). »

Et un peu plus loin il ajoute :

« Potest enim vendi doleare vinum tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit, et tamen addi lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri quæ vini quantitas dolio contenta sit, nec alter alterum incertæ mensuræ specie circumvenire vult, aut pati se circumveniri (3); quo casu res tales fungibiles,

(1) On voit par-là que, dans l'hypothèse de Voët, le prix est subordonné au mesurage.

(2) Sur ces *dolia* des Romains, v. Pline, liv. 14, c. 27.

(3) Ainsi le prix dépend toujours du mesurage, qui, dans l'hypothèse de Voët, est nécessaire soit dans l'intérêt du vendeur,

» jam consideratæ ut corpora, etiam ante admensionem, » *periculo emptoris sunt.* »

Charondas enseigne une opinion conforme. Un marchand, dit-il, achète tout le vin étant dans deux cuves, après l'avoir goûté et être convenu du prix à une certaine somme pour chaque muid. Étant venu quelque temps après pour faire l'enlèvement, il trouve le vin gâté et corrompu par l'effet des orages, qui avaient régné pendant toute la saison. Il déclare ne pas vouloir du liquide. Le vendeur répond que c'est une vente *per aversionem*. La mesure n'est pas pour le perfectionnement de la vente, mais pour la certification du prix; il cite la loi 2, au C. *De per. et com. rei venditæ* (1), et plusieurs autres textes. Par arrêt du parlement de Paris, du 15 juillet 1560, il fut jugé que l'acheteur prendrait le vin (2). Ainsi donc, notwithstanding la fixation du prix à tant la mesure, le risque fut mis au compte de l'acheteur avant le mesurage.

Enfin je trouve que, dans les discussions du conseil d'État, M. Treilhard souleva la question, et la décida dans le même sens que Voët et Charondas.

« L'article, tel qu'il est rédigé n'est peut-être pas parfaitement exact; car si l'on achète tout ce qui se trouve dans un magasin A RAISON DE TANT LA MESURE, il ne reste d'incertitude que sur la quotité; la chose et le PRIX sont déterminés (3); » et après quelques explications, M. Cambacérès déclara partager cette opinion (4).

Malgré ces autorités, l'opinion de Pothier (5) me

soit dans l'intérêt de l'acquéreur. Il ne faut donc pas confondre ce cas avec celui que nous examinons sous la règle 3^o.

(1) Cette loi ne parle que du cas où il n'y a pas expression de mesure.

(2) Réponses du Droit français, liv. 9, rép. 30, p. 345.

(3) Fenet, t. 14, p. 24.

(4) Idem.

(5) Qui est aussi celle de Cujas (v. *infra* n^o 92), et celle de

semble préférable; d'abord, parce qu'elle peut s'appuyer sur un texte positif, c'est à savoir la loi 35, § 6, Dig., *De cont. empt.*, texte que j'ai cité tout à l'heure en note; ensuite, parce que, quoi qu'en dise M. Treilhard, le prix est incertain, tant que le mesurage n'a pas fait connaître le détail de la quantité vendue. Or, l'incertitude dans le prix rend la vente conditionnelle, lorsque, pour passer de l'incertain au certain, il faut remplir une condition telle que celle du comptage, du mesurage ou du pesage. C'est aussi sous ce point de vue que Pothier a envisagé le contrat; ce qui le frappe, en partie, dans un cas pareil, c'est l'incertitude du prix (1), et cet aspect de la question paraît n'avoir pas été saisi par Voët. Charondas l'a entrevu. Mais il me semble qu'il se trompe quand il croit que la *certification* du prix est inutile pour le perfectionnement de la vente. L'incertitude dans le prix rend la vente conditionnelle, tout aussi bien que l'incertitude de la chose.

Enfin, il est faux que la chose soit assez certaine pour passer aux risques de l'acheteur. Sans doute, cette chose est précisée quant au lieu qui la contient; mais elle ne l'est pas eu égard à la quantité, et c'est ici la quantité qui est la condition décisive. En effet, quand j'achète à la mesure, au poids, au compte, j'annonce que je ne veux envisager la chose que comme quantité, et non comme corps certain. La quantité peut diminuer par dessiccation, absorption, coulage, corruption, etc.; car il s'agit de choses naturellement sujettes à dépérissement. Je fais connaître suffisamment que je ne veux pas me charger

Brunemann, qui dit, d'après Lauterbach: « *Ampliatur regula* » (il parle de la règle en vertu de laquelle la vente à la mesure est imparfaite), *licet UNIVERSUM VENDITUM, QUOD IN CELLA EST, AD MENSURAM TAMEN.* » (Sur la loi 6, D. *De peric. et com. rei vend.*, n° 5.)

(1) Vente, n° 309.

de tous ces risques, que je ne veux pas subir ces variations et ces pertes, tant que la chose n'aura pas été réduite pour moi en quantité mesurée, pesée ou comptée. Car, ce que j'achète, ce n'est pas une quantité définie seulement par le contenant, mais une quantité définie, d'abord par le contenant, ensuite et surtout par le mesurage, le pesage ou le comptage. J'ai exigé qu'on pénétrât dans le contenu, qu'on le divisât en partie, qu'on détruisit le bloc, que la quantité mise en évidence par le vendeur fût transformée en une quantité plus précise par une opération ultérieure de calcul. Tant que cela n'est pas fait, on ne sait encore qu'imparfaitement ce qui a été vendu. *Non apparet quid venierit*; et ceux-là se trompent qui soutiennent qu'il y a vente du corps certain.

91. 2° La vente est encore censée faite par la mesure, au compte ou au poids, lorsqu'on vend tant de mesures de blé, tant de livres de sucre, tant de pieds d'arbres pour un prix fixé en bloc. Car il est censé que ce prix est le total de la valeur de chaque mesure de blé, de chaque livre de sucre, de chaque pied d'arbre additionnés. « *Non interest num centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas* (1). »

92. 3° Lorsqu'on vend pour un seul prix une certaine chose prise en masse, c'est là une vente en bloc, ou *per aversionem* (2). « *Res aversione vendita est quæ confusè et acervatim, dit Cujas (3), pretio insimul dicto, non in singulas res constituto, vendita est.* » C'est encore une vente en bloc quand à une chose, considérée en masse et vendue pour un seul prix, on ajoute la mesure qu'elle est présumée contenir. L'indication de la mesure n'est alors indiquée que pour

(1) *Caïus*, l. 35, § 7, Dig. *Cont. empt.*

(2) L. 35, § 5, D. tit. Pothier, Vente, n° 310.

(3) Sur la loi 35, § 5, *De cont. empt.* V. aussi la loi 36, Dig. *Loc. cond.*, et la loi 10, § 2, Dig. *De lege Rhodid.*

forcer le vendeur à faire raison de ce qui se trouvera en moins (1).

Je vous vends pour 1,500 francs tout le sucre qui est dans mon magasin, de la quantité de 1,800 livres. Une telle vente est faite en bloc, et n'est pas conditionnelle; le prix est certain, la chose déterminée; les éléments du contrat se présentent sans modification, sans suspension, et avec un caractère pur et simple. A la vérité, il est ajouté que la quantité de sucre s'élève à 1,800 livres. Mais c'est là une énonciation démonstrative, qui donne à l'acheteur le droit d'exiger que le vendeur parfournisse les 1,800 livres, si le nombre ne se trouve pas, ou subisse une diminution dans le prix. C'est alors qu'on peut dire avec Voët: » Admensio non conditionem facit, sed tantum modum demonstrationemque quamdam quantitatis purè plenèque distractæ (2). »

C'est en se conformant à ces règles d'interprétation que la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 30 août 1830, que la vente d'un baril d'azur de 100 kilogr., du prix de 1,000 fr., n'était pas une vente au poids, mais une vente en bloc (3). En effet, ce qui avait été vendu, c'était le baril d'azur, pris en bloc, formant un corps certain. Le prix avait été calculé sur ce bloc à 1,000 francs, et il couvrait la totalité des marchandises contenues dans ce baril. L'indication de la contenance du baril, fixée à 100 kilogr., n'enlevait rien à la certitude de la vente; il n'était pas nécessaire que le mesurage eût lieu pour que le contrat fût parfait. Seulement, si les 100 kilogr. ne se fussent pas trouvés dans le baril, l'acheteur eût pu actionner le

(1) L. 10, § 1, Dig. *De peric. et com.* Pothier, *loc. cit.*, et nos 251 et 255. M. Pardessus croit (t. 2, p. 346) que l'acheteur n'aurait rien à réclamer. Mais cela ne me paraît pas admissible. *Infrà*, n° 326.

(2) Ad Pand., *De cont. empt.*, n° 4. *Suprà*, n° 90.

(3) Dal., 30, 1, 359.

vendeur pour les compléter (1). Mais, s'il s'en fût trouvé davantage, le vendeur n'aurait pu réclamer un supplément de prix; car il avait vendu pour 1,000 francs tout ce qui était dans le baril. La clause par laquelle il avait assuré que le baril contenait 100 kilogr. n'était que dans l'intérêt de l'acquéreur et non pas dans le sien (2). Comme vendeur, il devait savoir la contenance de la chose. « Verisimile non est venditorem ignorasse modum rei suæ (3). » Et s'il l'a ignorée, cette ignorance dans son propre fait n'est pas excusable (4).

93. Lorsque la vente de marchandises n'a pas lieu en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la délivrance ne s'opère que par le pesage, le comptage ou le mesurage fait contradictoirement.

On ne conçoit pas qu'elle puisse s'opérer auparavant; car la chose restant aux risques du vendeur, d'après notre article, comment y aurait-il tradition, c'est-à-dire transport de la chose en la puissance et possession de l'acheteur (1604)? Pour qu'une chose soit livrée, il faut, si je puis parler ainsi, qu'elle soit individualisée. Pour qu'une chose vendue à la mesure soit individualisée, il faut qu'elle soit mesurée. Sans le mesurage, on ne peut pas dire que telle portion ait été vendue plutôt que telle autre; il ne peut donc y avoir de véritable livraison que lorsque le mesurage a été fait.

C'est ce qu'a jugé la cour de Nancy par arrêt du 4 janvier 1827 (5).

La preuve du mesurage, du comptage, du pesage, dépend des circonstances; elle peut résulter d'aveux,

(1) Favre, *Cod. De cont. empt.*, def. 3 et 4. Pothier, *loc. cit.*, et 254.

(2) Pothier, n° 255.

(3) L. *Quisquis*, *Code De rescind. vendition.*

(4) L. fin. Dig. *Pro socio.* Henrys, t. 2, p. 548. — V. aussi M. Marcadé, art. 1585, n° 2.

(5) Dal., 27, 2, 44.

de déclarations, de la correspondance, ou d'un acte contradictoire rédigé exprès. Quand les parties sont prudentes, elles doivent mettre toute leur attention à constater positivement cette importante opération.

94. Le mesurage, le comptage ou le pesage doivent être faits dans le temps déterminé par la convention (1), sinon on appliquera les règles que nous exposerons plus tard en commentant l'article 1657 du Code Napoléon (2); car le mesurage, le comptage ou le pesage se confondent avec la livraison, et l'acheteur, en retard de faire opérer le retirement, doit être puni par la résolution de la vente, qui a lieu de plein droit et sans sommation (3). Si la convention est muette, on procédera d'après les principes exposés aux n^{os} 678, 679 et 681 (4), et l'acheteur pourra être condamné à des dommages et intérêts (5).

Dans le droit romain, si l'acheteur ne prenait pas livraison du vin vendu avant la vendange prochaine, le vendeur était autorisé à répandre ce vin au détriment de l'acheteur, afin de pouvoir utiliser ses tonneaux vides pour la récolte (6); mais cet usage est abrogé chez les modernes (7).

Si la chose a péri depuis la mise en demeure, on ne peut pas dire que le risque est passé sur la tête de l'acheteur dès le moment qu'il a dû prendre livraison. Car comment l'acheteur pourrait-il être responsable du risque, puisqu'il n'y avait pas encore vente parfaite tant que le pesage, le mesurage ou le comptage n'avaient pas eu lieu (8)? Mais il pourra

(1) Voët, *De peric. et com. rei venditæ*, n^o 4.

(2) *Infrà*, n^o 676.

(3) *Loc. cit.*

(4) *Junge infrà*, n^o 401.

(5) *Infrà*, n^o 681.

(6) L. 1, § 3, 4. Dig. *De peric. et com.*

(7) Groenewegen, ad. l. 1, Dig. d. tit. Voët, n^o 4, d. tit.

(8) *Infrà*, n^o 401, où je cite Voët. *Sic* M. Marcadé, art. 1585, n^o 4. — M. Duranton a laissé échapper, à tort, ce me semble,

être condamné à des dommages et intérêts, que les juges arbitreront, et qu'ils pourront, suivant les circonstances, porter jusqu'à une somme égale à la valeur des choses. Du reste, je ne crois pas qu'il faille décider, avec M. Duranton (1) que toujours la quotité des dommages et intérêts doit s'élever jusqu'à la somme formant le prix convenu. M. Duranton est parti de ce point, savoir, que, depuis la mise en demeure, le risque est pour l'acheteur. Mais cette proposition est, à mon avis, erronée. Le péril ne passe sur l'acheteur que lorsque la vente est parfaite, mais non pas quand il y a vente non consommée.

ARTICLE 1586.

Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées.

SOMMAIRE.

95. Renvoi.

COMMENTAIRE.

95. Pour ne pas scinder la matière, nous avons donné, sous l'article précédent, les développements qui servent de commentaire à celui-ci. Nous renvoyons aux n^{os} 81, 89, 90, 91, et surtout 92.

ARTICLE 1587.

A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en

quelques assertions qui sont contraires à cette vérité (t. 16, n^o 89).

(1) *Loc. cit.*

de déclarations, de la correspondance, ou d'un acte contradictoire rédigé exprès. Quand les parties sont prudentes, elles doivent mettre toute leur attention à constater positivement cette importante opération.

94. Le mesurage, le comptage ou le pesage doivent être faits dans le temps déterminé par la convention (1), sinon on appliquera les règles que nous exposerons plus tard en commentant l'article 1657 du Code Napoléon (2); car le mesurage, le comptage ou le pesage se confondent avec la livraison, et l'acheteur, en retard de faire opérer le retirement, doit être puni par la résolution de la vente, qui a lieu de plein droit et sans sommation (3). Si la convention est muette, on procédera d'après les principes exposés aux n^{os} 678, 679 et 681 (4), et l'acheteur pourra être condamné à des dommages et intérêts (5).

Dans le droit romain, si l'acheteur ne prenait pas livraison du vin vendu avant la vendange prochaine, le vendeur était autorisé à répandre ce vin au détriment de l'acheteur, afin de pouvoir utiliser ses tonneaux vides pour la récolte (6); mais cet usage est abrogé chez les modernes (7).

Si la chose a péri depuis la mise en demeure, on ne peut pas dire que le risque est passé sur la tête de l'acheteur dès le moment qu'il a dû prendre livraison. Car comment l'acheteur pourrait-il être responsable du risque, puisqu'il n'y avait pas encore vente parfaite tant que le pesage, le mesurage ou le comptage n'avaient pas eu lieu (8)? Mais il pourra

(1) Voët, *De peric. et com. rei venditæ*, n^o 4.

(2) *Infrà*, n^o 676.

(3) *Loc. cit.*

(4) *Junge infrà*, n^o 401.

(5) *Infrà*, n^o 681.

(6) L. 1, § 3, 4. Dig. *De peric. et com.*

(7) Groenewegen, ad. l. 1, Dig. d. tit. Voët, n^o 4, d. tit.

(8) *Infrà*, n^o 401, où je cite Voët. *Sic* M. Marcadé, art. 1585, n^o 4. — M. Duranton a laissé échapper, à tort, ce me semble,

être condamné à des dommages et intérêts, que les juges arbitreront, et qu'ils pourront, suivant les circonstances, porter jusqu'à une somme égale à la valeur des choses. Du reste, je ne crois pas qu'il faille décider, avec M. Duranton (1) que toujours la quotité des dommages et intérêts doit s'élever jusqu'à la somme formant le prix convenu. M. Duranton est parti de ce point, savoir, que, depuis la mise en demeure, le risque est pour l'acheteur. Mais cette proposition est, à mon avis, erronée. Le péril ne passe sur l'acheteur que lorsque la vente est parfaite, mais non pas quand il y a vente non consommée.

ARTICLE 1586.

Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées.

SOMMAIRE.

95. Renvoi.

COMMENTAIRE.

95. Pour ne pas scinder la matière, nous avons donné, sous l'article précédent, les développements qui servent de commentaire à celui-ci. Nous renvoyons aux n^{os} 81, 89, 90, 91, et surtout 92.

ARTICLE 1587.

A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en

quelques assertions qui sont contraires à cette vérité (t. 16, n^o 89).

(1) *Loc. cit.*

faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées.

SOMMAIRE.

96. Des ventes avec condition de *dégustation*. Objets dans la vente desquels cette condition est sous-entendue. Mais par qui la dégustation doit-elle se faire? Est-ce par l'acheteur, seul arbitre en cette matière, ou aussi par des experts appelés à contrôler son goût? Importance de ce point.
97. Du cas où la dégustation doit se faire par l'acheteur seul. C'est le cas précis de l'art. 1586. Caractère d'imperfection d'une pareille vente. Elle dépend du pur arbitre de l'acheteur.
98. Conditions pour que la vente faite de cette manière acquière sa perfection.
99. Du cas où la dégustation peut être contrôlée par des experts. Alors il y a vente conditionnelle, l'acheteur est lié, et l'article 1856 du Code Napoléon n'est plus applicable. Réfutation de l'opinion contraire de M. Merlin.
100. Dans quels cas la dégustation doit elle être faite par l'acheteur seul, ou soumise à une nouvelle dégustation de la part des experts? Réfutation d'une opinion de M. Duranton. La solution de la question dépend des circonstances; et, dans le commerce, ce n'est jamais le goût individuel de l'acheteur qu'il faut satisfaire, mais le goût commun. Il suffit donc que la marchandise soit loyale et de la qualité indiquée. Énumération de plusieurs autres cas.
101. Sur qui retombe la perte avant la dégustation? Distinctions. Dans quel délai doit-elle se faire?
102. Alors même que la vente avec dégustation est unilatérale, le vendeur est lié. Réponse aux objections.
103. Des preuves de la dégustation. Des cas où elle est censée avoir été faite. *Quid* si l'acheteur a marqué les tonneaux de vin?
104. Lorsque la dégustation doit être faite par l'acheteur seul, il ne doit compte à personne de son refus, d'agréer la chose.

COMMENTAIRE.

96. Il y a certaines choses qu'on n'est dans l'usage

d'acheter qu'autant qu'elles ont été préalablement goûtées; tels sont le vin, l'huile, etc.

Si mon marchand de vin vient me proposer du vin de Bourgogne pour ma consommation, et que nous soyons d'accord sur le prix, qui ne dépasse pas ce que je veux mettre à mon vin d'ordinaire, il n'y aura cependant encore rien de fait si je n'ai pas goûté et agréé le liquide. Tel est l'usage constant.

Si je vais chez un épicier, et que le prix de ses huiles me convienne, il faudra cependant qu'il me les donne à goûter pour qu'il y ait entre nous un marché définitif.

A la vérité, il peut se faire que la condition de dégustation ne soit pas requise par l'acheteur; il peut y renoncer, s'il le juge convenable (1), et alors la vente est pure et simple, pourvu toutefois qu'elle ait été faite en bloc et non à la mesure. Mais une pareille renonciation sort des usages ordinaires et ne se suppose pas légèrement. « Difficile est, dit Ulpien, ut quisquam vinum emat ut ne degustet (2). » La condition de dégustation est donc en général sous-entendue dans les ventes de vins, huiles et autres choses semblables. Tel est le sens de notre article.

Cet article ne dit pas quelles sont les autres choses qu'il assimile au vin et à l'huile, et qu'on est dans l'habitude de goûter. Cela dépend des usages locaux (3).

(1) Discussion au conseil d'État. Fenet, t. 14, p. 22. « M. Miot demande que la disposition de l'article ne s'étende pas au cas où elle se trouve détruite par la convention. On peut, par exemple, acheter un baril d'huile sans y goûter. » (Il entendait donc qu'il fallait une convention pour y déroger.) « M. Galli répond que, l'exception réclamée ayant été érigée en règle générale (art. 1134), il serait aussi utile qu'embarassant de la répéter à chacun des articles auxquels elle s'applique. » V. *infra*, nos 101 et 103.

(2) L. 4, § 1, Dig. *De pericul. et com. rei vend.* Pothier, Pand., t. 1, p. 511. Despeisses, t. 1, p. 12, n° 10. V. *infra*, n° 103, un cas de renonciation.

(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 124.

On peut citer les eaux-de-vie, le vinaigre, le beurre, etc. Dans le commerce fait en grand, comme dans les achats journaliers faits par les petits consommateurs, il est rare que ces différents objets s'achètent sans dégustation.

Maintenant il faut voir par qui cette dégustation doit être faite. Est-ce par l'acheteur lui-même ? Est-ce par des experts appelés pour contrôler son goût et constater si la marchandise est loyale ? Ceci est important et influe puissamment sur le caractère de la vente. En voici la preuve.

97. Lorsqu'il y a condition de dégustation expresse ou tacite de la part de l'acheteur, ce qui est le cas de notre article, la vente n'existe pas tant que la chose n'a pas été goûtée et agréée par lui. « *Videlicet quasi tunc plenissime valeat cum fuerit degustatum.* » Ce sont les expressions d'Ulpien (1). La raison en est que cette condition fait dépendre la vente du pur arbitre de l'acheteur, et qu'elle empêche, comme nous l'avons dit ci-dessus n° 51, qu'il n'y ait à son égard un lien de droit. On ne peut donc pas dire que la vente soit même conditionnelle (2); car il n'y a pas de vente sans acheteur; et comme ici l'acheteur n'est pas lié, il ne reste qu'un contrat innomé et unilatéral, qui oblige sans doute le vendeur, puisqu'une obligation est valable si elle est contractée sous une condition potestative de celui envers qui on s'oblige (3), mais qui n'est pas une véritable vente, et qui ne deviendra telle que lorsque l'acheteur aura donné son agrément.

On voit donc la différence qui existe entre la vente au poids, à la mesure, au pesage, et le marché soumis à la condition de dégustation par l'acheteur: la première lie les parties, qui ne peuvent en discé-

(1) L. 4, Dig. *De peric. com. rei vendite.*

(2) M. Delvincourt, t. 3, p. 126, notes.

(3) M. Toullier, t. 5, n° 494, p. 523, 524. *Infra*, n° 102 et 115.

der (1); mais la vente avec condition de dégustation par l'acheteur n'engage pas ce dernier; il peut se départir de la vente en désapprouvant la chose. C'est ce qui faisait dire au jurisconsulte Paul: « *Alia causa est degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit ut improbare liceat; mensura vero... ut appareat quantum ematur* (2). » Ainsi donc, tant que la condition n'est pas remplie, on peut dire qu'il n'y a pas de véritable consentement de la part de l'acheteur (3), qui reste maître de se dégager; il n'y a donc pas de véritable vente.

98. Ici remarquons que notre article exige deux conditions pour que la vente avec dégustation par l'acheteur soit parfaite: d'abord la dégustation faite par l'acheteur, ensuite l'approbation donnée par lui. En effet, la dégustation seule ne fait pas que la chose soit vendue. Elle doit être suivie de la volonté et du consentement de l'acheteur (4). Il faut que l'approbation intervienne à la suite (5).

99. Lorsqu'au contraire la dégustation doit être contrôlée par des experts, afin de constater si la marchandise est loyale, marchande et non gâtée, l'acheteur ne peut refuser la marchandise, si elle est réellement bonne (6). La vente est alors conditionnelle; c'est un marché positif qui lie l'acheteur comme le vendeur et qui produit tous les effets d'un

(1) *Suprà*, 84.

(2) L. 34, § 5, Dig. *De cont. empt.* Pothier, Vente, n° 311.

(3) M. Portalis, Exposé des motifs. Fenet. t. 14, p. 114.

(4) Godefroy, sur la loi 1, Dig. *De peric. et com. rei vendite*, note c. Voët, même titre, n° 3, *in fine*.

(5) C'est sur ce fondement qu'un arrêt récent de la cour de Bordeaux a décidé que si des vins vendus et dégustés n'ont pas été agréés par l'acheteur, la vente est non avenue et a pu, par conséquent, donner ouverture à des dommages-intérêts au profit de l'acheteur. Bordeaux, 26 juin 1855 (J. Pal. 1855, t. 1, p. 378).

(6) Pothier, Vente, n° 311.

contrat dans lequel l'événement de la condition dépend de l'arbitre d'une tierce personne (1). Elle peut même être pure et simple, comme nous le verrons *infra* (2).

Il y a donc une différence capitale entre ces deux cas ; et les assimiler l'un à l'autre serait confondre ce qu'il y a de plus distinct.

M. Merlin enseigne cependant que cette distinction est prescrite par notre article (3), et que, dans un cas comme dans l'autre, sa disposition doit être appliquée.

Je ne partage pas cette opinion.

D'abord la distinction faite dans l'ancienne jurisprudence tient à des différences profondes que le législateur moderne n'a pas voulu effacer ; elle repose sur cette ligne de démarcation que nous avons fait ressortir ci-dessus (4) entre les conditions remises au plein arbitre de l'acheteur et celles qui ne sont pas soumises à son entière volonté. Autre chose est de goûter une chose pour savoir si elle satisfait le goût individuel de la personne, autre chose de la goûter pour savoir si elle satisfait le goût général et commun.

Ensuite, si l'on veut scruter la pensée de notre article, ainsi que chacun des termes qu'il emploie, on verra qu'il ne parle évidemment que du cas où l'approbation de la chose dépend du goût particulier de l'acheteur, et non pas de sa conformité avec le goût général et commun.

La preuve en est dans ces expressions, *tant que l'acheteur ne les aura pas goûtées et agréées*, expressions qui supposent que l'acheteur est seul dégustateur, et que, par conséquent, c'est son goût seul qu'il s'agit de satisfaire.

(1) *Suprà*, n° 53.

(2) N° 101.

(3) Rép., Vente, 526, col. 2.

(4) N° 51, 52, 53.

Mais dans le cas où il s'agit de savoir si la marchandise est loyale et non gâtée, ce n'est pas le goût de l'acheteur qui doit être l'unique règle ; car le goût est arbitraire, et il peut trouver mauvais ce qui en soi a une valeur intrinsèque marchande. Les caprices de son goût ne sont donc pas la mesure de la bonté des choses vendues. C'est à des experts qu'il faut en appeler de ses caprices, à des arbitres appelés à constater un fait positif, savoir, si la marchandise est ou non gâtée. Or, notre article ne s'occupe pas du cas où il est sous-entendu que la dégustation doit être contrôlée par des experts. Il n'a en vue que la dégustation arbitraire faite par l'acheteur lui-même.

Il faut donc tenir pour constant qu'une vente faite à la condition que la chose aura un goût loyal et marchand est un contrat synallagmatique, qui lie l'acheteur comme le vendeur, et qui produit tous les effets d'une vente conditionnelle (1).

100. Maintenant, dans quel cas la dégustation doit-elle être faite par l'acheteur lui-même, ou bien être contrôlée par des experts jurés ?

M. Duranton pense (2) qu'il faut examiner si l'on a voulu goûter avant d'acheter, ou bien acheter avant de goûter ; car l'art 1585 n'est applicable qu'au cas où il s'agit de choses qu'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter. Donc, quand on a fait l'achat avant de goûter, on sort des termes de l'art. 1586, et il suffit que la marchandise soit loyale. Mais je ne pense pas qu'on doive s'arrêter à cette opinion. S'il n'y avait

(1) *Suprà*, n° 53. — V. MM. Duranton, t. 16, n° 93 ; Duvergier t. 1, n° 401 ; Pardessus, t. 2, p. 317 ; Zachariæ, t. 2, p. 485. — Angers 21 janvier 1835 et C. de cass. rej. 29 mars 1836 (Deville, 36, 1, 566 ; Dall. 36, 1, 139. — Mais, voir encore sur la question, MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 3, n° 150 ; Marcadé sur l'art. 1587 n° 2, et Limoges, 8 mars 1837, 15 mars 1838 (Deville, 38, 2, 474) et rej. 5 décembre 1842 (J. Pal. 1843, t. 1, p. 433).

(2) T. 16, n° 93.

pas un marché sérieux, préalable à la dégustation, l'art. 1586 aurait dit une puérilité en décidant qu'il n'y a point de vente. C'est comme s'il eût dit : *Il n'y a pas vente, quand il n'y a pas vente.* Pour comprendre sainement l'art. 1586, il faut supposer que dans sa pensée il y a eu consentement sur la chose et sur le prix, et que toutes les conditions de la vente se sont rencontrées, sauf l'accord sur la qualité de la chose vendue. M. Duranton lui-même est de cet avis; j'en trouve la preuve dans l'exemple qu'il donne de l'habitant de Paris qui va sur le port au vin, et qui, quoique agréant le prix du vin qui lui est montré, ne contracte cependant pas de vente tant qu'il n'a pas goûté et approuvé la qualité. Il est évident que la question que je propose dans ce numéro ne fait difficulté que parce que les parties ont contracté sous forme d'achat pur et simple, et qu'il s'agit de savoir si l'on a voulu s'en rapporter au goût individuel de l'acheteur ou au goût général appréciable par des experts.

Pour résoudre cette question, il faut donc prendre un autre *criterium* que M. Duranton. Quel est-il?

Tout, à mon avis, dépend des circonstances.

1° S'il s'agit de ventes commerciales, il est clair que ce n'est pas le goût individuel de l'acheteur qu'il s'agit de satisfaire, mais le goût commun, et que l'avis des experts doit intervenir.

Ainsi, par exemple, vous me demandez de vous expédier vingt-cinq pièces d'eau-de-vie trois-six de bon goût, de bonne preuve et de bon titre, que vous proposez de revendre; je vous les expédie à votre domicile. Il n'y a pas un seul commerçant dans la pensée duquel il vienne de soutenir que vous avez le droit de discéder de notre marché avant la dégustation, ou de vous appuyer sur votre goût individuel pour dire que mes eaux-de-vie ne sont pas loyales; autrement le négoce des liquides ne serait pas possible.

Quelle en est la raison? C'est qu'il ne s'agit pas ici d'une affaire de goût entre le vendeur et l'acheteur; c'est que vous n'êtes pas maître de trouver ces eaux-de-vie bonnes ou mauvaises, suivant votre caprice; c'est que leur qualité marchande est un fait indépendant de tout ce que vous pourrez en dire suivant votre plus ou moins d'expérience dans l'appréciation de ces sortes de liquides; c'est qu'il a été évidemment convenu ou sous-entendu entre les parties que des experts seuls pourraient fixer en dernier ressort la qualité de la chose (1), et que vous ne pouvez être dégagé de votre achat qu'autant qu'ils auront décidé que la marchandise n'est ni bonne ni loyale. On ne peut donc pas dire avec notre article qu'il n'y a pas vente; nous sommes placés dans une hypothèse différente de celle qu'il prévoit, puisque ce n'est pas vous, acheteur, qui êtes chargé de faire la dégustation.

C'est ce que reconnaît M. Pardessus (2); mais il ne donne pas la raison de cette opinion; il lui imprime même quelque chose de faux, en faisant entendre qu'on ne peut la motiver que sur la bonne foi qui doit présider aux opérations commerciales, et qui force à s'éloigner du principe posé par l'art. 1587. Je crois

(1) Voyez, par exemple, sur le mode de faire déguster les eaux-de-vie du Midi, un arrêt de Montpellier du 10 juillet 1829 (Dalloz, 31, 4, 117, 118). « Qu'en effet les sieurs Gayral auraient » procédé, suivant les usages généralement suivis par le com- » merce de Cette, par la voie intermédiaire des commissaires de » campagne, qui donnent les limites qui sont tracées par les com- » missaires-négociants, traitent avec les fabricants et les emmê- » nent avec les pièces esprit dont on traite la vente, devant le » magasin du négociant chargé de la commission, pour être sou- » mises à la vérification de la qualité desdits esprits, faite par » un inspecteur et un jaugeur juré, qui les déclare, s'il y a lieu, » bonnes marchandises, ou en signale les vices; et, une fois les » pièces reconnues bonnes, le marché est définitivement conclu, » et l'acheteur ne peut se refuser à les recevoir. »

(2) T. 2, p. 317.

avoir prouvé que la doctrine que j'ai exposée a sa base dans des règles générales certaines, et également applicables au droit civil et au droit commercial; seulement, dans le commerce, elles sont d'un usage plus fréquent, parce qu'ordinairement les spéculations sur les huiles, les vins et les eaux-de-vie n'exigent qu'une qualité marchande, qui se constate par experts.

2° On peut encore citer, comme cas auquel notre article est inapplicable, celui où il s'agit de vérifier la conformité du vin vendu et expédié avec des échantillons remis à l'acheteur; car c'est par des tiers experts que cette vérification doit être faite.

Un marchand de vin du Midi m'expédie sur ma demande dix pièces de vin de Lunel, et il remet au voiturier des échantillons de vin (1). Avant la dégustation, qui seule pourra établir s'il y a conformité entre le vin en pièce et le vin d'échantillon, et si la qualité de l'un et de l'autre est loyale, je ne pourrai pas dire qu'il n'y a pas vente; je ne pourrai pas renoncer au marché. Si je me refuse à y donner suite, mon vendeur pourra requérir la dégustation par des experts, seuls appelés à la faire, et me forcer à recevoir la chose, si la dégustation prouve que les vins fournis sont conformes aux échantillons. Tout ce que je pourrai dire, c'est que la vente n'est pas parfaite quand aux risques; qu'avant l'échéance de la condition, la propriété n'est pas transférée. Il faut donc désapprouver un considérant qu'on trouve dans un arrêt rendu par la cour de Metz, et qui, dans une espèce semblable à celle que je viens de poser, a cru devoir prendre l'art. 1586 comme règle de la matière (2). Cette cour s'est trompée en disant qu'il n'y a pas vente avant la dégustation. Au surplus, cette erreur est de peu d'importance; car il s'agissait

(1) Cette précaution se prend ordinairement pour empêcher que le voiturier ne détériore le vin.

(2) Arrêt du 20 août 1827 (D., 28, 2, 5).

de juger une question de risque dont la solution dépendait des principes généraux sur les conditions, et non de l'art. 1586, question qui, d'après les faits de la cause, fut décidée contre le vendeur.

3° Le commis-voyageur d'une maison de Bordeaux vient me proposer des vins de Médoc, et je le charge de m'expédier trois cents bouteilles, première qualité. On doit encore décider que mon goût individuel n'est pas la règle de la convention, car si le vin qui m'est envoyé est de première qualité, il n'est pas en mon pouvoir de ne pas le trouver bon; et si je nie qu'il soit de première qualité, les experts seuls en décideront. Dès le moment que nous avons déterminé la qualité que devait avoir le vin, je me suis enlevé tout recours en dernier ressort à mon goût individuel; car cette qualité a quelque chose de positif: elle ne dépend pas des caprices arbitraires des sens de l'acheteur.

4° Il en est de même lorsque, traitant de Nancy avec une maison de Bordeaux, je la charge de m'expédier deux cents bouteilles de Saint-Emilion, à 2 fr. la bouteille. Si les experts degustateurs établissent que le vin envoyé est loyal et marchand, et qu'il vaut son prix, je ne pourrai le refuser sous prétexte que je ne le trouve pas bon. Dès l'instant que j'ai demandé moi-même l'expédition du vin, j'ai évidemment renoncé à soumettre l'expéditeur aux décisions arbitraires de ma volonté; j'ai entendu me lier envers lui; il a été tacitement, mais forcément convenu que je prendrais la marchandise si la qualité était marchande (1).

On pourra décider par ces exemples quels sont les cas où l'art. 1586 doit recevoir sa pleine et entière application. Le plus souvent, l'usage et la nature des choses s'opposent à ce que l'acheteur reste juge souverain de la qualité de la chose vendue. Ce n'est en général

(1) V. *infra*, n° 101.

que lorsqu'il s'agit de marchés faits pour la consommation de l'individu, et quand la marchandise est sur les lieux, qu'on peut admettre qu'on s'en est rapporté à l'appréciation seule de l'acheteur.

101. Revenons maintenant à la question que j'indiquais tout à l'heure, et qui consiste à savoir sur qui tombent les risques dans une vente de choses qu'on est dans l'usage de goûter.

Et d'abord, lorsque l'on s'en est remis au goût privé de l'acheteur, il ne saurait y avoir le plus léger doute (1). Car, n'y ayant pas de vente, la propriété n'est pas transférée, et le vendeur supporte par conséquent la perte qui a lieu, pendant que l'acheteur n'a pas encore donné son agrément.

Mais en est-il de même lorsque le goût que la marchandise doit satisfaire est un goût loyal et commun, et que des arbitres sont juges en définitive de la qualité de la chose vendue?

L'affirmative me paraît certaine. En effet, quand l'acheteur a entendu, en traitant, que l'achat ne serait consommé qu'autant qu'un tiers se serait prononcé sur la qualité de la marchandise, la vente est conditionnelle, et, d'après le principe écrit dans l'art. 1182 du Code Napoléon, la perte retombe sur le vendeur *pendente conditione*. Tant que la dégustation n'a pas été faite, l'acheteur ne peut être présumé avoir voulu se charger du risque d'une chose dont la propriété n'est pas encore passée sur sa tête, et dont il est même incertain pour lui s'il deviendra propriétaire (2).

Néanmoins, s'il résultait des circonstances que la dégustation n'est pas une condition suspensive de la vente, et qu'elle n'est qu'un moyen de constater

(1) *Suprà*, n° 100. L. 4, § 1, *De peric. et com. rei venditæ*. Voët, *De peric. et com.*, n° 3. Pothier, n° 341. Despeisses, t. 4, p. 39, n° 30, col. 1.

(2) V. l'arrêt de Metz du 20 août 1827 (D., 28, 2, 5).

qu'il n'y a pas eu erreur sur la qualité, qui est substantielle (1), la perte retournerait sur l'acheteur, pourvu toutefois qu'il fût établi que la chose était de la qualité convenue. Ainsi, par exemple, si je prends livraison à Bordeaux de tant de vin de Médoc, de première qualité, que je n'ai pas goûté parce que j'ai eu confiance dans le vendeur, et qu'en route pour le rendre à Nancy, il s'en perde une partie, il est évident que je n'aurai pas de recours contre celui qui m'a vendu. A la vérité, je ne pourrai faire déguster ce vin par des experts, afin de savoir s'il n'y a pas eu erreur, et, dans le cas où la qualité serait inférieure, je serai fondé à laisser la totalité du marché pour le compte du vendeur. Ce serait l'application des principes rappelés ci-dessus sur l'erreur substantielle en matière de vente (2); mais si le vin était de la qualité convenue, la perte retomberait sur moi; car, en prenant livraison, je suis censé avoir renoncé à la dégustation, comme condition suspensive. J'ai exécuté la vente; je l'ai conduite à fin, j'ai exigé que le vendeur mît la chose à ma disposition, et dès lors je l'ai placé en dehors des termes de l'art. 1182 du Code Napoléon.

Puisqu'à moins de circonstances particulières, le péril repose sur la tête du vendeur, il suit de là que ce dernier a intérêt à ce que la dégustation se fasse le plus tôt possible.

S'il n'a pas été fixé de délai pour la dégustation, le vendeur peut, pour constituer l'acquéreur en demeure, lui faire une sommation portant que la dégustation sera faite dans tel jour, sinon que le marché sera exécuté purement et simplement (3), l'acheteur étant censé par son silence agréer la marchandise; ou bien que le vendeur sera déchargé de toute obli-

(1) *Suprà*, n° 13.

(2) *Loc. cit.*

(3) V. aussi M. Duranton, t. 16, n° 94.

gation, et pourra vendre la chose à un autre acquéreur (1).

Si un délai a été fixé, et que l'acheteur n'ait pas opéré la dégustation par sa faute, le vendeur est dégagé de toute obligation envers l'acheteur (2). Du reste, on ne doit pas suivre l'opinion de quelques jurisconsultes qui ont pensé que, faute par l'acheteur de déguster dans le temps fixé, le péril passait sur sa tête. Comment l'acheteur pourrait-il être responsable du risque, puisqu'il n'y a pas eu de vente parfaite (3)?

102. Alors même que c'est l'acheteur qui doit faire seul la dégustation (cas dans lequel notre article déclare qu'il n'y a pas vente, tant que l'acheteur n'a pas fait connaître son agrément), il ne faut pas croire que la vente soit tellement imparfaite, que le vendeur puisse s'en dédire tant qu'il n'y a pas eu dégustation et adhésion de l'acheteur. Ce n'est qu'à l'égard de ce dernier que la vente n'engendre pas encore un véritable lien de droit (4). Mais le vendeur s'est obligé à livrer la chose au cas qu'elle serait agréée : il doit donc tenir sa promesse. Il y a engagement à son égard. Il peut être contraint à le remplir (5).

On pourra opposer la loi du 13 au Code *De cont. empt.* portant : « *In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi..... obligatio nulla est; idcirco dominus invitus ex hujusmodi conventionione rem propriam... distrahere non compellitur.* »

Mais cette loi peut très bien se concilier avec notre doctrine. Elle se réfère au cas où la vente dépendrait

(1) *Infrà*, n° 117.

(2) L. 1, § dernier, *De peric. et com. venditæ*. L. 4, § dernier, *id.* Voët, sur ce titre, n° 3.

(3) Voët, *loc. cit.* Arg. de l'art. 1657 du Code Napoléon.

(4) C'est toujours en ce sens que Pothier et les autres auteurs parlent de l'imperfection de la vente.

(5) M. Ducaurroy, *Inst. explic.*, t. 3. p. 439. Arg. de la loi 4 *De peric. et com. rei venditæ*. *Suprà*, n° 97.

du pur arbitre de l'acheteur, dont la volonté n'aurait aucune règle ni aucune limite, et pourrait laisser toujours en suspens la perfection de la vente (1). Tel serait par exemple, le cas d'une vente ainsi conçue : « Je vous vends ma maison, si vous le voulez (2). » Il est évident qu'une telle convention ne serait pas sérieuse, et ne différerait en rien d'un simple pour-parler.

Mais, dans notre espèce, le vendeur a entendu s'engager, au cas que sa marchandise satisferait le goût de l'acheteur ; il a voulu entamer un marché sérieux, il a mis la chose à la disposition de l'acheteur pour la déguster ; il peut le constituer en demeure de se prononcer, et le forcer à prendre un parti. De son côté, l'acheteur a manifesté la volonté d'acheter, au cas que la marchandise lui plairait ; ce n'est pas comme dans la condition, *si vous le voulez*, qui laisse tout dans le vague, et le besoin de la chose, et la possibilité de l'acheter faute d'argent, et la convenance de l'acheteur. Ici, l'acheteur déclare qu'il a besoin de la chose, qu'il est à même de l'acheter, que le prix lui convient. Un seul point reste en suspens, c'est la qualité, qu'il s'agit de vérifier. Il est évident que, dans ce second cas, la volonté de l'acheteur est environnée de plus de limites que dans le premier, que la vente est sinon complète, du moins fort avancée, et qu'ainsi, y ayant un marché réel, le vendeur doit tenir tout ce qu'il a promis.

103. La preuve de la dégustation, fort importante, comme on le voit, pour régler les effets de la vente, dépend des circonstances.

On peut ordinairement supposer qu'elle a eu lieu, lorsque l'acheteur a pris livraison ; car il n'a pu re-

(1) Cujas, *Récit. Solem.*, sur la loi 7, *Dig. De cont. empt.* : « *Prohibetur enim emptio conferri in arbitrium contrahentis, quia obligatio semper penderet.* »

(2) L. 7, *Dig. Cont. empt.*

cevoir la chose que parce qu'il l'a agréée, et, s'il l'a agréée, c'est une preuve qui l'a dégustée préalablement, ou qu'il a renoncé à la dégustation (1).

Je vais chez un marchand de vin, et je lui achète cinquante bouteilles de vin de Bar, cachetées. Je les envoie prendre dans la journée. Mais, en ayant goûté plusieurs, je les trouve de mauvaise qualité, et je veux que mon marchand les reprenne. Je ne serai pas fondé dans ma prétention. Je dois m'imputer d'avoir conclu le marché sans dégustation préalable, et de l'avoir consommé et exécuté sans prendre mes précautions. En acceptant livraison, j'ai suffisamment déclaré que j'ai agréé la marchandise, telle qu'elle m'avait été présentée, et que j'ai voulu acheter *per aversionem*.

On demande à ce propos si, lorsque l'acheteur a marqué de son chiffre les tonneaux qui contiennent le vin vendu, il est censé l'avoir goûté et agréé.

Cette question a été examinée par Charondas dans les termes suivants :

» Un marchand achète plusieurs muids de vin, moyennant un certain prix pour chaque muid, dont il baille des arrhes et marque lesdits muids. Quelque temps après, il goûte lesdits muids, qu'il trouve gâtés et ne veut pas les prendre. Le vendeur maintient qu'il les a achetés, et comme siens les a marqués, et partant que c'est à l'acheteur à porter le dommage. L'acheteur allègue toutes les raisons du droit romain, qu'il n'est tenu du danger *ante degustationem et mensuram*, etc.

» J'ai répondu que le vin, qui est dans les muids, ne se vend en France, comme à Rome, *in dolis ut undè vinum effundatur, sed videtur potius aversione vendi*, TELLEMENT QU'IL EST À PRÉSUMER QUE L'ACHETEUR A GOUTÉ LESDITS VINS ET S'EST CONTENTÉ, dès lors qu'il les a marqués. *Vinum in specie emit*.

(1) *Suprà*, n° 101.

» Et est de cette opinion Paul de Castro, *In leg. 2. Code De peric. et commod.*, avec plusieurs autres docteurs, laquelle est plus probable selon la pratique de France, parce qu'on n'y vend pas le vin à la mesure, mais bien à la pièce. Ainsi fut jugé contre l'acheteur par arrêt du 11 mai 1548 (1).

Il y a deux choses dans cette espèce jugée par le parlement de Paris : 1° la vente était-elle faite en bloc ou à la mesure? 2° la condition de dégustation était-elle censée accomplie, parce que les tonneaux avait été marqués comme siens par l'acheteur?

À l'égard de la première question, je ne saurais partager l'opinion de Charondas, qui, comme on le voit ici, et comme on l'a vu ci-dessus, était fort facile à voir des ventes *per aversionem* là où il n'y avait que des ventes à la mesure (2). Il est certain qu'une vente de tant de muids de vin, à tant le muid, est une vente dont la perfection dépend du mesurage.

Quand à la seconde question, qui est tout-à-fait indépendante de celle-ci, je me range à l'opinion de Charondas et à l'arrêt du parlement de Paris. Il est difficile de supposer que l'acheteur eût marqué les tonneaux, objet du marché, s'il ne s'en fût pas considéré comme propriétaire, et si par conséquent il n'eût goûté les vins qu'ils contenaient.

Je sais bien qu'Ulpien, dans la loi 1, § 2, *Dig. De cont. empt.*, pense que la marque apposée par l'acheteur aux tonneaux n'est pas un indice suffisant de tradition de la chose (3), et qu'il se réunit à Labéon pour combattre le jurisconsulte Trebatius qui y voyait une preuve de la consommation de la vente; c'est sur le fondement de cette loi que Cujas (4) dé-

(1) L. 7, c. 77, p. 222.

(2) N° 90.

(3) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 512, n° 18. Voët, *De peric et com. rei vend.*, n° 3.

(4) Sur la loi 74, *Dig. De cont. empt.*. Dans les définitions de Papinien, t. 4, p. 1278, col. 2.



cide que la marque apposée sur les vases vinaires ne fait pas supposer la dégustation. Mais il y a beaucoup de choses à dire contre cette doctrine d'Ulpien, et j'aimerais mieux celle de Trebatius (1). Ulpien croit tout expliquer en disant que l'acheteur a moins voulu prendre livraison que se précautionner contre la substitution d'un tonneau à un autre. Cependant ne peut-on pas dire que l'intérêt de l'acheteur à prévenir un échange clandestin de la chose vient précisément de ce qu'il a goûté le liquide, qu'il l'a trouvé tel qu'il le désire, qu'il le considère comme à lui? Aurait-il pris une pareille précaution pour des tonneaux dont il n'aurait pas vérifié le contenu par une dégustation préalable (2)?

Je persiste avec d'autant plus de confiance dans cette opinion que dans la loi 14, § 1, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, le jurisconsulte Paul considère comme preuve de tradition et de consommation de la vente la marque que l'acheteur met sur des poutres (*trabes*) qu'on lui a vendues. N'y a-t-il pas même raison de décider? Les jurisconsultes qui ne veulent pas voir d'antinomie dans le *Corpus juris* ont voulu concilier la loi 1, § 2, avec la loi 14, § 1, en disant que, dans la dernière loi, il s'agit de choses difficiles à déplacer et dont la marque serait inutile sous tout autre rapport que celui de la prise de possession, tandis que dans la seconde il s'agit d'objets dont le déplacement est facile (3). Mais je ne sais si cette explication est bien satisfaisante; car les vaisseaux vinaires que les Romains appelaient *dolia* étaient fort

(1) Brunemann croit aussi que la marque apposée par l'acheteur est un signe de tradition. (Sur la foi finale, D. *De peric. et com.*, n. 62.)

(2) M. Duranton énonce aussi cette opinion, mais sans la discuter et sans indiquer les difficultés dont elle est environnée, t. 16, n. 96.

(3) Pothier, Pand., sur la loi 14, § 1.

grands, et s'enfouissaient en terre, comme Pline l'ancien nous l'apprend (1).

Au surplus, l'opinion que je propose trouve un solide appui dans l'art. 142 de la nouvelle coutume d'Auxerre. « Et après le vin vendu bien et dûment » rempli pour une fois, en présence du marchand et » courretier, ne sera tenu le vendeur y fournir par » après ni bailler autre remplage... APRÈS QU'IL AURA » ÉTÉ MARQUÉ, mais demeurera dès lors au péril et fortune du marchand acheteur, supposé qu'il soit encore » en cave et possession du vendeur. » On voit par ce texte que, dans les usages des marchands de vin français, la marque est un signe de tradition, de prise de possession, qui n'est apposé qu'autant que la vente est consommée. Or, on ne prend tradition d'une chose qu'autant qu'on l'agrée, et l'agrément fait supposer la dégustation, ou, si l'on veut, la renonciation à la dégustation. Pour faire fléchir cette présomption si grave et si vraisemblable, il faudrait des circonstances particulières, dont l'appréciation dépend de la sagacité des magistrats.

104. Lorsque la dégustation ne doit pas se faire par des experts, et que l'acheteur déclare ne pas agréer la chose, il n'a pas à rendre compte de son refus (2). *Improbare liceat*, dit Paul, dans la loi 34, § 5, Dig. *De cont. empt.*, et notre article ne fait nullement entendre qu'il y ait lieu à critiquer sa désapprobation. On pourra objecter que cette décision est contraire à la loi 22, § 1, Dig. *De regulis juris*, portant : « Ubi cumque, in bonæ fidei judiciis, confertur » in arbitrium domini, vel procuratoris ejus, conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse (3). » Mais

(1) Liv. 14, c. 27.

(2) Connanus, lib. 7, cap. x, p. 130, col. 2, s'explique ainsi : *Cum liceret ei illam renicere et emptionem inchoatam potius quam factam abrumpere*. M. Delvincourt, t. 3, 124, notes.

(3) V. aussi la loi 7, Dig. *De cont. empt.*

il faut faire attention que, dans la vente avec dégustation par l'acheteur, la convenance de ce dernier, qui est la seule chose qu'on consulte, se règle sur son goût, qui n'est pas susceptible de controverse possible. Comment le vendeur pourrait-il prouver que l'acheteur a eu ou non juste sujet de refuser? Le goût d'un individu, relativement à des choses qui servent d'aliment, peut-il être critiqué ou contrôlé?

ARTICLE 1588.

La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.

SOMMAIRE.

405. De la vente à l'essai. La condition d'essai doit être expresse; elle ne se suppose pas.
406. Dans le droit romain, la vente à l'essai était tantôt faite avec condition résolutoire, tantôt faite avec condition suspensive, suivant les cas.
407. Cependant Pothier, généralisant une espèce particulière prévue par Ulpien, fit passer en jurisprudence que la vente avec condition d'essai était toujours présumée résoluble. Cette erreur entraîna les rédacteurs du Code Napoléon dans une erreur contraire. Ils ont posé dans l'art. 1588 une présomption forcée. Tout devrait dépendre de la convention.
408. Dans la vente conditionnelle à essai, le vendeur est lié. Mais l'acheteur n'a pas de lien de droit. Mauvaise rédaction de l'art. 1588. Son antinomie apparente avec l'art. 1586. Conciliation.
409. Quand il y a délai préfix pour faire l'essai, l'acheteur ne doit pas le dépasser. Conséquences de son défaut d'approbation. *Quid* en matière commerciale? *Quid* s'il n'y a pas de délai préfix?
410. L'acheteur doit user loyalement de la chose à lui livrée pour faire l'essai. Il ne doit en tirer aucun parti. Sans quoi, il serait censé agréer l'objet vendu.
411. Pendant le temps de l'essai, l'acheteur n'est pas responsa-

ble de la force majeure. Mais il doit veiller sur la chose en bon père de famille.

412. La faculté d'approuver la chose n'est pas personnelle. Dissentiment avec Voët.
413. L'agrément de l'acheteur ne donne pas à la vente un effet rétroactif. La raison en est qu'auparavant la vente n'existait pas à son égard. Application de ceci au cas de faillite.

COMMENTAIRE.

405. Notre article s'occupe de la vente à l'essai, qui a un grand rapport avec la vente avec dégustation.

Il y a des choses qu'on ne se décide à acheter qu'après les avoir essayées, par exemple, un cheval (1), une pendule, une montre (2), une machine, etc. La condition d'essai doit être expresse et sortir de la convention même. La loi ne la sous-entend pas de plein droit.

406. Dans le droit romain, on s'attachait aux termes dont s'étaient servis les parties pour savoir si la condition d'essai était suspensive ou résolutoire (3). Ainsi, par exemple, dans une vente ainsi formulée: « Je vous vends mon cheval, à condition que, si vous n'en êtes pas content, la vente sera considérée comme non avenue », on voyait une vente soumise à une condition résolutoire. « *Si res ita, distracta sit ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione (4).* » En effet, le mot *inempta* impliquait l'existence d'une vente et son anéantissement ultérieur.

Il en était de même dans une vente portant la stipulation suivante: « *Si quid ita venierit, ut nisi pla-*

(1) L. 20, § 1, *De prescript. verbis*.

(2) Pothier, Vente, n° 265.

(3) Cujas, sur la loi 3, *De cont. empt.*

(4) Ulp., l. 3, Dig. *De cont. empt.* Diocl. et Maxim., l. 4, C. *De adilit. edicto*.

il faut faire attention que, dans la vente avec dégustation par l'acheteur, la convenance de ce dernier, qui est la seule chose qu'on consulte, se règle sur son goût, qui n'est pas susceptible de controverse possible. Comment le vendeur pourrait-il prouver que l'acheteur a eu ou non juste sujet de refuser? Le goût d'un individu, relativement à des choses qui servent d'aliment, peut-il être critiqué ou contrôlé?

ARTICLE 1588.

La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.

SOMMAIRE.

405. De la vente à l'essai. La condition d'essai doit être expresse; elle ne se suppose pas.
406. Dans le droit romain, la vente à l'essai était tantôt faite avec condition résolutoire, tantôt faite avec condition suspensive, suivant les cas.
407. Cependant Pothier, généralisant une espèce particulière prévue par Ulpien, fit passer en jurisprudence que la vente avec condition d'essai était toujours présumée résoluble. Cette erreur entraîna les rédacteurs du Code Napoléon dans une erreur contraire. Ils ont posé dans l'art. 1588 une présomption forcée. Tout devrait dépendre de la convention.
408. Dans la vente conditionnelle à essai, le vendeur est lié. Mais l'acheteur n'a pas de lien de droit. Mauvaise rédaction de l'art. 1588. Son antinomie apparente avec l'art. 1586. Conciliation.
409. Quand il y a délai préfix pour faire l'essai, l'acheteur ne doit pas le dépasser. Conséquences de son défaut d'approbation. *Quid* en matière commerciale? *Quid* s'il n'y a pas de délai préfix?
410. L'acheteur doit user loyalement de la chose à lui livrée pour faire l'essai. Il ne doit en tirer aucun parti. Sans quoi, il serait censé agréer l'objet vendu.
411. Pendant le temps de l'essai, l'acheteur n'est pas responsa-

ble de la force majeure. Mais il doit veiller sur la chose en bon père de famille.

412. La faculté d'approuver la chose n'est pas personnelle. Dissentiment avec Voët.
413. L'agrément de l'acheteur ne donne pas à la vente un effet rétroactif. La raison en est qu'auparavant la vente n'existait pas à son égard. Application de ceci au cas de faillite.

COMMENTAIRE.

405. Notre article s'occupe de la vente à l'essai, qui a un grand rapport avec la vente avec dégustation.

Il y a des choses qu'on ne se décide à acheter qu'après les avoir essayées, par exemple, un cheval (1), une pendule, une montre (2), une machine, etc. La condition d'essai doit être expresse et sortir de la convention même. La loi ne la sous-entend pas de plein droit.

406. Dans le droit romain, on s'attachait aux termes dont s'étaient servis les parties pour savoir si la condition d'essai était suspensive ou résolutoire (3). Ainsi, par exemple, dans une vente ainsi formulée: « Je vous vends mon cheval, à condition que, si vous n'en êtes pas content, la vente sera considérée comme non avenue », on voyait une vente soumise à une condition résolutoire. « *Si res ita, distracta sit ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione* (4). » En effet, le mot *inempta* impliquait l'existence d'une vente et son anéantissement ultérieur.

Il en était de même dans une vente portant la stipulation suivante: « *Si quid ita venierit, ut nisi pla-*

(1) L. 20, § 1, *De prescript. verbis*.

(2) Pothier, Vente, n° 265.

(3) Cujas, sur la loi 3, *De cont. empt.*

(4) Ulp., l. 3, Dig. *De cont. empt.* Diocl. et Maxim., l. 4, C. *De adilit. edicto*.

» cuerit, intra præfinitum tempus, redhibeatur (1). » Car il n'y avait de réhibition que là où il y avait eu vente consommée.

Au contraire, c'était une vente conditionnelle qu'un marché ainsi conçu : « Si Stichus intra certam diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot (2). » Les termes indiquaient une condition suspensive du contrat.

Ces sortes de ventes à l'essai étaient aussi fréquentes chez les Romains qu'elles le sont chez nous (3). Mais on voit, par la réserve des jurisconsultes romains à décider si elles étaient seulement conditionnelles ou résolubles (4), que, dans leur idée, tout dépendait des termes de la convention, et qu'ils n'avaient jamais songé à vouloir assigner de plein droit à la condition d'essai un effet plutôt résolutoire que suspensif, ou plutôt suspensif que résolutoire.

107. Mais il est arrivé que Pothier, malgré sa profonde connaissance des lois romaines, a mal saisi la décision d'Ulpien, contenue dans la loi 3, au Dig. *De cont. empt.*, et que, généralisant une opinion déterminée chez l'écrivain romain par les expressions spéciales de la stipulation qu'il devait juger, il a cru que, dans le droit des Pandectes, toutes les ventes à l'essai étaient censées contenir une condition résolutoire et non pas une condition suspensive (5).

Les rédacteurs du Code Napoléon trouvèrent ce

(1) L. 34, § 22, *De ædil. edict.*

(2) Inst., § 4, *De empt. vendit.*

(3) L. 20, et § 1, 2. L. 17, Dig. *De præscript. verbis.* L. 43, § 1, Dig. *Commod.*

(4) Voir, par exemple, la loi 20, § 1, D. *De ædil. edicto.*

(5) Vente, n° 266. M. Delvincourt est tombé dans la même erreur, t. 3. M. Dalloz dit (v° Vente, n° 30, p. 854) que Pothier, ainsi que l'ancienne jurisprudence, tenait la vente à l'essai comme vente avec condition suspensive. On voit que c'est tout le contraire.

préjugé établi par la grande autorité de Pothier. Sans en examiner l'origine, ils ne s'arrêtèrent qu'à ce qu'il y avait de trop exclusif et de forcé dans le résultat auquel il aboutissait. Mais, pour combattre une exagération, ils tombèrent dans une autre. Croyant qu'il fallait absolument qu'une présomption légale dominât la vente à l'essai, ils en créèrent une à leur tour, et substituèrent à la condition présumée résolutoire de Pothier une condition présumée suspensive. Le mieux eût été de mettre de côté tous les jugements *a priori*, d'imiter les jurisconsultes romains dans leur sage réserve, et de laisser la loi neutre sur un point qui ne saurait dépendre que de la convention des parties. Au surplus, puisqu'il a été reconnu, lors de la rédaction de notre article, qu'il pouvait y être dérogé par la stipulation (1), le magistrat aura toute latitude pour interroger l'intention des contractants, et pour y ramener l'interprétation de la convention (2).

108. Dans la vente faite avec la condition suspensive d'essai (ce cas est le plus fréquent), le vendeur est lié conditionnellement envers l'acheteur. Il est tenu de remplir ses promesses, si ce dernier agréé la chose. Au contraire, l'acheteur reste libre de prendre ou de ne pas prendre pour le prix convenu l'objet dont il a traité (3). On ne peut pas dire qu'il y ait un véritable lien de droit à son égard, puisqu'en déclarant que la chose ne lui convient pas, il est maître de se dégager.

Il n'y a donc pas vente parfaite dans une vente

(1) Discussion au Trib. (Fenet, t. 44, p. 86.)

(2) M. Pardessus entre dans ce système; mais il a le tort de le croire propre aux matières commerciales seulement. T. 2, p. 318. — V. aussi M. Marcadé sur l'art. 1588, n° 9. V. encore MM. Duvergier, t. 1, n° 100, Delamarre et Lepoitevin, t. 3, n° 162.

(3) M. Ducaurroy, sur les Inst., t. 3, p. 439, n° 1042.

faite sous condition suspensive d'essai. Nous ne pourrions que répéter ici les observations que nous avons faites sur la vente avec dégustation par l'acheteur (1); car nous ne voyons aucune différence entre l'une et l'autre.

A en juger cependant par les termes de notre article, on pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il y a une nuance; car, lorsque le législateur traite des ventes avec dégustation dans l'art. 1586, il dit *qu'il n'y a pas vente* tant que l'agrément de l'acheteur n'est pas donné; disposition qui est aussi absolue que possible et ne permet pas même de dire qu'il y a vente sous condition (2). Au contraire, en s'occupant, dans l'art. 1587, de la vente à l'essai, il prononce le mot de *vente*, il qualifie un pareil marché de *vente*, il dit que c'est une vente faite sous condition suspensive.

Serait-il donc vrai qu'il n'y eût pas vente dans la vente avec dégustation par l'acheteur, avant la dégustation et l'approbation de l'acheteur, et qu'il y eût vente dans le marché avec condition suspensive d'essai avant l'agrément de l'acheteur?

Non, sans doute. Il n'y a pas même une véritable vente conditionnelle; car, dans un contrat avec condition suspensive, les deux parties ne peuvent se dégager (3); au lieu qu'ici l'acheteur peut discéder du marché en disant que la chose ne lui plaît pas. Le législateur aurait en vain épuisé toute son autorité: il n'était pas en son pouvoir d'établir une distinction raisonnable entre la vente avec dégustation et la vente avec condition suspensive d'essai. L'essai et la dégustation sont deux conditions de même genre, ayant le même but et produisant le même effet.

Mais hâtons-nous de dire que le législateur n'a pas voulu créer une distinction qui ne serait qu'une an-

(1) Nos 97, 102, 104.

(2) *Suprà*, n. 97.

(3) *Suprà*, nos 54, 55.

tinomie entre l'art. 1586 et l'art. 1587. Son intention n'a été que de condamner l'opinion de Pothier, qui voyait dans la vente à l'essai une vente avec condition résolutoire. C'est là ce qui l'a forcé à parler de condition et à qualifier de suspensive une modalité que, dans l'ancienne jurisprudence française, on considérait comme résolutoire. Seulement, en formulant sa pensée, il s'est servi d'expressions qui la rendent d'une manière inexacte, et jettent quelque louche sur l'article 1587 combiné avec l'article 1586. Ainsi donc, la condition d'essai suspend la vente; elle la suspend non-seulement en ce sens que la propriété reste au vendeur, mais encore en ce sens que l'acheteur n'est pas lié irrévocablement. Dès lors on peut conclure qu'il n'y a pas vente véritable et parfaite, que le contrat est boiteux, et qu'il règne une parfaite conformité entre le sens des articles 1586 et 1587 (1).

109. Lorsque le délai nécessaire pour faire l'essai est précisé dans la convention, l'acheteur ne doit pas le dépasser. S'il le laisse écouler, la condition suspensive ne s'étant pas vérifiée, le traité s'évanouit (2). L'acheteur ne pourrait se faire relever; car c'est une maxime certaine que *conditio semel defecta non restauratur*; et remarquez que la déchéance de l'acheteur serait opérée de plein droit. C'est la disposition de l'article 1176 du Code Napoléon.

Si la condition d'essai était résolutoire, l'art. 1176 conduirait au même résultat (3); car cet article est général et s'applique à toutes les conditions. L'ache-

(1) Voyez Pothier, Vente, n° 267, *in fine*. Il ne considère pas comme parfaite la vente faite avec condition suspensive d'essai. Il dit même : *qu'il n'y a pas encore de vente*. « M. Duranton, dont je ne connaissais pas l'opinion quand j'ai écrit ceci, dit également que la condition d'essai est purement potestative, du côté de l'acheteur. T. 16, n° 69.

(2) *Suprà*, n° 58.

(3) Pothier enseigne la même doctrine, n° 265.

teur serait donc déchu, et la vente deviendrait pure et simple.

En matière de commerce, celui qui laisse écouler le délai fixé dans la convention, sans faire connaître son sentiment sur la chose qu'il a prise à essai avant de l'acheter, est ordinairement condamné à la garder, soit par forme de dommages et intérêts, soit par l'effet de la présomption qu'il l'a agréée (1). Car, dans le commerce, l'intérêt dominant, c'est la circulation de la marchandise, qui ne doit jamais rentrer dans les magasins du vendeur, sans de graves motifs, attendu qu'il en résulte pour lui un grand préjudice. Les présomptions se tournent donc vers le maintien du traité plutôt que vers sa dissolution.

Lorsque la convention ne fixe pas de délai pour l'essai, il faut distinguer si elle est conditionnelle ou résoluble.

Dans ce dernier cas, le droit romain fixait à soixante jours le temps dans lequel l'acheteur pouvait demander la résolution du contrat (2), à moins que les parties ne fussent convenues *ut in perpetuum redhibitio fiat* (3), ce qui était licite, par la raison que la résolution d'un contrat peut rester indéfiniment suspendue. Parmi nous, ce temps est laissé à l'arbitrage du juge. Il doit être court (4).

Dans le cas où le marché est conditionnel, l'on pourra, suivant les circonstances, ou décider que l'acheteur a approuvé, par son silence prolongé, la chose qui lui a été donnée à essai, ou le forcer, par le ministère du juge, à se prononcer dans un bref délai.

440. L'acheteur doit user loyalement de la chose li-

(1) M. Pardessus, t. 2, p. 318.

(2) L. 34, § 22, Dig. *De ædil. edict.* Pothier, Vente, n° 266.

(3) L. 34, § 22, Dig. *De ædil. edict.* Ulpien.

(4) Pothier, id. Arg. de l'art. 1648. Car ici il s'agit d'une réhibition conventionnelle (Pothier, Pand., t. 4, p. 603, n° 91).

vrée à essai. Il ne doit pas s'en servir pour des usages extraordinaires. Par exemple, si je vous donne à essai un cheval que vous devez m'acheter, vous ne devez ni l'employer aux courses publiques (1), ni le donner à louage, ni en tirer aucun profit. Car il n'est permis à quelqu'un d'exploiter dans un but de lucre la chose vendue qu'autant qu'elle est à ses risques. « Neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquam periculo ejus sit (2). » En s'en servant comme de sa chose propre, l'acheteur pourrait faire présumer qu'il l'a agréée et que la vente est consommée.

441. Pendant le temps de l'essai, l'acheteur n'est pas responsable de la force majeure (*vis ignis aut alia vis major*) (3). Mais il doit veiller à la chose en père de famille (4). « Si cui inspiciendum dedi sive ipsius causâ, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandum esse dico, propter utilitatem; periculum, non: si verò meî duntaxat causâ datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedet (5). »

442. La faculté d'approuver la chose donnée à l'essai est-elle personnelle, de telle sorte qu'elle ne passe pas aux héritiers de l'acheteur?

Voët répond affirmativement à cette question: « Vi deturque arbitrium illud declarandi voluntatem personale esse, ideòque morte ejus, qui velle debet, evanescere, nec ad hæredem emptoris transmitti, qui proinde nec perfectam venditionem suæ voluntatis declaratione infirmare, nec imperfectæ et ex conditione suspensæ perfectionem petere aut

(1) L. 20, § 4, Dig. *De præscript. verbis.*

(2) Pompon., l. 43, § 1, *Commodati.*

(3) Ulp., l. 17, § 4, Dig. *De præscript. verbis.* — V. MM. Duvergier, n° 104, et Massé, droit commercial, t. 4, n° 380, 384.

(4) Ulp., l. 20, § 2, et l. 17, § 4, Dig. *De præscript. verbis.*

(5) L. 47, § 2, Dig. *De præscript. verbis.* Voët, *De cont. empt.*, n° 26.

» eam suæ voluntatis significatione perficere potest (1). »

Mais je crois que cette décision ne saurait être suivie. Dans un marché à essai, rien ne prouve qu'il ait été entendu que l'approbation serait un droit personnel à l'acquéreur. Il me paraît plus conforme à la nature des choses de dire que l'héritier de l'acquéreur peut profiter du marché.

Voët se fonde sur des textes qui me paraissent peu concluants.

Les 65, § 1, Dig. *De legat.*, 1, et 69, Dig. *De cond. et demonstr.*, ne parlent que du cas où le testateur a donné une chose à un tel, s'il la veut. On comprend qu'il en soit ainsi en matière de disposition à titre gratuit, parce que l'on peut facilement supposer que celui qui donne n'a en vue que la personne du légataire, et non celle de l'héritier de ce légataire; mais une telle présomption serait, à mon avis, tout-à-fait forcée si on l'appliquait à un marché dans lequel le but du vendeur a été, non de rendre un service, non de procurer un avantage personnel, mais de se défaire de sa chose sans considération de personnes, et peu importe au profit de qui.

La loi 4 au Dig. *Locati*, que cite encore Voët, ne me paraît pas plus décisive. Dans ce texte, Pomponius suppose qu'un bail a été fait avec cette condition insolite, qu'il durera tant qu'il plaira au locataire; et il décide qu'à la mort de ce dernier, le bail est dissous. Rien en effet de plus juste que cette solution; car, dès le moment que le locataire est décédé, il n'y a plus de volonté de sa part pour prolonger le bail. Sa mort met donc une fin nécessaire au contrat, et dès lors son héritier ne peut plus le reprendre. On conçoit d'ailleurs que le bailleur ne se soit décidé à l'admission d'une clause pareille que par considération pour la discrétion du locataire, ou par affection pour

(1) *De cont. empt.*, n° 26.

lui, ou pour lui rendre service, mais qu'il n'ait pas de tels sentiments à l'égard de son héritier. Or, peut-on dire qu'il en soit de même lorsqu'il s'agit de vente à l'essai?

Le décès ou la faillite de l'acheteur n'empêcheront donc pas son héritier ou ses créanciers d'agréer la chose et d'exiger que la vente porte son effet.

113. Remarquez que l'agrément de l'acheteur ne donne pas à la vente un effet rétroactif au jour où le vendeur a fait ses offres. L'événement de la condition suspensive ne rétroagit qu'autant qu'il y a engagement de part et d'autre, et que la convention est réciproquement liée. Mais lorsqu'il n'y a engagement que du côté du vendeur, et que l'acheteur est libre de se départir, il n'en est pas de même: il n'y a vente parfaite que lorsque l'acheteur a consenti; auparavant, la vente n'existait pas, et l'événement de la condition ne peut faire qu'il y ait eu contrat à une époque où il n'y avait pas consentement synallagmatique (1).

Ainsi, Pierre, mécanicien, traite avec Paul, négociant, d'une machine à vapeur, pour tisser, sous condition que ce dernier l'essaiera, et fera connaître son sentiment dans le délai de trois mois.

Pendant ce temps, Paul tombe en faillite; mais ses syndics, croyant qu'il est utile pour la masse d'acheter cette machine qui fonctionne bien, font connaître à Pierre qu'ils l'agréent. Il ne faut pas croire que les syndics pourront faire supporter une perte sur le prix au vendeur, sous prétexte qu'il a contracté avant la faillite. Pierre n'a vendu qu'à la masse, ce sont les syndics seuls qui, depuis la faillite, sont venus ajouter leur consentement à celui de Pierre qui jusque-là était resté seul. Si donc la masse veut profiter de la chose, elle doit en payer le prix intégral.

(1) Il faut, en effet, combiner l'art. 1587 avec l'art. 1586. V. *infra*, n° 123.

ARTICLE 1589.

La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

SOMMAIRE.

114. Préjugés répandus sur les promesses de vente. Nécessité de remonter au système des anciens jurisconsultes. Deux sortes de promesses de vente. Les promesses unilatérales, les promesses synallagmatiques.
115. La première sorte de promesse est la seule dont Pothier se soit occupé. La promesse unilatérale était considérée comme obligatoire. Mais divergence sur la portée de cette obligation. Exposé des opinions à cet égard. Elles ont toutes été ignorées par la cour d'Angers, qui a rendu, sur la force obligatoire des promesses unilatérales de vendre, un arrêt entièrement contraire à la vérité.
116. *Quid* sous le Code Napoléon? Réfutation de M. Merlin et d'un arrêt de Lyon, qui pensent que le Code rejette les promesses unilatérales de vendre.
117. Résultats de la promesse unilatérale de vendre. *Quid* quand il y a limitation de temps pour passer contrat? *Quid* quand il n'y en a pas? Quand les parties sont-elles censées avoir renoncé à la promesse?
118. La promesse unilatérale doit être faite avec fixation de prix. Préférence d'une opinion de Voët sur celle de Pothier.
119. Les variations ultérieures dans le prix ne doivent pas influencer sur le marché.
120. Mais le promettant pourra retenir l'acree dont la chose s'est augmentée depuis la promesse.
121. La détérioration survenue après la promesse n'est pas un motif de réduction du prix.
122. Pendant le délai, le promettant peut user de la chose et la louer de bonne foi.
123. La vente qui suit la promesse ne remonte pas à l'époque de la promesse. Dissentiment avec M. Duranton.
124. Il ne faut pas confondre les pourparlers avec la promesse

- de vendre, et réciproquement. Erreur de la cour d'Angers. Mot de Bretonnier sur la jurisprudence des arrêts.
125. Des promesses de vente synallagmatiques. Leur effet dans l'ancienne jurisprudence. Variété d'opinions et obscurité. Célébrités aujourd'hui oubliées. Mot piquant de Bretonnier sur les magistrats de son temps. Distinction fameuse de Dumoulin sur les promesses de vente synallagmatiques. Henrys l'adopte.
126. Mais cette distinction est peu concluante. Elle suppose que la vente est actuelle et que la promesse ne porte que sur la passation du contrat.
127. Preuves à cet égard.
128. Nouvelle source de confusion, provenant d'une logomachie des auteurs, qui disent qu'une promesse de vente équivaut à vente, en ce sens qu'elle force à passer contrat, et que le promettant n'en est pas quitte pour des dommages et intérêts.
129. Conclusion sur ce qu'on appelait promesse de vente synallagmatique dans l'ancienne jurisprudence.
130. C'est sous l'empire de la double confusion dont il vient d'être parlé qu'a été conçu l'art. 1589. Aussi faut-il en restreindre singulièrement la portée. Preuve à cet égard. Ainsi la promesse de vente ne transfère pas la propriété, comme la vente. Dissentiment avec M. Duranton.
131. Mais sous tous les autres rapports, la promesse synallagmatique de vente vaut vente.
132. Elle est susceptible des mêmes conditions que la vente. Il est même assez ordinaire qu'elle soit conditionnelle. Critique d'un arrêt de Grenoble, relatif à la condition *si je me décide à aliéner*.
133. La promesse de vendre peut être à terme.
134. De la renonciation respective des parties à la promesse de vente et de ses effets à l'égard des tiers. Dissentiment avec M. Duranton. Du cas où celui à qui la promesse a été faite est en retard de passer le contrat.

COMMENTAIRE.

114. Le sens de notre article ne peut être mis dans tout son jour, si l'on ne jette un coup d'œil sur la théorie que les auteurs antérieurs au Code Napoléon ont donnée des promesses de vente. Cet examen

détruira, j'espère, les fausses idées que je trouve répandues sur ce point de notre droit civil (1).

Ces jurisconsultes distinguaient deux sortes de promesses de vente.

La première, qui était unilatérale, et par laquelle une partie seule s'obligeait envers l'autre à lui vendre une certaine chose, si elle le requérait.

La seconde, qui était synallagmatique, et par laquelle l'une des parties s'obligeait à vendre et l'autre à acheter moyennant un prix convenu, de telle sorte qu'il ne restât plus qu'à passer acte de la vente ainsi préparée.

115. La première espèce de promesse de vente est la seule dont se soit occupé Pothier, dans le chapitre intitulé *des promesses de vente* (2). On peut s'en convaincre en lisant la définition qu'il donne de la promesse de vente, et surtout ce passage emprunté au n° 479 : « Le contrat de vente est un contrat synallagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige envers l'autre ; mais la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage ; celui à qui la promesse est faite ne contracte aucune obligation. »

Trois opinions s'étaient formées dans l'ancien droit sur les promesses unilatérales ; mais (remarquons-le bien) toutes s'accordaient en ce que ces promesses étaient obligatoires ; il n'y avait de divergence que sur la portée de l'obligation.

Les uns pensaient que la promesse de vendre ne pouvait donner lieu qu'à des dommages-intérêts, en cas d'inexécution. Celui qui promet de vendre, disait-on, ne vend pas encore, pas plus que celui qui promet de se marier ne contracte actuellement mariage. Une telle promesse est une obligation de faire, qui se

(1) Je reviens la dessus dans mon Commentaire de la transcription n° 52 et 53.

(2) N° 477, Vente.

résout toujours en dommages et intérêts. *Nemo ad factum præcisè tenetur* (1).

D'autres allaient plus loin. Ils voulaient que le promettant fût tenu de satisfaire à sa parole, en passant contrat. De ce nombre était Pothier. Il décidait que celui au profit de qui la promesse était faite pouvait obliger précisément le promettant à l'accomplir, en faisant ordonner que, faute par lui de passer contrat, la sentence en tiendrait lieu et servirait de titre pour saisir la chose et s'en mettre en possession.

C'est ce qu'avait jugé le parlement de Paris, par arrêt du 28 mai 1658, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Talon (2).

Cette opinion était incontestablement meilleure que la précédente. L'objection *Nemo præcisè potest cogi ad factum*, consacrée par l'art. 1162 du Code Napoléon était sans fondement. Car cette maxime n'est applicable que lorsqu'il s'agit de faits corporels, que nul autre que l'obligé ne peut accomplir, par exemple de faire un tableau. Mais, à l'égard des faits dans lesquels l'intervention du débiteur peut être suppléée par une intervention étrangère, la maxime cesse d'être applicable. Or, le fait qui est l'objet d'une promesse de vente peut se suppléer par un jugement (3).

Enfin une troisième opinion faisait un pas de plus : elle voulait que celui au profit de qui la promesse était faite pût, en offrant le prix convenu, demander *rectà viâ* que le promettant consommât la vente en lui faisant délivrance de la chose (4).

(1) Philippe Dèce, dont l'opinion est rapportée dans Tiraqueau, *De ret. convent.*, tit. fin., n° 42. Angel., cité par le même, n° 47. Voët, *De cont. empt.*, n° 2. « *Actio mihi competit ad hoc quod interest.* »

(2) Journal du Palais, t. 1, liv. 9, ch. 45.

(3) Pothier, Vente, n° 840.

(4) Fachin, *Cont.*, liv. 2, c. 7, 8. Boerius, *Decis.* 183, n° 14. Tiraq., *De ret. conv.*, tit., fin., n° 61.

Cette opinion ne conduisait pas à un résultat bien différent de la précédente. Néanmoins, elle avait l'avantage d'éviter les circuits, et, sous ce rapport, comme sous celui de la précision logique, je la crois préférable. Il était inutile, en effet, que le juge obligé à passer contrat; car le contrat n'est qu'un des différents moyens d'opérer la vente, mais il n'est pas le seul. Il n'est pas sacramentel, et l'on peut s'en passer; la vente peut résulter du fait même de la tradition de la chose, et de la réception du prix. Livrer une chose en touchant un prix, c'est vendre (1). C'est donc remplir la promesse de vendre. De là il suit qu'il est plus expéditif d'ordonner que la vente se consommera par ce double fait que par un contrat à peu près inutile, puisque la sentence en tient lieu.

Et ici ne faisons pas de confusion; ne disons pas que cette manière d'envisager la promesse de vendre l'assimile à la vente; car, tant que le créancier n'a pas fait connaître sa volonté de profiter du marché, il n'y a pas contrat synallagmatique: la chose continue d'appartenir au vendeur; elle demeure à ses risques. Il n'y a pas vente par conséquent; il y a seulement *obligation de vendre quand on le requerra* (2). Ce n'est que lorsque le consentement du créancier se sera manifesté que force sera de passer d'une simple promesse à une vente effective, soit au moyen d'un contrat, soit au moyen de l'échange de la chose avec le prix. Il n'y a rien de commun entre l'action en délivrance, qui procède d'une vente consommée, et celle qui est intentée par le créancier en vertu d'une promesse de vendre. Par la première, l'acquéreur réclame une chose qui lui appartient déjà, qui est à ses risques, et dont il doit avoir la jouissance, puis-

(1) Voët, *De cont. empt.*, n° 2. « Uti non minus re quam ver-
bis societatem coire placeat (l. 4, Dig. *Pro socio*), ita ratio
non est cur non idem in emptione probetur. »

(2) Pothier, *Vente*, n° 477.

qu'il en est propriétaire. Par la seconde, au contraire, le créancier ne demande la chose que pour faire opérer, par le fait de la tradition, une vente qui n'existe pas encore. Il ne réclame pas une chose qui est sienne; mais il veut que la chose soit faite sienne au moyen de la translation du domaine qui lui a été promise.

Cette troisième opinion que je viens de rappeler est consacrée par un arrêt du parlement de Paris, mentionné par Tiraqueau (1). En voici l'espèce:

Après une vente passée entre deux habitants de la Rochelle, l'acquéreur avait promis au vendeur de s'obliger envers lui à lui donner, dans un certain temps, la faculté d'exercer le retrait au bout de ce délai. Le vendeur ayant sommé l'acquéreur de lui remettre la chose moyennant l'offre réelle du prix, celui-ci répondit que son adversaire ne pouvait demander, en vertu de la promesse, que la concession d'exercer le retrait. Le vendeur répondait qu'il fallait éviter les circuits, et qu'il était conforme à l'équité et à la raison que le retrait fût exercé sans plus de longueur.

Le premier juge ayant renvoyé l'acquéreur de la demande, appel fut interjeté, et le parlement de Paris, réformant cette décision, condamna l'acquéreur à supporter le rachat, et à restituer les fruits à compter du jour de la demande.

Tiraqueau, après avoir rappelé les opinions de tous les docteurs pour et contre sur cette question, conclut en disant que le parlement a suivi dans cette circonstance l'avis le plus équitable (*æquiores sententiam secutus est*), fidèle ici, comme toujours, à son usage d'éviter les circuits et d'arriver à la vérité en dédaignant les subtilités.

Tel était l'état de l'ancienne jurisprudence; on voit que les divergences qui s'étaient élevées sur l'étendue

(1) *De rei conv.*, tit. fin., nos 25 et 61.

de l'obligation renfermée dans la promesse de vendre ne font que confirmer le fait incontestable et toujours admis, savoir, qu'une telle promesse contenait un lien de droit et était obligatoire d'une manière ou d'autre par le promettant.

C'est cependant en face d'un tel état de choses que la cour d'Angers a cru pouvoir décider que, dans l'ancien droit, une promesse de vendre, non accompagnée de la promesse d'acheter, ne constituait qu'un simple pourparler, auquel le promettant n'était pas obligé de se tenir. Dans son arrêt, qui est du 27 août 1829 (1), cette cour, qui, à ce qu'il paraît, a ignoré complètement ce que les auteurs ont écrit sur cette question, ne s'est-elle pas imaginé que le sentiment de Pothier, sur la force obligatoire de ces promesses unilatérales, était tout à la fois isolé, contraire à la jurisprudence du parlement de Paris et combattu par la disposition générale du droit!!! Il est impossible de se placer plus à rebours de la vérité.

116. Reste à savoir maintenant quel parti a été pris par le Code Napoléon sur les promesses de vente non synallagmatiques.

M. Merlin n'hésite pas à dire que la doctrine de Pothier, qui veut que ces promesses n'équipollent pas à vente, ne peut plus se soutenir en présence de l'article 1589; il va même jusqu'à prétendre que sous le Code Napoléon toute promesse de vente est nulle si elle n'est pas accompagnée de la promesse d'acheter, et qu'elle n'est pas obligatoire pour celui qui l'a faite (2).

Mais on ne doit pas douter que ce ne soit là une erreur manifeste.

Notre article ne s'occupe nullement des promesses de vente unilatérales. Il n'a en vue que le cas où il

(1) Dal., 30, 2, 74.

(2) Répert., Vente, p. 534, col. 2, et p. 535, n° 5, et t. 15, non bis in idem, p. 505, in fine. L'opinion de M. Merlin a été adoptée par un arrêt de Lyon de juin 1832 (Dal., 32, 2, 95).

y a promesse réciproque de vendre et d'acheter et consentement synallagmatique sur la chose et sur le prix. Les promesses de vente unilatérales subsistent donc avec le caractère que leur avait imprimé l'ancien droit : sans doute elles n'équipollent pas à la vente, mais elles valent comme promesses obligatoires (1). Il n'y a en elles aucun vice de nature à délier le promettant; la bonne foi, au contraire, veut qu'elles soient exécutées, à moins qu'on ne dise que le Code Napoléon s'est montré moins moral que l'ancienne jurisprudence, et qu'il a adopté les commodes doctrines de ce Romain à foi punique, dont Martial se moque dans l'épigramme suivante :

Si donare vocas, promittere nec donare, Cai,
Vincam te donis muneribusque meis :
Accipe callaicis quidquid fodit Astur in arvis,
Aurea quidquid habet divitis unda Tagi;

Quidquid habent omnes, accipe, quo modo das (2).

Disons donc que le promettant sera obligé à tenir sa parole, et qu'en cas de refus, il pourra être contraint par jugement, soit à passer contrat comme le veut Pothier, soit à faire *rectâ viâ* délivrance de la chose, ce qui me paraît plus direct et non moins légal. C'est ainsi que la question a été envisagée par la cour de Paris, par arrêt du 10 mai 1826. L'auteur de la promesse fut condamné, sur la demande du créancier, à passer contrat dans un délai déterminé, faute de quoi la sentence fut déclarée valoir contrat de vente (3). C'est la condamnation formelle et tout à fait juridique de l'opinion de M. Merlin.

(1) *Suprà*, nos 97 et 102. L. ult. C. ad S. C. Vellej.

(2) Lib. 10, épig. 16.

(3) Dal., 27, 2, 125. *Junge*, Bourges, 15 juin 1841, Amiens, 16 juin 1841; Paris, 26 août 1847; rej. 12 juill. 1847 et 9 avril 1848 (Devill. 43, 2, 403, 44, 2, 263; 48, 1, 181 et 615; 2, 161). V. aussi MM. Daranton, t. 16, n° 49; Championnière et

117. Lorsque la promesse unilatérale de vendre a été faite avec limitation de temps, le promettant est déchargé de plein droit, si, avant l'échéance, il n'a pas été mis en demeure (1).

En effet, il est clair qu'en précisant une époque, celui qui s'est obligé à vendre n'a pas entendu perpétuer au delà son obligation. On ne pourrait, sans violer la convention, la proroger. Vainement M. Duranton pense-t-il que, pour faire tomber en déchéance le créancier, il faudrait une sommation, conformément à l'art. 1139 du Code Napoléon (2). Je réponds que cet article, de même que l'art. 1146, n'est applicable que pour la mise en demeure du débiteur, et qu'ici, au contraire, c'est le créancier qui est en retard de profiter de ses droits.

Lorsque la promesse a été faite sans limitation de temps, Pothier veut que le promettant, pour en être déchargé, obtienne sentence portant que l'autre partie déclarera, dans un temps limité, si elle entend acheter; faute de quoi la promesse sera considérée comme non avenue (3).

Mais je pense avec M. Duranton qu'un jugement n'est plus nécessaire sous le Code Napoléon, et que, par argument de l'art. 1139, on doit dire qu'il suffit d'une sommation portant que, si celui à qui la promesse a été faite ne se décide pas à en profiter dans tel délai, le promettant sera dégagé.

S'il s'est passé un temps considérable sans que le créancier ait exigé l'accomplissement de la promesse, on pourra, suivant les circonstances, décider que les parties se sont désistées tacitement de la convention (4).

Rigaud, t. 3, n° 1747; Coulon, Quest., t. 2, p. 223; Marcadé, art. 1589, n° 1.

(1) Pothier, Vente, n° 481.

(2) T. 16, n° 58.

(3) Vente, n° 481. V. *suprà*, n° 401.

(4) T. 16, n° 58.

118. La promesse unilatérale de vendre doit-elle être nécessairement faite avec fixation d'un prix?

Pothier soutient la négative (1). Suivant lui, une telle promesse contient la convention implicite que le prix sera fixé par des experts dont les parties conviendront (2). A la vérité, continue Pothier, il ne peut y avoir de vente sans un prix convenu entre les parties; mais la promesse de vendre n'est pas encore une vente (3).

Contrairement à cette opinion de Pothier, Voët croit qu'une promesse de vendre à *juste prix* ne contiendrait pas de lien de droit, et que le promettant pourrait impunément en discéder (4). Son motif est qu'il n'y a pas là de promesse positive sur le prix, et que le vendeur peut avoir entendu par *juste prix* une somme plus forte que celle à laquelle le futur acquéreur pouvait penser de son côté. Je suis assez porté à préférer ce sentiment, et à ne voir qu'un simple pourparler dans la déclaration dont il s'agit, à moins qu'elle n'ait été suivie d'un commencement d'exécution.

119. Lorsque le prix est porté par la promesse de vente, quelque variation qui soit survenue depuis cette promesse dans la valeur des choses de l'espèce à laquelle appartient l'objet dont il a été traité, le vendeur n'est pas recevable à vouloir vendre pour un prix plus haut que celui qui a été convenu. Il n'est pas non plus tenu de vendre pour un moindre prix (5).

120. Si la chose s'augmente par alluvion dans le délai convenu, le promettant pourra retenir l'accrue.

(1) Pothier, Vente, n° 481.

(2) Arg. de la loi 49, § 8, Dig. *De leg. 1^o*.

(3) Pothier, n° 482.

(4) *De cont. empt.*, n° 2. *Junge* MM. Duranton, t. 16, n° 57 et Duvergier, t. 4, n° 128. — V. aussi M. Marcadé, art. 1589, n° 2.

(5) Pothier, n° 484.

Ce profit de l'augmentation appartient à celui aux risques de qui est la chose (1); le promettant pourra donc exiger que l'acheteur lui fasse raison de cette plus-value.

121. Si la chose avait été détériorée par quelque cas fortuit, l'acheteur ne pourrait exiger une diminution du prix; car celui qui a promis de vendre ne s'est obligé de le faire que pour le prix exprimé par sa promesse, et non pour un prix différent (2).

122. Pendant le délai, le promettant peut louer la chose promise; car elle lui appartient, et il faut qu'il en tire profit. Si néanmoins le bail avait été fait frauduleusement pour préjudicier aux droits du futur acquéreur, il pourrait être annulé (3).

123. La vente, qui vient réaliser la promesse de vendre faite par obligation unilatérale, ne remonte pas à la date de cette promesse; il n'y a de vente que lorsque le consentement de l'acquéreur s'est ajouté à la promesse du vendeur. C'est pourquoi je ne comprends pas que M. Duranton ait soutenu que la déclaration faite par celui à qui la promesse a été donnée, de vouloir en profiter et passer contrat, doit avoir un effet rétroactif (4). Cette opinion bouleverse toutes les notions reçues, et, pour en sentir tous les vices, il suffira de se reporter à ce que nous avons dit au n° 113. Vainement M. Duranton parle-t-il de l'effet rétroactif de la condition suspensive (art. 1179). La rétroactivité en cette matière n'a lieu que lorsqu'il y a contrat; mais la raison se refuse à l'admettre lorsqu'il n'y a qu'une promesse unilatérale.

Rien ne prouve mieux l'erreur de M. Duranton que l'espèce à laquelle il applique son principe de ré-

(1) L. 40, D. *De reg. juris*, L. fin. C. *De furtis*. Pothier, n° 486.

(2) Pothier, n° 485.

(3) Arrêt de la cour de Paris du 10 mai 1826 (Dal., 27, 2, 486).

(4) T. 46, n° 53.

troactivité et les conséquences qu'il en tire. Il suppose que Pierre a promis à Jacques, sans réciprocité, de lui vendre l'immeuble A, et il veut que si, avant d'accomplir son obligation, Pierre vend à Paul l'immeuble en question, Jacques ait action contre ce dernier pour le forcer à le lui restituer. Quoi! Paul, qui a acquis lorsque l'immeuble était encore dans le domaine de Pierre, pourrait être inquiété par un individu qui n'a consenti, qui n'est devenu acquéreur que postérieurement à lui!!! Il est impossible d'admettre un résultat aussi contraire aux saines doctrines (1).

124. Du reste, il faut prendre garde de confondre une simple proposition de vendre avec une obligation de vendre (2).

Quand un commerçant envoie une circulaire portant indication des articles qu'il vend et du prix, avec offre de les fournir et de les expédier, c'est là une simple proposition qui ne le lie pas: il peut vendre à d'autres acheteurs qui se présentent dans ses magasins (3), et ceux qui on reçu sa circulaire ne peuvent s'en plaindre.

Mais si, par exemple, l'acte est ainsi conçu: « Je promets et m'oblige de céder à la commune de Saint-Pierre de la Cour le presbytère, lorsque l'acte de vente m'en aura été consenti, en me remboursant de mes dépenses et déboursés, » c'est là une promesse obligatoire. La cour d'Angers n'a pu juger le contraire que par un véritable oubli des principes de la matière (4); ce qui me rappelle ce mot de Bretonnier: *Qu'il faut faire peu de fondement sur la jurispru-*

(1) V. Paris, 26 août 1847; rej. 9 août 1848 et 25 juillet 1849 (Deville, 50, 1, 520) — V. aussi MM. Toullier, t. 9, n° 92; Duvergier, t. 1, n° 123; Marcadé, art. 1589, n° 3.

(2) Pothier, n° 478. *Suprà*, n° 118.

(3) M. Pardessus, t. 2, p. 264.

(4) Dal., 30, 2, 74. Arrêt du 27 août 1829.

dence des arrêts, et qu'il est bien plus sûr de s'en tenir aux principes (1).

125. Venons aux promesses de vendre synallagmatiques. Ces promesses valaient-elles dans l'ancienne jurisprudence?

En quel sens valaient-elles vente?

Il y avait sur ce point beaucoup d'obscurité et une grande divergence entre les arrêts et les auteurs.

Tiraqueau, conseiller au parlement de Paris, a rapporté, avec une inépuisable érudition (2), le sentiment de tous les docteurs, qui veulent que la promesse de vendre ne soit pas équipollente à vente, et qu'elle se résolve selon les uns en obligation de passer contrat, ou, selon les autres, en dommages et intérêts. Ces docteurs sont très nombreux. On voit figurer dans cette nomenclature Philippe Dèce, Balde, Angelus, Salicet, Imola, Paul de Castro, Bartole, Alexandre, le prince des jurisconsultes de son temps, et une foule de célébrités aujourd'hui tombées dans le plus profond oubli (3).

Dumoulin, qui vint après eux, proposa sur tout cela une distinction.

Où bien les parties n'ont voulu s'engager à titre de vente et d'achat que dans un avenir plus ou moins éloigné, et alors autre chose est vendre et promettre de vendre; ou bien leur volonté se réfère à un acte présent, contenant toutes les conditions substantielles de la vente, mais devant être corroboré par un acte futur; alors la promesse de vente est une véritable vente. Par exemple, je vous promets de vous vendre un tel immeuble, en conséquence DE VOUS LE LIVRER

(1) Sur Henrys, t. 2, p. 335.

(2) Bretonnier, toujours enclin à lancer l'épigramme contre les magistrats de son temps, prétendait que *messieurs ses confrères* avaient bien pu se corriger de ce défaut. (Sur Henrys, t. 2, p. 333, 334.)

(3) *De retract. conv.*, ad. tit. fin., n° 42 et suiv.

au prix de tant, et de vous en passer contrat authentique sous le sceau d'un notaire de Paris, dans certain délai. Vous et moi nous faisons une vente actuelle, malgré l'acte futur qui doit venir s'y joindre. Notre promesse réciproque porte sur quelque chose de présent. Je m'oblige à VOUS LIVRER LA CHOSE. Cette chose, le prix et le consentement sont réglés à l'instant même, et tout aboutit à une vente irrévocable et définitive, si l'on veut mettre de côté d'inutiles circuits.

« Hæc tamen sanè intelligenda sunt quandò partes
 » remanent in terminis simplicis conventionis de ven-
 » dendo, vel alio actu faciendo *in futurum*, ità quod in-
 » tentio partium et verba dispositiva referentur ad
 » actum de futuro; secùs, si et verba obligativa et
 » mens referantur ad actum præsentem et omnia ad
 » substantiam actûs requisita præstò sint; quia tunc,
 » licet inserantur verba sonantia in futurum, ut *pro-*
 » *mitto talem rem tanti vendere*, TRADERE, et *infra tot dies*
 » *instrumentum authenticum sub tali sigillo, putà parisiensi,*
 » *conficere*, nihilominùs celebratur actus de præsentì,
 » attentà intentione partium, dispositione et capaci-
 » tate materiæ subjectæ (1). »

Ailleurs, dans une consultation, Dumoulin tient le langage suivant :

« Quandò omnia substantialia venditionis de præ-
 » senti interveniunt, tunc pactum de vendendo transit in
 » venditionem de præsentì et est actualis venditio; quòd si
 » promitto me tibi obligaturum ad dandum decem,
 » quod statim donatio perfecta est, et possum *rectè*
 » conveniri ad decem, causà vitandi circuitus (2). »

(1) Sur Paris, des Censives, § 78, glose 1, n° 82.

(2) Conseil 30, n° 7. On voit, par cet exemple que Dumoulin donne à l'appui de son opinion, en quel sens il entend que la vente est actuelle; c'est en ce sens que le donateur peut être directement actionné *ad traditionem*, pour éviter les circuits. Au surplus, dans l'espèce sur laquelle il émettait son avis comme

Cette distinction du prince des jurisconsultes français fit fortune dans plusieurs tribunaux et chez un grand nombre d'auteurs. Henrys l'adopta (1) en ces termes : « Il faut pourtant prendre garde de quelle sorte la convention est dressée; car si, au lieu d'une simple promesse, on avait parlé de vente, c'est-à-dire si on avait parlé en termes de présent, et non de futur, l'acte serait valable et obligatoire, comme quand on dit : *vend dès à présent*, et que la promesse de passer contrat n'est que pour l'assurance. C'est une distinction qui a été remarquée par M. Charles Dumoulin. »

126. On voit que Dumoulin et Henrys ne faisaient pas une grande concession en attribuant le caractère de vente à de pareils marchés. Dans les deux exemples qu'ils posent, la promesse ne porte que sur l'obligation de passer contrat authentique, mais auparavant il y a déjà vente formelle, soit verbale, soit sous seing privé; Henrys le déclare naïvement : « *vend dès à présent*, » et quant à Dumoulin, quoique son hypothèse n'ait pas la même ingénuité, elle n'arrive pas moins au même résultat. Car celui qui promet de livrer une chose (*promitto talem rem... tradere*) se sert d'une promesse équipollente à celle de la vente, dont l'objet est de procurer la livraison d'une chose moyennant un prix. Si c'est là ce qu'on a appelé *promesse de vendre*, il faut convenir qu'on a nourri et perpétué une grande équivoque! car ces prétendues promesses de vendre, de *présenti*, qu'on dit équipollentes à vente, ne sont autre chose que des ventes bien et dûment conditionnées (2), surtout dans l'ancienne jurispru-

avocat, la vente était présente, et les paroles du futur n'avaient été employées que pour apposer un terme à l'obligation. (Même conseil, n° 8.)

(1) Vol. 2, liv. 4, ch. 6, q. 40, p. 333, n° 4.

(2) Il y avait cependant quelques auteurs qui pensaient que ces ventes n'étaient pas parfaites tant que le contrat authentique

dence, où le contrat de vente ne suffisait pas pour transférer le domaine à l'acheteur.

127. En veut-on de nouvelles preuves? qu'on consulte les arrêts rendus sous l'influence de la distinction de Dumoulin.

Un particulier avait VENDU (1) une métairie moyennant un certain prix, avec la clause qu'elle serait arpentée au plus tôt, et qu'il en serait passé un contrat par devant notaire, lors duquel les parties conviendraient des termes du paiement. Le billet avait été signé par le vendeur et l'acheteur. Sur le refus du premier, il intervint le 12 janvier 1649, au parlement de Toulouse, un arrêt après partage, qui décida qu'un tel acte devait être exécuté, et qu'il en serait passé contrat (2). Mais n'est-il pas clair qu'il y avait ici vente parfaite exprimée dans le billet sous seing privé, et que la seule question à examiner était celle de savoir si la promesse de passer contrat authentique suspendait la vente, question qui se rattache bien plus à ce que nous avons dit ci-dessus, n° 18 et 19, qu'à la portée des promesses de vendre? C'est cependant comme décision sur une promesse de vendre que cet arrêt est cité par Bretonnier.

C'est aussi dans le même sens que Brillon rapporte plusieurs arrêts intervenus sur des espèces semblables (3). Nous allons le laisser parler.

« Des conventions de main privée, de la main de la demoiselle de Bassin, et du sieur de Bienassis, qui portaient vente DE PRÉSENT, et qu'il en serait fait contrat, par avis d'avocats (ce qui pourtant n'avait

n'était pas rédigé (v. *suprà*, n° 18 et 19). Ils supposaient que les parties avaient voulu faire dépendre leur engagement de la condition suspensive de la rédaction d'un acte authentique.

(1) Je me sers du mot employé par Bretonnier, sur Henrys, vol. 2, p. 334.

(2) Catelan, t. 2, liv. 5, ch. 4. Bretonnier, sur Henrys, vol. 2, p. 334.

(3) Dictionnaire des arrêts. V. Vente, n° 49.

» pas été fait), furent confirmées au parlement de Grenoble. Par arrêt du 3 mars 1640 (1), cette demoiselle fut déboutée de sa requête par laquelle elle avait déclaré le changement de sa volonté, sous-tenant que cette vente n'était pas parfaite.

» La simple promesse de vendre n'oblige pas précisément à la tradition de la chose; mais cela se résout en dommages et intérêts. Toutefois il faut bien prendre garde de quelle sorte la promesse est dressée; car si on parle de temps présent, et non de futur, la promesse est obligatoire..., etc. »

Boniface (2) est aussi préoccupé de la même pensée; car il appelle promesse de vendre un écrit par lequel une demoiselle Braqueti avait promis à M. Broglia, avocat de Marseille, de lui vendre pour 4500 liv. un immeuble sis à Merveil, avec clause que les intérêts comptaient du jour de cette convention, et que l'acheteur s'obligeait à laisser jouir les fermiers, sauf à rédiger le tout en contrat authentique à première réquisition. Or, il est bien clair que ce traité contenait une vente actuelle, puisque le prix était dû dès le moment qu'il avait été passé et qu'il produisait intérêts. Il n'y avait là de promesse *in futurum* que pour la rédaction du contrat authentique.

Enfin citons un dernier arrêt pour achever de prouver que ce qu'on appelait *promesse de vendre* n'était pas autre chose qu'une vente actuelle, accompagnée de la promesse d'y joindre un acte authentique, afin d'avoir un acte portant hypothèque et exécution parée.

La marquise du Quesne passa avec le sieur Bosc un écrit sous seing privé, qui fut ensuite déposé chez un notaire, et qui était ainsi conçu :

« Propositions convenues entre madame la mar-

(1) V. aussi Chorier, dans sa Jurisprudence de Guy-Pape, p. 238, notes.

(2) T. 2, p. 213, liv. 4. ch. 1.

quise du Quesne et M. Bosc pour l'achat de la terre et marquisat du Quesne. Le prix 260,000 liv.

» Pour les paiements,

» Le sieur Bosc se charge de la dette de madame de Clerambault, 63,000 liv. »

Suit l'indication de divers paiements.

Puis on ajoute :

« La jouissance à commencer au jour de Saint-Martin prochain 1696.

» Fait double à Paris, ce 6 juin 1696. »

Bosc, ayant été invité par la marquise du Quesne à passer contrat authentique, crut pouvoir s'y refuser. En conséquence, il fut traduit devant les requêtes du palais pour se voir condamner à passer contrat dans les trois jours, et à payer les sommes portées dans l'arrêt fait double le 6 juin 1696. Par sentence du 4 janvier 1697, il fut décidé que Bosc passerait contrat, sinon que la sentence en tiendrait lieu; en conséquence, qu'il paierait le prix convenu.

Sur l'appel, arrêt du parlement de Paris, du 19 juillet 1697, qui confirme la sentence.

On voit par cet arrêt, que citent tous les auteurs qui veulent appuyer la proposition, *Promesse de vente équivalant à vente* (1), que la promesse ne portait que sur l'acte authentique destiné à consolider la vente sous seing privé faite antérieurement. Ainsi donc, ce que l'on entendait par promesse de vente équivalente à vente, c'était une promesse de rendre authentique une vente déjà parfaite, mais passée sous seing privé.

128. A cette première confusion dans les termes vient s'en joindre une seconde.

Lorsqu'une promesse de vente restait dans les li-

(1) Brillou, *loc. cit.* Bretonnier, sur Henrys, vol. 2, p. 335. Ferrières (v^o Promesse de vente), qui dit : « *Promesse de vente vaut vente*, » appuie cette proposition sur cet arrêt, ainsi que sur la distinction d'Henrys et sur d'autres décisions analogues.

mites d'une simple promesse *in futurum* sans aucune obligation actuelle, c'était une grande question pour les jurisconsultes de savoir si elle devait se résoudre en dommages et intérêts, ou bien s'il en résultait une obligation de passer contrat (1). Ici se reproduisait la lutte dont nous avons parlé au n° 115. Henrys, Bretonnier (2), Boniface (3), Brillon (4), etc., tenaient que la promesse de vendre et d'acheter ne devait aboutir qu'à des dommages et intérêts. Mais le parlement de Paris, et en général la jurisprudence des arrêts, décidaient que le promettant était tenu de passer le contrat de vente (5). Alors, pour résumer en termes énergiques cette manière d'envisager les promesses de vendre, il arriva que plusieurs auteurs s'avisèrent de dire que la promesse de vendre une chose était effectivement une vente. Pourquoi à leurs yeux était-elle une vente? Écoutons Danty (6). « La promesse de vendre une chose est effectivement une vente; car elle est *obligatoire de part et d'autre, par la raison que celui qui a promis de vendre est tenu de livrer ce qu'il a vendu, et celui qui a promis d'acheter est tenu de le payer. Quod ab initio sponte scriptum aut in pollicitatione deductum est, hoc ab invitis compleatur.* » L. ult. C. ad S. Vellejanum.

Et Boiceau n'avait pas une autre pensée lorsqu'il donnait la rubrique suivante: « *La promesse de vendre est une véritable vente* » à ce passage de son ouvrage sur la preuve: « Et quant à la maxime vulgaire qui

(1) Tiraqueau, *loc. supra cit.*

(2) Vol. 2, p. 332.

(3) T. 2, p. 213, liv. 4, ch. 1.

(4) Dict. des Arrêts, v° Vente promise.

(5) La jurisprudence des arrêts juge *sans distinction* (disait Bretonnier, p. 334, *loc. cit.*) qu'une semblable promesse oblige celui qui l'a faite de l'exécuter et de passer contrat de la vente. Cependant Boniface cite un arrêt en sens contraire, rendu par le parlement de Provence, le 12 mai 1661.

(6) De la Preuve, p. 740.

» dit que l'on peut se départir d'un contrat qui n'est pas encore parfait ni mis au net, elle ne peut être opposée; car ceux-là se trompent qui croient que cette maxime a lieu dans les conventions qui portent promesse de vendre, louer, échanger, etc., et qu'il est permis de s'en repentir, ce qui est entièrement faux; car ces sortes de contrats sont parfaits entièrement, quoique, pour leur entière exécution, ils requièrent un autre contrat. C'est pourquoi Bartole et Balde les appellent des *contrats innomés*, dans lesquels il n'est pas permis de se repentir (1). »

Ainsi donc ces contrats, que Boiceau appelle *innomés*, et qui certainement ne sont ni un bail ni une vente, puisque la vente et le bail sont des contrats nommés (2), ces contrats, à qui il manque quelque chose pour leur entière exécution, ne sont assimilés par l'auteur à une véritable vente qu'à cause de leur force obligatoire (3)!

129. Concluons, en définitive, que, dans l'ancienne jurisprudence, quand on disait qu'une promesse de vendre était une véritable vente, on voulait dire seulement qu'elle était obligatoire, et qu'à l'instar de la vente, elle devait conduire à la tradition de la chose et au paiement du prix. Concluons encore que dans un autre sens, on appelait promesse de vendre équivalente à vente la vente sous seing privé qu'on s'était obligé à rendre authentique. Ces locutions n'avaient pas un grand inconvénient, parce que, dans l'ancienne jurisprudence, la vente seule ne transférait pas la propriété, et qu'elle ne donnait lieu qu'à une action personnelle pour avoir la chose ou le prix, ce qui lui était commun avec la promesse de vendre. Toutefois, elles n'étaient pas parfaitement exactes. Dans le premier

(1) P. 737, n° 6.

(2) Boiceau dit d'ailleurs lui-même, au n° 1, que ce ne sont pas des ventes ni des baux. »

(3) M. Toullier explique aussi de cette manière la maxime: « La promesse de vente vaut vente, » t. 9, 163, 164, n° 92.

sens, il était faux que la promesse fût une vente véritable, puisque la chose restait aux risques du vendeur (1), tandis que s'il y eût eu vente, le risque eût été pour l'acheteur (2). Comment, en effet, la chose aurait-elle été aux risques de l'acheteur, puisque, comme Boiceau en convient, le marché était incomplet, et qu'il fallait l'intervention d'un nouvel acte pour le consommer, savoir, ou un contrat, ou la tradition de la chose jointe à la numération du prix? Car, il faut bien y faire attention, c'est par abus de mots qu'on qualifiait de *vendeur* ou d'*acheteur* celui qui avait promis de vendre, celui qui avait promis d'acheter. L'un ne pouvait devenir vendeur, l'autre ne pouvait être acheteur que par un contrat ou par la vente tacite résultant de la tradition et du paiement du prix (3). Dans le second sens, il était également faux d'appeler promesse de vente ce qui portait sur une vente parfaite.

Ainsi, il y avait dans tout ceci une double confusion, puisque, sous le premier point de vue, on appelait vente ce qui n'était que promesse de vente, et, sous le second point de vue, on appelait promesse de vente ce qui était réellement une vente parachevée.

130. C'est sous l'empire de ces idées qu'a été conçu notre article portant que la *promesse de vente vaut vente*, etc.

Si l'on veut chercher dans les travaux préparatoires du Code Napoléon le sens qu'ont donné à cet article ceux qui l'ont rédigé, on est forcé d'en restreindre singulièrement la portée.

M. Portalis disait dans son exposé des motifs: « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(1) Bretonnier, sur Henrys, t. 2, p. 324, Pothier, n° 479.

(2) Pothier, n° 308 et 479.

(3) *Suprà*, n° 115.

» On trouve effectivement, en pareil cas, tout ce qui est de la substance du contrat de vente. »

M. Portalis arrête là ses expressions laconiques; mais, comme pour leur donner un commentaire, il cite en note Cochin, t. 6, 4, 160 (1).

Mais, en recourant à ce que dit, sur ce sujet, ce célèbre avocat, nous lisons: « Il est de principe qu'on n'est pas moins lié par un acte que l'on rédige et que l'on signe soi-même que par ceux qui se font en présence des notaires..... Si par l'acte même, on s'oblige à en passer un autre par devant notaires, l'acte pour cela n'est pas un simple projet, c'est seulement une forme plus authentique que l'on promet d'y ajouter, mais dont on peut se passer..... Il a été mille fois jugé qu'une promesse de passer contrat de vente était obligatoire, quoiqu'il n'y eût aucun contrat passé en conséquence, et qu'il suffisait pour cela que la promesse de passer contrat contint les conditions essentielles de la vente, *substantialia contractus*; et lorsqu'une des parties a voulu secouer le joug d'une pareille promesse, elle a toujours été condamnée à l'exécuter. » Puis, faisant allusion à l'espèce sur la quelle il écrivait, Cochin ajoute: « Ce n'est pas une simple promesse de passer contrat, c'est un acte parfait par lui-même, qui contient une obligation présente, absolue, sans retour, et à laquelle on a seulement ajouté la promesse de le cimenter par un acte devant notaires, si la dame de Mézières le réclamait. »

Si Cochin est le commentateur officiel de l'article 1589 du Code Napoléon, qu'en résulte-t-il? que cet article, en décidant que la promesse de vendre vaut vente, n'entend dire rien autre chose, sinon qu'elle est obligatoire et que le vendeur peut être contraint, *recta viâ*, sans détour, à livrer la chose et l'acquéreur à solder le prix; en un mot, que l'art. 1589 ne renferme

(1) Fenet, t. 14, p. 115.

rien de plus que ce qu'ont voulu dire Boiceau et Danty que je citais tout-à-l'heure; car il y a parfaite conformité d'idées entre ces jurisconsultes et Cochin.

Mais l'art. 1589 a-t-il voulu que la simple promesse de vendre valût vente, en ce sens que, comme la vente, elle mit la chose aux risques de l'acheteur et l'en rendit de plein droit propriétaire?

A cette question je répondrai par une distinction.

Ou la promesse de vendre est une promesse de passer un contrat ajoutée à une vente verbale ou sous seing privé déjà faite, et alors le risque pèse sur l'acquéreur dès avant la rédaction de l'acte authentique, car, comme le dit Cochin, il y a là contrat *parfait, absolu, sans retour*;

Ou bien la promesse de vendre ne vient s'ajouter à aucune convention présente, et alors elle ne peut pas plus transférer de plein droit la propriété qu'elle ne faisait dans l'ancienne jurisprudence; car le Code n'a attribué à la promesse de vente que le caractère qu'elle avait dans l'ancien droit. Le nom de Cochin, invoqué par M. Portalis, en est la preuve évidente. M. Grenier, orateur du tribunal, vient la confirmer, lorsqu'il dit: « L'usage de la promesse de vendre est aussi ancien que la vente. Il n'y avait aucun inconvénient à le conserver (1). »

Ce sentiment est aussi celui de M. Toullier.

« Il est bien évident, dit-il, que la simple promesse de vendre n'a pas l'effet de transférer la propriété, puisque celui qui promet seulement de vendre n'a pas la volonté de se dépouiller actuellement. Il ne s'oblige qu'à transférer par un nouveau contrat nécessaire pour cette translation (2). »

« La commission chargée de la rédaction du projet de Code embrassa l'opinion des auteurs qui (dans l'ancienne jurisprudence) pensaient que les promes-

(1) Fenet, t. 14, p. 189.

(2) T. 9, p. 163.

ses de vente obligeaient précisément à passer contrat et à livrer la chose. Elle s'exprime dans les mêmes termes que les auteurs: *la promesse de vente vaut vente*, sans s'apercevoir que cette maxime manquait absolument d'exactitude, sous l'empire des nouveaux principes, qui veulent que la propriété s'acquière et se transfère par l'effet des conventions, notamment par la vente, encore que la chose n'ait pas été livrée.

« Ainsi, la première vente, quoique non suivie de tradition, prévaut toujours sur la seconde, même suivie de tradition, parce que le vendeur n'a pu transférer un droit qu'il n'avait plus.

« Au contraire, la vente postérieure à la promesse de vendre, même authentique, est valide parce que la propriété ayant, nonobstant cette promesse, continué de résider sur la tête du vendeur, il continuait aussi d'avoir le pouvoir de la transférer à un acquéreur de bonne foi, sauf à celui en faveur de qui la promesse avait été faite de former une action en dommages et intérêts contre le vendeur (1). »

En conséquence, M. Toullier décide que la maxime *La promesse de vente vaut vente* n'est absolument vraie que lorsque la promesse est suivie de tradition et de possession; sans quoi, dit-il, « il est certain que la promesse de vente ne peut avoir les mêmes effets que la vente (2). »

En suivant tous les progrès de l'ancienne jurisprudence, en recherchant l'origine de l'art. 1589, et en descendant dans la pensée de ceux qui l'ont rédigé, il me paraît impossible de ne pas adopter l'opinion de M. Toullier (3). D'ailleurs, si l'on voulait prendre à la lettre les paroles de l'article 1589, si on ne les

(1) T. 9, p. 165.

(2) P. 162.

(3) Je m'aperçois que M. Duranton est d'une opinion contraire (t. 16, n° 51). Il veut que la simple promesse de vente

éclairait pas par les précédents qui ont servi à sa rédaction, on se trouverait entraîné dans les conséquences les plus fausses et les plus contradictoires avec la volonté formelle des parties. Il est déraisonnable de soutenir que la propriété est transmise de *plein droit et actuellement* à l'acheteur, lorsque le pacte intervenu entre les deux promettants fait expressément dépendre la translation du domaine d'un fait futur, d'un fait que les contractants n'ont pas voulu actuellement consommer.

Ce sentiment semble pouvoir se corroborer d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1813 (1). Le 26 thermidor an XIII, le sieur Delson s'oblige à payer à Sahuguet, dans le délai d'un an, 5,156 fr., et, à défaut de paiement, de lui consentir une vente de six pièces de terre désignées dans l'acte, suivant l'estimation qui en fut faite par des experts. On voit que c'était là une promesse de vente dans laquelle il y avait consentement sur la chose et sur le prix. Mais entraînait-elle translation du domaine de la chose? Une pareille idée ne fut pas même proposée, et, sur la question de savoir à compter de quelle époque Sahuguet était devenu propriétaire, il fut jugé par l'arrêt précité que c'était à compter d'un jugement

transfère la propriété, et, pour arriver à ce résultat, il lui suffit de prendre à la lettre l'art. 1589. Comme cet auteur n'a abordé aucun des arguments que je viens de passer en revue, je crois ne devoir rien changer (quant à présent du moins) à ma manière de voir, qui me paraît reposer sur des bases difficiles à ébranler; savoir: d'un côté la raison, la force des choses et la volonté précise des contractants, qui ne saurait être révoquée en doute, et dont on ne tient aucun compte dans le système de M. Duranton; de l'autre, l'origine de l'art. 1589. Je dois ajouter du reste que l'opinion que je combats ici a été adoptée par MM. Zachariae, t. 2, p. 483, 484, et Duvergier, t. 1, n° 124. — V. aussi, Bastia, 28 juin 1849. (Deville, 50, 2, 257). — Mais, V. en sens contraire, M. Marcadé sur l'art. 1589, n° 5. V. aussi mon Commentaire du Contrat de société, n° 931.

(1) Dalloz, Enregist., p. 143. Rép., Vente, p. 538, col. 2.

du 30 août 1814, portant envoi en possession des immeubles vendus.

131. Mais, sous les autres rapports, la promesse de vendre synallagmatique doit être assimilée à la vente.

Ainsi il a été jugé par la Cour de cassation que c'est à partir de l'acte notarié, passé en conséquence de cette promesse, que court le délai de deux ans dans lequel doit être intentée l'action en rescision de cette vente (1).

Cet arrêt me paraît irréprochable. Il est fondé sur la combinaison exacte des art. 1589 et 1676. En effet, la promesse de vendre et d'acheter produisant une obligation de livrer la chose et de payer le prix, c'est du jour où elle a été passée que s'ouvre l'action pour s'en faire décharger.

132. Puisque la promesse de vendre est équipollente à la vente, il faut dire qu'elle est susceptible des mêmes conditions suspensives et résolutoires que la vente. Il est même assez ordinaire qu'elle soit conditionnelle.

On trouve dans le recueil des arrêts de la cour royale de Colmar une espèce dans laquelle la promesse de vente était subordonnée à la condition suspensive que l'un des contractants épouserait la fille de l'autre (2).

Voici d'autres exemples.

Un sieur Pelisson fit au sieur Commandeur une promesse de vendre ainsi conçue: « Si le sieur Pelisson se décide à aliéner la terre qui lui reste au lieu dit Molard-Bresson, il promet d'en passer vente au

(1) Arrêt du 2 mai 1827 (Dal., 27, 4, 226). Je remarque ici peu de précision dans l'exposé des faits donné par l'arrêtiste. En rendant compte de l'arrêt de la cour de Paris qui donna lieu au pourvoi, M. Dalloz appelle *vente* l'acte primitif sous seing privé (25, 2, 252). Au contraire, en rendant compte de l'arrêt de la Cour de cassation, il l'appelle *promesse de vente*. *Infrà*, n° 822.

(2) Arrêt du 18 mai 1813, t. 10, p. 329.

» sieur Commandeur par préférence et à l'exclusion
» de tous autres, au prix de 1,100 fr. »

Au mépris de cette promesse, Pelisson vendit ce même immeuble au sieur Carriot.

Informé de ce fait, Commandeur dirigea une action en revendication contre Pelisson et contre Carriot. Par arrêt du 23 mai 1829, la cour impériale de Grenoble décida que la promesse de vente passée à Commandeur n'était pas une promesse du genre de celle dont s'occupe l'art. 1589 du Code Napoléon; que, dans tous les cas, elle serait nulle sous ce rapport, comme soumise à une condition potestative de la part de l'obligé (article 1174 Code Napoléon); qu'on ne pouvait la considérer que comme accordant à Commandeur un droit de préférence, se résolvant en dommages et intérêts (art. 1142 Code Napoléon) (1).

Le dispositif de cet arrêt est à l'abri de toute critique; mais les motifs sur lesquels il se fonde ne sont pas admissibles. Il n'est pas vrai que la condition *Si je me décide à aliéner* soit purement potestative de ma part, et fasse tout à fait dépendre l'obligation de ma volonté. Je peux être forcé par mes affaires à aliéner, mes créanciers peuvent m'y contraindre, une convention peut m'y décider. Or, si je prends cette résolution, je serai tenu envers vous de vous vendre, je ne pourrai vendre qu'à vous, je ne pourrai paralyser l'obligation qu'en ne vendant pas, et je serai dans l'obligation de vous vendre si je me décide à vendre (2). Il y a une grande différence entre une pareille promesse et celle qui contiendrait la condition *si je veux* (3). Celle-ci est purement potestative; rien n'entrave mon caprice. Je suis maître de vouloir ou de ne vouloir pas aliéner; si je me décide à alié-

(1) Sirey, 29, 2, 127.

(2) *Suprà*, n.º 52.

(3) *Suprà*, n.º 51.

ner, je suis libre de ne pas vous vouloir pour acheteur; il n'y a pas de lien de droit. Les choses sont fort différentes dans l'hypothèse jugée par la cour de Grenoble.

La cour l'a si bien reconnu, que, par une contradiction évidente, elle a donné pour sanction à l'obligation une condamnation en des dommages et intérêts. Si la promesse eût été purement potestative, aurait-elle pu sortir de sa nullité radicale pour servir de base à une indemnité?

La seule manière de considérer cette affaire, c'était de reconnaître que la promesse liait Pelisson, mais que, ne produisant pas une transmission immédiate de la propriété comme l'aurait fait une vente, Pelisson était resté propriétaire et avait pu vendre à Carriot; que néanmoins, n'ayant pas rempli son obligation de faire, il y avait lieu à des dommages et intérêts (1).

Une espèce à peu près semblable s'est présentée devant la Cour de cassation dans l'affaire suivante :

Par acte sous seing privé du 13 octobre 1821, Dardillac promet de vendre à la veuve Dardillac, femme Bouré, et celle-ci promet d'acheter au prix de 1,600 fr., une écurie avec fenil et un jardin, sous condition que la vente n'aura lieu que le 14 décembre prochain, si à cette époque Dardillac en est encore propriétaire, car s'il lui arrive de vendre la maison dont ces objets sont une dépendance, il pourra comprendre ces objets dans ladite vente, et alors ces présentes demeureront nulles et non écrites.

Le sieur Dardillac ne vendit pas sa maison. Il voulut dès lors donner suite à la promesse de vente de l'écurie, et demanda le prix à la femme Bouré.

Celle-ci soutint que la promesse était nulle, comme faite sous condition potestative de la part du vendeur.

(1) *Suprà*, n.º 130. Opinion de M. Toullier.

Le 18 août 1826, arrêt de la cour de Poitiers, qui prononce la nullité de la promesse.

On est étonné de trouver une pareille décision dans la jurisprudence d'une cour souveraine, d'ailleurs très éclairée. Les notions les plus élémentaires du droit suffisent pour déterminer le caractère de la condition apposée à la promesse dont il s'agit, condition évidemment mixte, puisque Dardillac ne pouvait vendre sa maison qu'en trouvant un acheteur dans le délai de deux mois.

Aussi, sur le pourvoi, cet arrêt fut-il cassé par décision de la section civile de la Cour de cassation du 17 décembre 1828 (1).

133. De même que la promesse de vendre peut être conditionnelle, de même elle peut être à terme.

On vient d'en voir un exemple dans l'espèce précédente. Le sieur Dardillac avait promis de vendre dans le délai de deux mois; la vente ne devait avoir lieu que le 14 décembre.

Ce n'est donc qu'à compter du 14 décembre que Dardillac pouvait exiger le prix, et que l'acquétesse aurait pu exiger la tradition.

La cour décida qu'une pareille clause était valable, quoique M^e Odilon Barrot eût soutenu le contraire dans l'intérêt de la veuve Bouré (2).

134. Si les parties veulent se désister d'une promesse réciproque de vente, elles en sont maîtresses, et l'on ne saurait considérer ce désistement comme une rétrocession de la propriété; les tiers qui auraient hypothèque générale sur tous les biens de celui à qui la promesse aurait été faite ne pourraient s'en plaindre; s'ils prétendaient que leur hypothèque, soit légale, soit judiciaire, suit l'immeuble dans les mains du promettant désormais affranchi de

(1) Dal., 29, 4, 67.

(2) Dal., *loc. cit.* — V. aussi Cass., 17 juin 1839 et 25 juillet 1849 (Devill., 39, 1, 765 et 50, 1, 520).

son obligation, ils seraient infailliblement repoussés; car l'immeuble n'a jamais été la propriété de leur débiteur. M. Duranton n'a soutenu le contraire que parce qu'il est imbu de la fausse idée que la promesse de vente transfère toujours la propriété, comme la vente même (1).

Si celui à qui la promesse a été faite ne se présente pas à l'époque indiquée pour passer contrat, il faut distinguer s'il y a un terme indiqué, ou bien si la convention ne porte pas de délai.

Dans le premier cas, la convention est résolue de plein droit et le promettant est dégagé.

Dans le second cas, il faut suivre la marche que nous avons tracée au n° 117.

ARTICLE 1590.

Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir;

Celui qui les a données en les perdant; — Et celui qui les a reçues, en restituant le double.

SOMMAIRE.

135. Quand la promesse de vente a été faite avec des arrhes, elle n'est pas obligatoire. A quelles conditions il est permis de s'en départir.
136. Si la chose vient à périr, les arrhes doivent être rendues. Il en serait de même si les parties renonçaient à la promesse par un mutuel consentement.
137. Lorsque la promesse est exécutée, les arrhes s'imputent sur le prix.
138. Ce n'est pas seulement la promesse de vente qui peut être faite avec arrhes; c'est encore la vente elle-même. In-

(1) T. 16, n° 58, p. 86.

Le 18 août 1826, arrêt de la cour de Poitiers, qui prononce la nullité de la promesse.

On est étonné de trouver une pareille décision dans la jurisprudence d'une cour souveraine, d'ailleurs très éclairée. Les notions les plus élémentaires du droit suffisent pour déterminer le caractère de la condition apposée à la promesse dont il s'agit, condition évidemment mixte, puisque Dardillac ne pouvait vendre sa maison qu'en trouvant un acheteur dans le délai de deux mois.

Aussi, sur le pourvoi, cet arrêt fut-il cassé par décision de la section civile de la Cour de cassation du 17 décembre 1828 (1).

133. De même que la promesse de vendre peut être conditionnelle, de même elle peut être à terme.

On vient d'en voir un exemple dans l'espèce précédente. Le sieur Dardillac avait promis de vendre dans le délai de deux mois; la vente ne devait avoir lieu que le 14 décembre.

Ce n'est donc qu'à compter du 14 décembre que Dardillac pouvait exiger le prix, et que l'acquétesse aurait pu exiger la tradition.

La cour décida qu'une pareille clause était valable, quoique M^e Odilon Barrot eût soutenu le contraire dans l'intérêt de la veuve Bouré (2).

134. Si les parties veulent se désister d'une promesse réciproque de vente, elles en sont maîtresses, et l'on ne saurait considérer ce désistement comme une rétrocession de la propriété; les tiers qui auraient hypothèque générale sur tous les biens de celui à qui la promesse aurait été faite ne pourraient s'en plaindre; s'ils prétendaient que leur hypothèque, soit légale, soit judiciaire, suit l'immeuble dans les mains du promettant désormais affranchi de

(1) Dal., 29, 4, 67.

(2) Dal., *loc. cit.* — V. aussi Cass., 17 juin 1839 et 25 juillet 1849 (Devill., 39, 1, 765 et 50, 1, 520).

son obligation, ils seraient infailliblement repoussés; car l'immeuble n'a jamais été la propriété de leur débiteur. M. Duranton n'a soutenu le contraire que parce qu'il est imbu de la fausse idée que la promesse de vente transfère toujours la propriété, comme la vente même (1).

Si celui à qui la promesse a été faite ne se présente pas à l'époque indiquée pour passer contrat, il faut distinguer s'il y a un terme indiqué, ou bien si la convention ne porte pas de délai.

Dans le premier cas, la convention est résolue de plein droit et le promettant est dégagé.

Dans le second cas, il faut suivre la marche que nous avons tracée au n° 117.

ARTICLE 1590.

Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir;

Celui qui les a données en les perdant; — Et celui qui les a reçues, en restituant le double.

SOMMAIRE.

135. Quand la promesse de vente a été faite avec des arrhes, elle n'est pas obligatoire. A quelles conditions il est permis de s'en départir.
136. Si la chose vient à périr, les arrhes doivent être rendues. Il en serait de même si les parties renonçaient à la promesse par un mutuel consentement.
137. Lorsque la promesse est exécutée, les arrhes s'imputent sur le prix.
138. Ce n'est pas seulement la promesse de vente qui peut être faite avec arrhes; c'est encore la vente elle-même. In-

(1) T. 16, n° 58, p. 86.

fluence des arrhes sur le contrat de vente dans le droit romain. Exposé du droit antéjustinien suivi dans les Gaules jusqu'en 1115. Les arrhes sont un signe de la perfection de la vente, et les parties ne peuvent en discéder. Justinien transforme les arrhes en dédit. Réfutation des auteurs qui ont nié ce point.

139. Exposé de l'ancienne jurisprudence. Opinion de Domat, de Maynard, de Pothier. Textes des coutumes. Arrêt sur la matière.

140. État des opinions sous le Code Napoléon. M. Grenier, orateur du tribunal, annonce que les arrhes, en cas de vente, ne sont qu'un dédit. Mais avis contraire de MM. Maleville, Pardessus, Delvincourt, Duranton. Arrêt de Colmar neutre sur la question. Autre arrêt plus concluant, dans le sens de Pothier.

141. Ce qu'il faut penser au milieu de ce conflit. D'abord, dans le doute, on doit supposer plutôt qu'il y a eu promesse de vente que vente consommée. *Quid s'il est prouvé que la vente a eu lieu? Distinctions.*

142. Si la vente est soumise à une condition suspensive, les arrhes ne sont qu'un dédit. Critique d'un arrêt de Colmar de 1813.

143. Si la vente est soumise à une condition résolutoire potestative, les arrhes ne représentent que des dommages et intérêts. Raison spéciale de cette solution.

144. *Quid du cas où la vente est pure et simple? Première espèce, dans laquelle on suppose qu'il s'agit d'une vente d'immeubles. Résolution que les arrhes ne sont qu'un à-compte sur le prix.*

145. Deuxième espèce, dans laquelle il s'agit de vente de meubles. Même solution. Réponse à l'analogie qu'on voudrait établir entre la vente et la promesse de vente.

COMMENTAIRE.

135. Notre article forme exception au principe posé dans l'art. 1589. Il veut que, lorsque la promesse de vente a été faite avec des arrhes, elle cesse d'être obligatoire si l'une des parties désire s'en départir. Tout ce qui résulte de cette rupture du contrat, c'est que si celui qui se désiste est aussi celui qui a donné des arrhes, il les perdra; si, au contraire, c'est celui qui

les a reçues, il rendra le double (1). Tel est l'effet que la loi attache de plein droit à la stipulation d'arrhes. Il est néanmoins permis aux parties de régler d'une manière différente, par une convention expresse, les conséquences de cette stipulation (2).

Ansî donc, lorsque la promesse de vente est faite avec arrhes, elle reste en suspens tant que les parties ne sont pas sorties des termes d'une simple promesse pour faire un contrat de vente définitif. Il y a toujours lieu à repentir, et le promettant et l'acceptant sont censés être convenus que le défaut d'exécution se résoudrait en simples dommages et intérêts, dont les arrhes sont la mesure.

136. Si la promesse devenait inexécutable parce que la chose aurait péri, ou par tout autre événement de force majeure, les arrhes devraient être rendues (3).

Il en serait de même si les parties renonçaient à la promesse par un mutuel consentement (4).

137. Lorsque la promesse est exécutée, la somme donnée pour arrhes s'impute sur le prix.

138. Ce n'est pas seulement la promesse de vendre qui peut être faite avec arrhes, il arrive quelquefois que l'on en ajoute à la vente elle-même; c'est même ce qui arrive souvent dans les foires (5), dans les marchés publics, et dans les ventes de denrées, de bestiaux et autres objets mobiliers.

On demande quelle est l'influence des arrhes sur le contrat de vente.

Dans le droit romain, tel qu'il existait avant Justi-

(1) Disc. du tribun Faure. Fenet, t. 14, p. 153.

(2) M. Portalis, *Exposé des motifs*. Fenet, t. 14, p. 115.

(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 134, notes.

(4) Cujas, sur la loi 47, C. *De fide inst.*

(5) Voyez-en un exemple, Répert., v^o Vente, p. 494, col. 2, n^o 3.

nien, les arrhes (1) étaient considérées comme une preuve de la perfection de la vente, et jamais comme un moyen d'échapper aux actions qu'elle produisait. « Quod arrhæ nomine datur, dit Caius dans ses Institutes (2), argumentum est emptionis et venditionis contractæ; » et c'est ce que répète en d'autres termes le même jurisconsulte dans la loi 35, Dig. De cont. empt. — *Ut evidentius probari possit conveniri de pretio.*

Cette règle de droit était conforme au sens étymologique du mot *arrha*; car il vient du grec *ἄρραβον* (*reliquum*). C'est pourquoi on l'employait pour signifier, *ut reliquum reddatur* (3).

Tantôt les arrhes consistaient en argent, tantôt en un objet mobilier, comme par exemple un anneau (4). Quand elles consistaient en argent, on les imputait sur le prix; dans le second cas, on répétait la chose après que le contrat avait été exécuté (5).

Et comme le contrat, dès qu'il était formé, ne pouvait se dissoudre sans un mutuel dissentiment, il en résultait que l'un des contractants ne pouvait pas, même en sacrifiant les arrhes ou leur valeur, revenir sur la vente qu'il avait consentie (6). Nous voyons cette jurisprudence pratiquée dans les Gaules et dans l'empire d'Occident, soit par les capitulaires de Charlemagne (7), soit par la loi des Ba-

(1) Voyez, sur la dation d'arrhes, Cujas, *Observ.*, liv. 11, cap. 17, et sur la loi 17, Cod. De fide iust.

(2) Com. 3, n° 139.

(3) Varron, *De lingua latinâ*, iv, 36. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 495, n° 49.

(4) Ulpien, l. 11, § 6. *De act. empt.* Plin., l. 33, c. 4.

(5) Même loi. Voët, *De cont. empt.*, n° 25. Pothier, *Vente*, n° 507.

(6) Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, n° 1035.

(7) Lib. 5, c. édit. de Baluze, t. 1, p. 901 : « Qui arrhas dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere quod placuit emptori. »

varois (1) et des Wisigoths (2), soit par le témoignage d'Yves (3), qui devint évêque de Chartres en 1090, et qui mourut en 1115 (4).

C'est une grande question parmi les interprètes, de savoir si Justinien n'a pas modifié ce point de droit, et s'il n'a pas voulu que les parties pussent se dispenser d'exécuter la vente même parfaite, l'une en perdant les arrhes qu'elle a données, l'autre en restituant le double de celles qu'elle a reçues. La discussion s'est vivement engagée à cet égard sur le *præmium* du Tit. des Inst. De cont. empt. Cynus, Alberic, Salicet, Gomès, Zazius et Fachinée (5) tenaient l'affirmative, et cette opinion est reproduite par M. Ducaurroy, dans son excellent ouvrage *les Institutes expliquées*. Il croit que les arrhes qui, dans l'ancien droit, indiquaient toujours un contrat formé, et étaient un lien de plus pour son exécution, ont pris dans la législation de Justinien le caractère d'un dédit (6).

Au contraire, Veissembach (7), Vinnius (8), Pothier (9), Despeisses (10), Voët (11), Guyot (12), et enfin Cujas (13), d'accord avec Bartole, Paul de Castro, Fabius de Monte, etc., rejetaient ce sentiment. Ils disaient qu'il fallait distinguer deux espèces d'arrhes,

(1) T. 15, c. 40. M. de Savigny (*Hist. du droit au moyen âge*, t. 2, p. 72).

(2) Lib. 5, t. 4, c. 4. Sur cette loi, voyez M. de Savigny, *loc. cit.*, p. 54 et suiv.

(3) Part. 16, c. 286.

(4) V. M. de Savigny, *loc. cit.*, p. 246.

(5) *Cont.*, lib. 2, c. 28. Il cite tous les auteurs.

(6) T. 3, n° 1036.

(7) Parat. sur le tit. *De cont. empt.*, n° 9.

(8) Sur le tit. des Inst., *De cont. empt.*

(9) *Vente*, n° 508.

(10) T. 1, p. 14, col. 2.

(11) *De cont. empt.*, n° 25.

(12) Au Rép., v° Vente.

(13) Sur la loi 17, au C. De fide inst.

dont une servait à indiquer une *vente parfaite*, tandis que l'autre n'était qu'une sorte de dédit ou de peine établie contre quiconque refuserait de conclure une vente convenue, mais *encore imparfaite*; que c'était seulement dans le cas où le marché avait été proposé, mais non conclu, qu'il était permis, d'après les textes de Justinien, d'en discéder, moyennant la perte ou la restitution des arrhes; mais qu'il en était autrement quand la vente était parfaite; qu'alors l'acheteur pouvait être contraint à payer le prix, et le vendeur à livrer la chose, sous peine de tous dommages et intérêts.

La première opinion me paraît préférable à la seconde, et je n'hésite pas un instant à l'adopter.

Cujas, Vinnius, Pothier, etc., ne peuvent, en effet, soutenir leur distinction qu'en corrigeant arbitrairement le texte des Institutes, ou du moins en détournant le sens naturel des mots (1). Mais, pris en lui-même et sans arrière-pensée, ce texte est clair; il ne présente aucune ambiguïté. Il embasse expressément les ventes parfaites et les ventes imparfaites, et il attribue le même effet aux arrhes ajoutées aux unes et aux autres. Je dirai donc avec Fachinée: « Et cum » iis legibus specialiter, in proposito casu, decisum » sit, et satis clarè, quid statuendum, non puto interpretatione ac disputatione hanc rem in dubium revocari posse (2). »

139. Dans l'ancienne jurisprudence, Domat se formait sur les arrhes une opinion conforme au sens que nous donnons aux décisions de Justinien. « S'il » n'y a pas de convention expresse qui règle quel serait l'effet des arrhes contre celui qui manquera

(1) Le texte porte: *Sive in scriptis sive non scriptis venditio celebrata est*. Vinnius l'interprète comme s'il y avait *celebrari cepta est*. Il explique *adimplere* dans le sens de *perficere*. Pothier adopte aussi ces deux interprétations (Vente, n° 508). Mais n'est-ce pas deviner plutôt qu'expliquer?

(2) *Cont.*, lib. 2, c. 28.

» d'exécuter la *vente*, si c'est l'acheteur, il perdra les arrhes, et si c'est le vendeur, il rendra les arrhes et encore autant (1). »

Maynard (2) envisageait aussi la chose sous le même point de vue, lorsqu'il disait: « Autre chose est des » arrhes baillées à une *vente*, lesquelles quittant, l'acheteur demeure quitte du surplus; autre chose d'une » somme baillée en commencement de *paie*, auquel cas l'acheteur peut être contraint de parfaire le contrat. »

D'où il suit que, suivant ce savant magistrat, ce qui était donné à titre d'arrhes était chose bien différente de ce qui avait été donné par forme d'à-compte sur le prix.

D'un autre côté, on sait ce que pensait à cet égard Pothier, dont l'autorité est si grande, parce que son esprit est si juste, si net, si précis (3).

Quant aux coutumes, voici ce que j'ai trouvé sur notre difficulté.

L'art. 197 de la coutume de Bar portait: « Vendeur de vin ne sera tenu de le garder plus de quinze » jours, et perd l'acheteur ses arrhes s'il ne le prend » dans ledit temps, soit que le dit vin soit revendu » ou non, etc. »

L'art. 278 de la coutume de Laon disait aussi: » Marchandises vendues se doivent lever dedans vingt » jours, s'il n'y a autre convention, et, à faute de le » faire dedans ledit temps, sont les arrhes perdues,

(1) P. 40, col. 2, n° 5.

(2) T. 2, p. 491.

(3) Pothier est cependant tombé, en Allemagne, dans une grande défaveur. Mais elle ne fera jamais, en France, beaucoup de progrès, parce que (comme l'a dit M. le comte de Maistre) nous tenons avant tout à la justesse d'esprit, et que Pothier est éminemment doué de cette qualité, quoiqu'il laisse beaucoup à désirer sous le rapport des connaissances historiques et de la profondeur philosophique si recherchées des Allemands. V. du reste *préface*, n° 1.

» et peut le vendeur faire son profit ailleurs de sa
» marchandise. »

Enfin, la coutume de Reims avait une disposition semblable : « Tous acheteurs de vin et autres marchandises doivent, dans vingt jours après l'achat, lever ladite marchandise; autrement *les arrhes seraient perdues*, et ne sera tenu le vendeur de la dé-livrer, s'il ne lui plaît. »

Jusqu'ici tout semble favoriser le système qui considère les arrhes comme un dédit; mais l'article de la coutume de Reims ajoute le § suivant, qui dérouté cette idée : « Néanmoins sera au choix du vendeur de poursuivre son débiteur pour raison de ses dommages et intérêts. »

Et l'on trouvait le même usage établi sous l'empire des coutumes de Sens (art. 256), de Châlons (art. 218) et d'Auxerre (art. 141) (1).

Ainsi donc, malgré les arrhes, il est au choix du vendeur de poursuivre l'acheteur en dommages-intérêts! les arrhes ne sont pas la mesure de la réparation à laquelle le vendeur a droit! il peut exiger de l'acheteur l'accomplissement d'une obligation plus étendue!!!

Mais s'il peut demander quelque chose de plus que les arrhes, si les arrhes ne sont pas la limite à laquelle ses prétentions doivent s'arrêter, il faut donc en conclure que son droit n'a d'autres bornes que celles que lui donne le contrat; dès lors, il peut demander l'exécution de la vente, et préférer à la résolution l'action personnelle, qui a pour but de forcer l'acheteur à prendre livraison. En d'autres termes, les arrhes n'ont plus le caractère du dédit; cette conséquence me paraît d'une évidence frappante.

Et il ne faut pas s'étonner de voir dans nos coutumes des habitudes si contraires aux idées que Justi-

(1) Art. 400. V. *infra*, nos 675 et 680, quelques inductions nouvelles tirées de ces coutumes.

nien s'était formées de la vente avec arrhes; car on sait que le droit antéjustinien était suivi à cet égard dans les Gaules, qu'on en trouve des traces vivantes jusque dans le douzième siècle (1), et qu'il est naturel qu'il se soit conservé dans la plupart de nos provinces pour former les usages locaux, qui ont servi de base à la rédaction des coutumes (2).

J'ignore où Vinnius et Pacius ont trouvé qu'en France on suivait l'opinion qui transformait les arrhes en dédits; ces auteurs étrangers ont mal connu sans doute nos coutumes, dont les textes, précités, sont positifs pour condamner leurs assertions; ils ont peut-être cru sur parole quelques auteurs qui, comme Domat ou Maynard, auront professé des doctrines contenues dans la législation de Justinien.

Pour ce qui concerne la jurisprudence, elle n'offre que de rares monuments, et encore sont-ils peu concluants.

Boniface rapporte un arrêt du parlement de Provence du 14 juin 1645, dont il rend compte en ces termes :

« Si un marchand ayant convenu par acte public, avec un autre marchand, de lui acheter une grande quantité de peaux qui devaient être livrées dans un certain temps, en payant le prix accordé et donné 24 écus d'arrhes, devait perdre les arrhes, sur la demande qu'il fit des 24 écus longtemps après le terme expiré.

» Par arrêt prononcé par le premier président de Mesgrigny, le demandeur fut débouté de sa re-

(1) *Suprà*, n° 138.

(2) Il ne faut pas confondre avec les arrhes le *denier à Dieu*, que Pothier appelle, à tort, le *denier d'adieu*, et qu'il considère comme arrhe symbolique (Vente, n° 510). Le propre des arrhes est de toujours s'imputer sur le prix, tandis que le *denier à Dieu* ne s'imputait jamais, et était considéré comme un léger présent, ou bien devait être converti en un usage pieux. (Boucher d'Argis. Répert. de M. Merlin, v° *Denier à Dieu*.)

» quête, quoiqu'il soutint qu'il avait requis verbale-
 » ment, avant le terme, le vendeur de lui livrer les-
 » dites peaux, en payant le prix, ou de lui rendre
 » les arrhes. L'arrêt fondé sur la loi *Quicumque*, § 15,
 » Dig. *De inst. act.* (1). »

Cet arrêt est à peu près neutre sur la question, puisqu'il est intervenu dans une espèce où le vendeur s'était contenté de l'indemnité des 24 écus donnés à titre d'arrhes, et n'avait pas poursuivi plus avant l'exécution. Je n'ai connaissance d'aucune autre décision rendue sur la matière (2).

140. Que faut-il décider sous le Code Napoléon?

D'après un passage du rapport de M. Grenier, tribun, au corps législatif (3), il semble qu'on doit décider, pour les arrhes qui accompagnent la vente, ce que décide l'art. 1590 pour les arrhes qui accompagnent la promesse de vente.

« Les idées n'étaient pas fixées à ce sujet, dit-il.
 » *Les usages variaient* (4); il ne pourra plus à l'avenir
 » y avoir de difficulté. La délivrance et la réception
 » des arrhes déterminent le caractère et l'effet de
 » l'engagement EN LE RÉDUISANT A UNE SIMPLE PROMESSE
 » DE VENDRE, dont on pourra se désister sous les con-
 » ditions établies dans l'acte. »

Et en effet, peut-on ajouter, si une promesse de vente, réciproquement obligatoire, d'après l'art. 1589 du Code Napoléon, cesse de l'être quand il y a des arrhes ajoutées, pourquoi la vente ne perdra-t-elle pas son caractère d'irrévocabilité dans le même cas? Pourquoi n'y sous-entendrait-on pas la condition de pouvoir se repentir?

(1) T. 2, p. 242. Arrêts de Provence. Cette loi ne me parait guère concluante.

(2) V. Brillou, *Diet. des Arrêts*, v° *Arrhes*. Il n'indique aucun autre arrêt.

(3) Fenet, t. 14, p. 319.

(4) *Les usages!* c'est aller trop loin. M. Grenier eût été plus exact en disant : *Les opinions variaient.* (V. numéro précédent.)

Néanmoins, M. Pardessus, d'accord avec M. Mavelle (1), a reproduit l'opinion de Pothier sans la discuter.

Il prend son point de départ dans la distinction entre les arrhes données comme assurance d'une vente projetée, et les arrhes données pour gage et plus grande assurance d'un marché conclu (2).

M. Delvincourt est du même avis. Après avoir exposé le point de droit relativement aux promesses de vendre, il ajoute : « *Secus*, même si c'était la vente » (qui fût accompagnée d'une stipulation d'arrhes), il » ne serait plus au pouvoir des parties de s'en désis- » ter. Les arrhes seraient considérées *comme un à- » compte sur le prix*, ou comme un gage de la sûreté » du paiement, si elles consistaient en un corps » certain.

» Mais, dans le doute s'il y a eu vente ou simple » promesse, dès qu'il y a eu des arrhes, on doit pré- » sumer plutôt qu'il y a eu simple promesse (3). »

M. Duranton suit l'opinion de M. Delvincourt (4). Il ne voit pas de difficulté à dire, du moins sous le Code, que dans les ventes conclues ou arrêtées, la dation d'arrhes n'autorise pas les parties à se dédire; car l'art. 1590 ne donne le caractère de dédit qu'aux arrhes données dans les promesses de vente (5).

Un arrêt de la cour de Colmar, du 19 juin 1814 (6),

(1) Sur l'art. 1590.

(2) T. 2, p. 319.

(3) T. 3, p. 134, notes.

(4) T. 16, n° 50.

(5) Quand M. Duranton dit qu'il n'y a pas de difficulté à cette manière de voir, il ne tient pas assez de compte de la législation de Justinien, des opinions divergentes que nous avons rapportées sous l'ancienne jurisprudence, de la doctrine de M. Grenier, organe du tribunal, et il tranche la question avec trop de promptitude.

(6) Cet arrêt est rapporté d'une manière très incomplète dans Sirey (15, 2, 40). La date en est, de plus, mal indiquée. On le

a été souvent invoqué comme confirmant la première partie de l'opinion de M. Delvincourt, et comme infirmant la seconde; mais cette citation n'est pas exacte. L'arrêt dont il s'agit est intervenu dans des circonstances particulières, qui ont mis la cour à même de penser que ce qui avait été donné par l'acquéreur était un à-compte sur le prix, et nullement des arrhes, ce mot n'ayant pas été prononcé par les parties. On se trouvait ramené au point de vue exposé par Meynard.

Voici les faits : Sengel, de Strasbourg, vend à Daniel Kretzinger, boucher dans la même ville, une vache grasse; Kretzinger promet de la retirer à Pâques suivant, moyennant une somme de 1,416 fr. sur laquelle (est-il dit dans le fait retenu pour constant par le jugement du tribunal et non dénié), sur laquelle il a payé 24 fr.

Au moment de prendre livraison, il survint une baisse subite et considérable dans le prix des bestiaux. Kretzinger se présenta chez Sengel dans la semaine de Pâques pour lui annoncer qu'il renonçait au marché, en consentant à perdre les 24 fr. D'après son système, il n'y avait qu'une simple promesse de vendre, fortifiée par la numération de 24 fr. d'arrhes; et dès lors il croyait pouvoir s'en dégager, conformément, à l'art. 1590 du Code Napoléon, d'autant que, suivant un usage, attesté dans un acte de notoriété délivré par les bouchers de Strasbourg et de Colmar, « les achats » de bestiaux se faisaient, soit au marché, soit chez » des particuliers, moyennant des arrhes, de sorte que » le marché pouvait être résilié en renonçant aux » arrhes ou en les doublant. »

Sengel prétendit, au contraire, qu'il y avait eu vente parfaite; que les 24 fr. avaient été donnés à titre d'a-compte sur le prix et non pas à titre d'arrhes;

trouve rapporté textuellement dans le recueil des arrêts de la cour de Colmar, t. 10, p. 427.

qu'ainsi l'art. 1590 n'était pas applicable; que le certificat donné par les bouchers de Colmar et de Strasbourg ne pouvait être d'aucune considération; car, pendant le blocus, presque tous avaient fait des marchés semblables à celui dont Kretzinger demandait l'annulation, et leur intérêt était le même pour s'en dégager. Il concluait, en conséquence, à ce que son adversaire retirât la vache, en soldant le reste du prix.

Le tribunal de commerce de Strasbourg, considérant qu'il y avait eu vente parfaite; que la propriété avait été transférée, conformément à l'art. 1583; que Kretzinger reconnaissait que le marché avait été conclu pour une somme de 1440 fr., sur laquelle il avait payé 24 fr., adjugea à Sengel ses conclusions, et sur l'appel, la décision des premiers juges fut confirmée sur tous les points.

Cet arrêt laisse notre question à peu près indécise. Il se fonde évidemment sur ce qu'à côté d'une vente parfaite se trouvait l'aveu de Kretzinger, que sur le prix de 1440 fr. il avait payé 24 fr.; en d'autres termes, sur ce que cet individu avouait que ce n'était pas avec la qualification d'arrhes que ces 24 fr. avaient été donnés, mais à titre d'a-compte. En lisant la discussion, on acquiert la conviction que ce point dominait toute la cause, et que c'était vers lui que convergeaient les principaux efforts de Sengel pour écarter l'application de l'art. 1590 du Code Napoléon.

Mais voici un autre arrêt de la cour impériale de Colmar du 15 janvier 1813, qui me semble beaucoup plus concluant, et qui autorise le sentiment qui veut que, lorsqu'il s'agit d'une vente parfaite, la délivrance et la réception des arrhes ne permettent pas de s'en désister.

Frech vend verbalement à Hummel un pré, moyennant 1,248 fr., à condition que le contrat serait passé au plus tard à la Saint-Martin 1808. Hummel lui remet une somme de 48 fr., que Frech prétend n'avoir

reçue qu'à titre d'arrhes. La Saint-Martin étant passée sans que le contrat authentique ait été dressé, Frech soutient qu'il doit garder les 48 fr. d'arrhes, qu'il en est désormais dégagé, et qu'il a pu revendre le pré en question à un sieur Schott.

Au contraire, Hummel intente action contre Frech pour lui faire passer contrat, et subsidiairement il conclut en 2,400 fr. de dommages et intérêts.

Il dit en substance : Frech a avoué en bureau de paix qu'il y avait eu vente verbale. La condition qu'il en serait passé acte n'empêche pas que cette vente ne fût parfaite et obligatoire (1).

Quant aux 48 fr. d'arrhes, il faut faire la distinction de Pothier entre les arrhes qui se donnent avant le marché conclu et celles qui se donnent après sa conclusion (2). Il s'agit ici d'arrhes de la seconde espèce, et c'est le cas de dire avec cet auteur : « Les arrhes que donne l'acheteur consistent quelquefois dans une somme d'argent; elles sont censées, en ce cas, données à compte du prix que l'acheteur s'oblige de payer, et elles doivent s'y imputer (3). »

Sur ces débats, arrêt ainsi conçu :

« Attendu que l'écriture n'est pas de l'essence de la vente; que, dans l'espèce, Frech a avoué au bureau de paix avoir vendu le pré en question à Hummel;

« Attendu que c'est en vain que Frech a prétendu qu'il n'avait fait la vente à Hummel que conditionnellement, c'est-à-dire qu'il en serait passé contrat à la Saint-Martin, et que, Hummel s'y étant refusé, l'avait, par là-même, dégagé de sa parole; que, dès lors, il s'était trouvé fondé à garder les 48 francs d'arrhes qu'il avait reçus; mais l'erreur de Frech, à cet égard, est palpable; ce n'est pas une

(1) *Suprà*, n° 49.

(2) Nos 498 et 506.

(3) *Suprà*, n° 507.

» promesse de vente, mais une vente parfaite qu'il a passée à Hummel; ce ne sont pas des arrhes qui lui ont été données, mais un à-compte sur le prix, et la clause résolutoire dans une convention n'en opère pas de plein droit la résiliation. Ainsi, dès que Frech ne pouvait plus faire jouir Hummel du bénéfice de la vente qu'il lui avait faite, il était devenu passible des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de leur convention (1). »

On voit que la Cour assimile les 48 fr. d'arrhes (2) à un à-compte sur le prix. Il est clair que cet arrêt est basé sur les idées de Pothier, et condamne le système du dédit (3).

141. Il est temps de nous placer en dehors de ces autorités, et d'examiner la difficulté d'après nos propres convictions.

D'abord, écartons l'idée des jurisconsultes romains, qui voyaient dans les arrhes une preuve de la vente, *argumentum emptionis et venditionis contractæ*. Tout cela n'est pas admissible depuis qu'il est arrivé qu'on a donné des arrhes aussi souvent pour des marchés projetés que pour des marchés conclus.

Comme preuve d'une vente parfaite, les arrhes n'ont donc plus de sens. Seules, et sans le concours d'autres circonstances, elles ne fournissent aucun élément de conviction pour établir qu'un marché a été conclu (4).

Je crois même, avec M. Delvincourt, que, dans le doute, si la vente existe ou n'existe pas, il est plus rationnel de se décider pour l'opinion qu'il n'y a qu'un simple projet de vente. En effet, on peut dire, d'un côté, que les parties n'ayant pas constaté leur enga-

(1) T. 10 des Arrêts de la cour royale de Colmar, p. 69.

(2) Le mot d'arrhes était sans cesse prononcé par les parties. Il ne fallait que l'interpréter.

(3) J'insiste cependant, au n° 142, sur le mal jugé de cet arrêt.

(4) Pothier (n. 510) en convient.

gement par écrit, il y a lieu de présumer qu'il n'y a rien eu de définitif, et que, s'il a été donné des arrhes, c'est précisément dans la vue de hâter une conclusion. On peut ajouter, d'autre part, que c'est moins aux actes parfaits que viennent s'attacher les stipulations d'arrhes qu'aux simples promesses ou qu'aux conventions qui attendent un complément. La preuve en est dans l'art. 1590 du Code Napoléon, qui parle des arrhes à propos des promesses de vente, mais qui n'en dit rien en tant qu'accessoires des ventes parfaites. Or, comme les présomptions s'induisent *ex eo quod frequentius fit*, on doit conclure que, dans le doute, on doit plutôt supposer une simple promesse qu'une vente parfaite.

Mais s'il vient à être prouvé, soit par des aveux, soit par un écrit, soit par la preuve testimoniale, qu'une vente a eu lieu définitivement, que devra-t-on décider? Faisons ici quelques distinctions (1).

Où la vente est soumise à une condition suspensive, ou elle est soumise à une condition résolutoire, ou elle est pure et simple, mais à terme.

142. Si elle est soumise à une condition suspensive potestative ou mixte, comme, par exemple, je vous vends mon moulin de Drouviller si vous épousez ma fille dans six mois; les arrhes que vous m'aurez données ne seront qu'un dédit, elles seront les seuls dommages et intérêts auxquels je pourrai prétendre. En effet, ce n'est pas comme preuve de la vente que nous avons stipulé ces arrhes, puisqu'il est reconnu que, sous ce rapport, les arrhes n'ont qu'une valeur insignifiante; ce n'est pas comme à-compte sur le prix, puisqu'étant incertain si la vente se purifiera par l'échéance de la condition, vous n'avez pas entendu payer le prix par anticipation; ce ne peut donc être que comme dommages et intérêts éventuels. Ceci nous

(1) La question n'a, nulle part, été examinée avec ces détails et ces aperçus. On sera convaincu, j'espère, de leur utilité.

ramène à l'arrêt de la cour de Colmar du 15 janvier 1813 (1).

Dans l'espèce que nous avons retracée, il y avait eu vente verbale, avouée; mais on était convenu de la rendre authentique, et l'acheteur avait donné 48 fr. d'arrhes.

Cette stipulation d'arrhes devait faire supposer que la vente était conditionnelle, et que l'obligation d'en passer contrat la tenait en suspens (2). Une pareille présomption rentre dans ce que nous avons enseigné au n° 141 et dans l'opinion de M. Delvincourt. Dès lors, la décision de la cour de Colmar devait être toute différente. Il était contraire à la raison de vouloir qu'on eût payé un à-compte sur le prix d'une vente qui était soumise à une condition suspensive.

En général, on peut donner pour règle que, l'existence d'une vente étant donnée, si les parties ont fait convention d'y ajouter quelque chose et se sont donné pour cela des arrhes, il y a preuve suffisante que ce complément promis et réservé rend la vente conditionnelle.

143. *Quid* si la vente est soumise à une condition résolutoire potestative, comme, par exemple, je vous vends un diamant pour le prix de 5,000 fr; vous me promettez d'en faire le retraitement dans six mois, sinon la vente sera résolue de plein droit (3), et vous me donnez 200 fr. d'arrhes.

Ici il n'y a pas tout-à-fait les mêmes raisons de décider que dans l'espèce précédente; car la vente est parfaite; la propriété est censée transférée, même avant la livraison de la chose et le paiement du prix; enfin, le péril concerne l'acheteur. Néanmoins, on doit dire que les arrhes ne représentent que des dommages et intérêts.

(1) *Suprà*, n° 140.

(2) V. ci-dessus, n° 19.

(3) L'art. 1657 du Code Napoléon sous-entend cette condition.

La raison de ceci est évidente ; car la résolution est la loi du contrat ; elle résulte de la force même du pacte que les parties se sont expressément promis. Elle n'est pas une conséquence nécessaire et tacite de la dation d'arrhes. Car, n'y eût-il pas d'arrhes, la vente n'en serait pas moins résolue de plein droit. Les arrhes ne sont donc que le taux prévu d'avance des dommages et intérêts dus au vendeur pour défaut de retirement. C'est comme si les parties avaient dit : « Sinon la vente sera résolue de plein droit ; je pourrai faire mon profit ailleurs du diamant, et néanmoins vous paierez 200 fr. de dommages et intérêts. »

Ainsi précisée par la convention il est facile de comprendre que la stipulation d'arrhes ne présente aucun embarras.

Mais le vendeur, nanti de la chose, pourrait-il renoncer au contrat en rendant le double ? Je ne saurais le penser, quoiqu'en général la convention d'arrhes soit réciproque (1). Car ici la réciprocité ne pourrait être invoquée que par une évidente méprise. Lorsqu'en effet il s'agit de promesse de vente avec arrhes, on conçoit à l'instant que, l'acheteur ayant la faculté de se dédire, il faut, pour rester fidèle à l'égalité, base de ce genre de contrat, que le vendeur jouisse du même privilège. Mais, dans notre hypothèse, il en est tout autrement. A vrai dire, l'acheteur ne se dédit pas. La rupture du contrat est stipulée, non comme un avantage pour lui, mais comme peine en faveur du vendeur ; et, de plus, cette peine est aggravée par des dommages et intérêts. Ceci posé, n'est-il pas manifeste que si l'on ajoute à ces droits rigoureux, dont le vendeur est investi, le droit bien plus exorbitant de se désister du contrat à son bon plaisir, on portera tous les avantages de son côté, au lieu de les répartir dans une juste mesure de réciprocité ? Il faut donc reconnaître que le vendeur sera tenu d'exécuter la vente

(1) Art. 1590, et Législation de Justinien.

qu'il a voulu consolider, dans son intérêt, par tant de garanties, et que son obligation restera soumise au droit commun. L'acheteur ne doit pas être laissé sans protection.

144. Venons au cas où la vente est pure et simple.

Si la vente s'exécute sur-le-champ, la stipulation d'arrhes ne saurait s'y rencontrer. Elle n'y trouve sa place que lorsqu'elle est différée dans son exécution.

Voyons d'abord le cas où il s'agit de vente d'immeuble. Je vous vends mon moulin de Drouviller moyennant 1,000 fr., que vous me paierez à la Saint-Martin prochaine, et vous me donnez 200 fr. d'arrhes.

Il serait fort difficile de comprendre comment l'acheteur pourrait se dédire en perdant ses arrhes. La vente est parfaite, elle fait passer *rectâ vitâ* la propriété sur la tête de l'acheteur ; elle le saisit de plein droit et sans le secours d'aucun acte émané des parties. Se dédire, ce serait donc abdiquer la propriété, la faire passer sur la tête du vendeur, faire en un mot une nouvelle vente (1) ! Mais l'acheteur pourrait-il à lui seul opérer cette rétrocession de la propriété ? Ne faudrait-il pas que le consentement du vendeur vint s'ajouter au sien ? Eh bien ! rien ne prouve mieux que ceci l'impossibilité d'assimiler les arrhes à un dédit, dans l'espèce qui nous occupe. Car un dédit est parfait par la seule volonté de celui dont il émane, quelle que soit d'ailleurs l'opposition de la partie adverse. Ici, au contraire, il faut un contrat bilatéral. Enfin on se dédit d'un engagement ; mais on ne se dédit pas d'un droit de propriété. Se dédire d'un droit acquis et consommé est une idée qui implique contradiction.

Si les arrhes équivalent à un dédit, il faudra donc que le vendeur puisse se désister du contrat en resti-

(1) Et la chose ne repasserait sur la tête du vendeur qu'avec le cortège des hypothèques dont elle aurait été grevée dans les mains de l'acquéreur.

tuant le double; car, dans une vente pure et simple, où les positions sont égales, où aucune convention spéciale ne modifie le principe que ce genre de contrat est communicatif, on ne conçoit pas une convention d'arrhes sans réciprocité.

Eh bien! je demande quel sens les arrhes pourraient avoir, comme dédit au profit du vendeur, sous un système qui fait passer la propriété de plein droit sur la tête de l'acheteur? On ne donne des arrhes qu'autant qu'il y a un danger réciproque à redouter, un péril commun contre lequel on veut se prémunir. C'est ainsi que dans la promesse de vente, qui n'opère pas de plein droit, et dans laquelle les parties ont des chances respectives d'inexécution à craindre, les arrhes jouent un rôle significatif et efficace. Mais, dans notre espèce, quelle chance l'acheteur peut-il raisonnablement vouloir éviter? N'est-il pas propriétaire? N'est-il pas investi du droit réel? Ne peut-il pas poursuivre la chose entre les mains de tous tiers détenteurs? Le vendeur n'a donc à lui donner aucune garantie en dehors du contrat de vente.

Et, dès lors, on aperçoit que le vendeur n'a pas même possibilité de se désister de la convention. Car cette convention l'a dépouillé d'une manière définitive, la chose a cessé de lui appartenir, et son repentir ne saurait avoir plus d'effets qu'une vente qu'il passerait à un tiers.

Il y a donc nécessité à considérer les arrhes comme un simple à-compte sur le prix. Peu important et l'autorité des lois de Justinien, et les définitions de Meynard, et le jugement de Domat! tout cela est vaincu par la force des nouveaux principes que le Code a promulgués.

145. En est-il de même dans le cas de vente de meubles?

L'acheteur ne donne ordinairement des arrhes que pour le retraitement des choses mobilières vendues à l'époque fixée par le contrat; mais on sait que, d'a-

près l'art. 1657 du Code Napoléon, la vente de pareils objets est toujours soumise à la condition résolutoire de plein droit pour le défaut de retraitement dans le délai déterminé. De plus, dans les termes ordinaires du droit (1), le vendeur peut renoncer à son droit de résolution et préférer l'exécution de la vente.

Si le vendeur se tient à sa résolution, la conclusion est simple, et rentre dans ce que j'ai dit au n° 143. Le vendeur garde les arrhes comme le montant des dommages et intérêts déterminés à forfait. Ici se place l'autorité des coutumes que j'ai citées au n° 139. Elles sont positives et parfaitement applicables.

Mais le vendeur pourra-t-il préférer la poursuite de la vente à la résolution?

Au premier coup d'œil, il semble que l'acheteur puisse dire: En recevant des arrhes, c'est-à-dire un dédit, ou, si l'on veut, des dommages et intérêts, le vendeur est censé avoir renoncé à exiger, le cas échéant, l'accomplissement de la vente; c'est comme s'il avait déclaré d'avance que la résolution, avec le gain des arrhes, était ce qu'il préférerait. Dès lors il est non recevable à demander l'exécution et la consommation du contrat.

Mais ce raisonnement ne porterait que sur une présomption fautive. La réception des arrhes ne peut, sans forcer le sens des actes, être assimilée à une renonciation. Le vendeur a deux droits parallèles que la loi met à sa disposition; il ignore encore celui qu'il choisira; car son élection dépend des circonstances; la baisse ou la hausse des marchandises pourront seules le déterminer à opter; est-il présumable, dès lors, qu'il ait abandonné d'avance et à l'aveugle ce droit précieux (2)? N'est-il pas plus raisonnable de

(1) *Infra*, n° 681.

(2) D'où l'on peut conclure que ce cas n'est pas tout à fait le même que celui que j'ai exposé au n° 143. Car alors la résolution était EXPRESSÉMENT et uniquement prévue; le vendeur n'avait

conclure qu'il n'a accepté les arrhes qu'éventuellement et pour le cas où la résolution de vente serait pour lui le parti le plus convenable?

Et puis, comment peut-on dire que les arrhes impliquent l'abandon d'un droit acquis? Ne sont-elles pas, au contraire, un gage de plus de l'exécution de la promesse? *Arrha sunt veluti pignora* (1). N'interviennent-elles pas pour fortifier le lien au lieu de l'ébranler?

La coutume de Reims l'avait bien senti, et c'est pour cela qu'elle déclarait expressément que le vendeur, qui avait reçu des arrhes, pouvait poursuivre l'exécution de la vente, si la résolution ne lui plaisait pas (2).

Il y a, sous le Code Napoléon, une raison de plus. C'est l'effet translatif que la vente produit de plein droit. Dès l'instant que le vendeur ne veut pas user du droit de résolution, la propriété demeure irrévocablement fixée sur la tête de l'acheteur: il n'y aurait qu'une nouvelle vente qui pourrait la reporter sur la tête du vendeur. Mais cette rétrocession est impossible, puisque, par la position qu'a prise le vendeur, l'ancienne vente n'est ébranlée que d'un seul côté, tandis qu'il faudrait un mutuel dissentiment pour l'anéantir. Tout s'oppose donc à la prétention de l'acheteur, et quelque fertile que soit le génie des présomptions, il ne pourra jamais aller jusqu'à trouver, dans le fait de la réception des arrhes, des conjectures suffisantes pour faire admettre que le vendeur a abdiqué son droit de renoncer à la résolution, qu'il a consenti à racheter la chose suivant le bon

pas entendu se réserver autre chose que la résolution et des dommages et intérêts. Ici, au contraire, il est resté dans les termes du droit commun.

(1) Cujas, *Observat.*, liv. XI, c. 17, et sur la loi 17, C. *De fide instrument.*

(2) *Suprà*, n° 139.

plaisir de l'acheteur; en un mot, que les arrhes ont toute la puissance d'un réméré exercé forcément !!!

Pour mettre cette vérité dans tout son jour, ajoutons une dernière considération.

Croit-on que si l'acheteur se présentait à l'échéance pour prendre tradition, le vendeur fût fondé à se prévaloir de la dation d'arrhes pour la lui refuser, sauf à lui payer le double de la somme reçue? Pour moi, je suis convaincu que, de la part du vendeur, une telle prétention serait contraire à toutes les notions de justice et de stabilité des contrats.

En effet, je reviens encore au grand principe que la vente transporte de plein droit la propriété. Quoi donc! le vendeur a dans sa cave le vin qu'il m'a vendu; il ne l'a pas aliéné, j'en suis propriétaire: il me le doit, et non pas des dommages et intérêts; et cependant on voudrait qu'il pût garder une chose qui n'est pas à lui, et dont la puissance du contrat l'a forcément dépouillé! On le voudrait par cela seul que les arrhes auraient été données. Mais, encore une fois, les arrhes ne sont pas stipulées pour autoriser le renversement de faits accomplis, pour détruire des droits de propriété acquis légitimement, pour ébranler ce qui est conclu!! Après tout, que m'importent les dommages et intérêts que vous m'offrez dans l'espoir de me désintéresser en ce qui concerne l'action personnelle que je pourrais intenter contre vous? Mais il me reste toujours l'action réelle, le *jus in re*, qui me permet de saisir la chose entre vos mains pour m'en mettre en possession.

Le vendeur ne pourra donc pas se désister. Or, s'il a les mains liées par le contrat, comment pourrait-on soutenir que l'acheteur pur et simple sera dans une position plus favorable? Car, en fait d'arrhes-dédits, il faut la réciprocité; sans cela, il ne reste plus qu'un à-compte sur le prix (1).

(1) *Suprà*, n° 143, *in fine*.

Disons donc que c'est comme à-compte que les arrhes doivent désormais être considérées dans la vente parfaite. Le système contraire, indiqué par M. Grenier, dans son rapport au tribunal, ne comporte pas un sérieux examen.

On objecte que, si la dation d'arrhes rend la promesse de vente ambulatoire, il semble que, par analogie, il doit en être de même de la vente pure et simple.

Cette objection serait bonne, si nous professions le système de M. Duranton, savoir, que la promesse de vente transfère la propriété comme la vente même, mais nous soutenons avec force le système contraire (1), et c'est précisément parce qu'il y a entre la vente et la promesse de vente cette différence capitale que nous pensons que l'art. 1590 ne doit pas être étendu hors du cas qu'il prévoit. Que, dans la promesse de vente, où les deux parties contractent sous l'empire de chances égales d'inexécution, où elles n'ont devant elles que des actions personnelles à exercer, et où enfin le contrat n'a engendré aucun effet actuel, on se prémunisse de part et d'autre par des dommages et intérêts stipulés par anticipation, c'est ce qui est tout-à-fait naturel; que, de plus, les arrhes, ne pouvant en aucune manière être supposées avoir été données en à-compte sur le prix (car on ne paie pas de prix d'avance, même pour partie, lorsqu'il y a simple promesse), soient considérées comme dommages et intérêts éventuels, c'est ce qui est conforme à la raison. Mais, pour donner aux arrhes une pareille signification, quand il s'agit d'une vente parfaite, pour voir des dommages et intérêts là où il est si simple et si logique de voir un à-compte sur le prix, il faudrait fausser toutes les analogies et sortir des voies d'une argumentation rationnelle et fidèle à la vérité (2).

(1) *Suprà*, n° 125 et suiv.

(2) V. sur cette question indépendamment des autorités que

ARTICLE 1591.

Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

ARTICLE 1592.

Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

SOMMAIRE.

146. Il n'y a pas de vente sans prix. Conditions pour que le prix réponde au vœu de la loi.
147. 1° *Le prix doit consister en argent monnayé.*
148. Il y a vraiment un prix quand l'acheteur s'oblige à nourrir, vêtir et loger le vendeur. Le prix peut consister en une rente viagère. Dissentiment avec M. Merlin.
149. 2° *Le prix doit être sérieux.* Exemples qui expliquent ce qu'on doit entendre par-là.
150. Mais il n'est pas nécessaire que le prix, pour être sérieux, soit égal à la valeur de la chose. Il pourrait être inférieur, même vil et fort petit. Réfutation des arrêts et opinions contraires qui portent sur le cas de vente avec rente viagère. La Cour de cassation cède aux cours royales, au lieu de leur indiquer la route, et, obéissant à leur impulsion, elle juge le pour et le contre. Inexactitudes dans les notices d'arrêts. Définition du prix, du juste prix, du prix

je cite dans le cours de la discussion, l'opinion de M. Duvergier qui applique l'art. 1690 aux ventes comme aux promesses de vente (n° 135-140); celle de M. Coulon, t. 2, p. 141 qui se prononce en sens contraire; et celle de M. Marcadé, art. 1590, n° 2, d'après lequel les juges auraient, dans le cas de vente parfaite, toute latitude pour rechercher, d'après les circonstances particulières de chaque espèce, la pensée certaine ou probable des contractants.

Disons donc que c'est comme à-compte que les arrhes doivent désormais être considérées dans la vente parfaite. Le système contraire, indiqué par M. Grenier, dans son rapport au tribunal, ne comporte pas un sérieux examen.

On objecte que, si la dation d'arrhes rend la promesse de vente ambulatoire, il semble que, par analogie, il doit en être de même de la vente pure et simple.

Cette objection serait bonne, si nous professions le système de M. Duranton, savoir, que la promesse de vente transfère la propriété comme la vente même, mais nous soutenons avec force le système contraire (1), et c'est précisément parce qu'il y a entre la vente et la promesse de vente cette différence capitale que nous pensons que l'art. 1590 ne doit pas être étendu hors du cas qu'il prévoit. Que, dans la promesse de vente, où les deux parties contractent sous l'empire de chances égales d'inexécution, où elles n'ont devant elles que des actions personnelles à exercer, et où enfin le contrat n'a engendré aucun effet actuel, on se prémunisse de part et d'autre par des dommages et intérêts stipulés par anticipation, c'est ce qui est tout-à-fait naturel; que, de plus, les arrhes, ne pouvant en aucune manière être supposées avoir été données en à-compte sur le prix (car on ne paie pas de prix d'avance, même pour partie, lorsqu'il y a simple promesse), soient considérées comme dommages et intérêts éventuels, c'est ce qui est conforme à la raison. Mais, pour donner aux arrhes une pareille signification, quand il s'agit d'une vente parfaite, pour voir des dommages et intérêts là où il est si simple et si logique de voir un à-compte sur le prix, il faudrait fausser toutes les analogies et sortir des voies d'une argumentation rationnelle et fidèle à la vérité (2).

(1) *Suprà*, n° 125 et suiv.

(2) V. sur cette question indépendamment des autorités que

ARTICLE 1591.

Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

ARTICLE 1592.

Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

SOMMAIRE.

146. Il n'y a pas de vente sans prix. Conditions pour que le prix réponde au vœu de la loi.
147. 1° *Le prix doit consister en argent monnayé.*
148. Il y a vraiment un prix quand l'acheteur s'oblige à nourrir, vêtir et loger le vendeur. Le prix peut consister en une rente viagère. Dissentiment avec M. Merlin.
149. 2° *Le prix doit être sérieux.* Exemples qui expliquent ce qu'on doit entendre par-là.
150. Mais il n'est pas nécessaire que le prix, pour être sérieux, soit égal à la valeur de la chose. Il pourrait être inférieur, même vil et fort petit. Réfutation des arrêts et opinions contraires qui portent sur le cas de vente avec rente viagère. La Cour de cassation cède aux cours royales, au lieu de leur indiquer la route, et, obéissant à leur impulsion, elle juge le pour et le contre. Inexactitudes dans les notices d'arrêts. Définition du prix, du juste prix, du prix

je cite dans le cours de la discussion, l'opinion de M. Duvergier qui applique l'art. 1690 aux ventes comme aux promesses de vente (n° 135-140); celle de M. Coulon, t. 2, p. 141 qui se prononce en sens contraire; et celle de M. Marcadé, art. 1590, n° 2, d'après lequel les juges auraient, dans le cas de vente parfaite, toute latitude pour rechercher, d'après les circonstances particulières de chaque espèce, la pensée certaine ou probable des contractants.

conventionnel. Mauvaise définition de ce qu'on doit entendre par prix sérieux, donnée par M. Pardessus. Il faut dire que toutes les fois qu'un prix, même inférieur, a été stipulé avec volonté de l'exiger, il est sérieux.

151. 3° *Le prix doit être certain.*
152. Le prix n'est pas incertain, quoiqu'il soit ignoré. Par exemple, je vous achète ce bien pour la somme que j'ai dans mon coffre-fort. Il n'est pas incertain, non plus, lorsqu'étant déterminé pour la plus forte partie, il n'est indéterminé que pour le surplus.
153. Mais il y a incertitude quand la vente est faite pour le prix qu'on m'offrira.
154. *Quid si je vends ma récolte au prix que mes voisins vendront la leur?*
155. Le prix peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers. Historique du droit romain à cet égard.
156. Si l'arbitre désigné refuse sa mission, on ne peut le faire remplacer par justice. Critique d'un arrêt de Paris rendu en sens contraire, sous prétexte que la personne des arbitres était indifférente.
157. Faut-il que l'arbitre soit actuellement choisi par les parties, ou bien peut-on convenir qu'il sera ultérieurement nommé par elles? Le choix doit être actuel. Exception pour le cas où la vente n'est qu'un moyen de libération d'une obligation principale.
158. Si l'estimation de l'arbitre est inférieure, pourra-t-on se pourvoir contre sa décision? Résolution négative, contre Accurse, Cujas et Pothier.
159. Est-on censé s'en rapporter à la décision des arbitres quand on vend une chose pour le prix qu'elle vaut, pour son juste prix, et cette stipulation est-elle valable?
160. Dans la vente dont le prix doit être fixé par des experts, il y a condition suspensive : la propriété n'est pas transférée; mais l'opération des experts produit un effet rétroactif. *Quid en ce qui concerne le péril de la chose? Raisons particulières pour décider que l'estimation doit se faire suivant l'état de la chose au moment de l'expertise?*
161. Que comprend le mot PRIX?
162. Le prix ne participe pas de la nature de la chose
163. De l'altération dans les monnaies. Est-ce le vendeur ou l'acheteur qui en profite?

COMMENTAIRE.

146. Il n'ya pas de vente sans prix; *sine pretio nulla venditio est* (1).

Trois conditions sont requises dans le prix :

Il doit consister en argent.

Il doit être sérieux.

Il doit être certain (2).

147. Le prix doit consister en argent monnayé. Autrement ce serait un échange et non une vente. *Aliud pretium, aliud merx* (3). En effet, si je donne une chose en paiement d'une autre, il est impossible de savoir quelle est la chose vendue, quelle est celle qui forme le prix, quel est le vendeur, quel est l'acheteur. Et cependant toutes ces choses doivent être distinguées l'une de l'autre (4), si l'on ne veut pas se jeter dans une fâcheuse confusion.

Si cependant il arrivait que par la suite l'acheteur, ne pouvant payer en argent, donnât en paiement une autre chose, ce serait toujours un contrat de vente (5). *Non enim pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem*, l. 2, § 1, Dig. Cont. empt. En effet, comme le dit Despeisses (6) : « Car, ès contrats, on ne regarde que le commencement (7). »

(1) Ulp., l. 2, § 1, Dig. De cont. empt. Inst., De cont. empt., § 1, Suprà, n° 6. *Infrà*, n° 594, sur la signification du mot *pretio*.

(2) Pothier, Pand., t. 1, p. 401, et Vente, n° 17. — V. mon Comment. de l'échange, n° 4.

(3) Paul, l. 1, § 1, Dig. De cont. empt. Causus, Inst., com. 3, n° 119.

(4) M. Ducaurey, Inst. expliq., t. 3, p. 130, n° 1038.

(5) L. 9, C. De rescind. vend. Pothier, n° 30. Il ne cite pas cette loi.

(6) T. 1, p. 11, n° 5.

(7) Cette maxime s'appuie sur les lois suivantes : L. 1, § 30, Dig. Deposit. L. 18, Mand., Dig. L. 58, § 2, Dig. Pro socio. L. 78, Dig. De verb. oblig. L. 49, Dig. De reg. juris. L. 144, § 1, Dig. De reg. juris.

Ce serait aussi un contrat de vente si, outre la somme d'argent convenue pour prix, l'acheteur s'obligeait à donner quelque objet en nature en supplément de prix (1).

148. Quoique le prix doive en général consister en argent, il arrive quelquefois qu'une vente se fait moyennant certaines prestations équivalentes, comme de nourrir, loger et entretenir le vendeur. Elle n'en est pas moins valable. Car c'est là un prix en nature mis à la place d'une somme d'argent, pour la commodité de l'acquéreur (2); ou bien, si l'on voulait apporter dans la dénomination d'une pareille convention une rigueur dans les termes, à laquelle, du reste, répugne notre droit français, on dirait que c'est un contrat innomé, ayant tous les effets du contrat de vente.

Le prix, au lieu d'être d'une somme ronde en capital, peut consister en une rente viagère (3). L'opinion contraire de M. Merlin (4) ne s'appuie, à mon sens, que sur des subtilités.

149. Le prix doit être sérieux.

Car si le prix est simulé, s'il n'a été mentionné qu'avec l'arrière-pensée de ne pas l'exiger (5), le contrat serait, non une vente, mais une donation.

L'art. 918 nous donne un exemple de pareille vente. Cet article, par une présomption *juris et de*

(1) Pomp. l. 6, § Dig. *De cont. empt.*

(2) Arrêt de la cour d'Agen du 17 février 1830 (Dal., 32, 2, 470). *Junge* Bordeaux, 7 août 1849 (Devill. 50, 2, 413) — V. aussi MM. Delvincourt, t. 3; Duranton, t. 16, n° 419; Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1770; Marcadé, art. 1594 et 1592, n° 4. — Mais v., en sens contraire, MM. Zachariæ, t. 3, p. 486, note 15 et Duvergier, n° 170-178.

(3) Pothier, *Retraits*, n° 79. Douai, 14 juin 1852 (Dal. 53, 2, 89).

(4) Rente viagère, p. 515 et suiv.

(5) L. 36, Dig. *De cont. empt.* L. 3, C. *De cont. empt.* Voët, ad Pand. *De cont. empt.*, n° 22. Despeisses, t. 1, p. 10, n° 4. Pothier, n° 18.

jure, imprime, de plein droit, la qualité et le caractère de donation à une vente à charge de rente viagère, ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, faite à l'un des successibles en ligne directe. Il suppose que le prix est fictif, et qu'il n'a pas été stipulé avec l'intention de l'exiger.

Ce serait aussi une donation et non une vente, si le prix était tellement minime, qu'il n'y eût aucune proportion avec la valeur de la chose (1).

Par exemple, si je vous vendais un domaine considérable pour un écu, *nummo uno*, comme disent les lois romaines (2), ce serait là un prix dérisoire et un véritable jeu, *venditio nugatoria* (3). L'acte ne pourrait valoir que comme donation (4).

150. Mais remarquez qu'il n'est pas nécessaire que le prix soit absolument égal à la valeur de la chose; le vendeur pourrait stipuler un prix inférieur, même vil et fort petit, et cela n'empêcherait pas que le contrat ne fût une véritable vente (5).

C'est ainsi que la cour impériale de Riom a décidé que la vente d'un immeuble, à la charge d'une rente viagère, était valable, encore que la rente fût inférieure au revenu de l'immeuble vendu (6), et le pourvoi dirigé contre cette décision a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1829 (7).

C'est également ce qui a été jugé par arrêts de la cour impériale de Toulouse du 22 novembre 1831 (8),

(1) Pothier, n° 19. *Supra*, n° 6. Répert., v° *Prix*. — V. l'arrêt déjà cité de la cour de Douai du 14 juin 1852.

(2) L. 10, § 2, Dig. *De acq. possess.* L. 46, Dig. *Local.*

(3) Godefroy, sur la loi 46, Dig. *Loc.*

(4) Même loi 46.

(5) Ulpien, l. 38, Dig. *De cont. empt.* Pothier, n° 20, 21. Despeisses, p. 40, n° 4, dit « fort petit ». Arg. de l'art. 1674 du Code Napoléon.

(6) 26 mai 1826 (Dal., 28, 2, 40).

(7) Dal., 29, 1, 205.

(8) Dal., 32, 2, 34.

de la cour impériale d'Agen du 5 mai 1829 (1), de la cour impériale de Grenoble du 18 août 1831 (2).

Et telle est encore l'opinion de M. Delvincourt (3).

On s'étonne qu'elle soit controversée. Elle l'est cependant avec vivacité; les cours impériales sont en lutte d'arrêts (4), et la Cour de cassation, saisie trois fois de la question, n'a vu rien de mieux à faire (elle qui est chargée de maintenir l'unité dans la jurisprudence) que de passer tour à tour d'un système à l'autre, de consacrer successivement le pour et le contre, et de mettre tout le monde d'accord en se mettant en désaccord avec elle-même.

On a vu tout à l'heure son arrêt du 1^{er} avril 1829. En voici un qui décide tout le contraire.

La demoiselle Pellé vend au sieur Gamelin tous ses droits héréditaires, d'une valeur actuelle de (5)...., à charge: 1^o d'acquitter toutes les dettes de la succession; 2^o de payer à elle, demoiselle Pellé, une rente viagère de 2,000 fr. (6); 3^o de payer à deux de ses parentes deux rentes s'élevant ensemble à 600 fr.

(1) Dal., 32, 2, 469.

(2) Id., 32, 2, 88. — V. encore Bordeaux, 7 avril 1849 (Deville, 50, 2, 115).

(3) T. 3, p. 650. — *Junge* M. Marcadé, art. 1591 et 1592, n^o 3. — V. cependant MM. Zachariae, t. 2, p. 487; Duvergier, nos 148, 149; Duranton, t. 16, n^o 406.

(4) En sens contraire aux arrêts précédents: Angers, 21 février 1828 (Dal., 30, 2, 418). Orléans, 24 mai 1831 (Dal., 31, 2, 226); Douai, 30 novembre 1847 (Deville, 48, 2, 267). Poitiers, 23 thermidor an XI (Dal., t. 5, p. 546, note). Mais la cour de Poitiers en est revenue à l'autre opinion par arrêt du 10 prairial an XII (Dal., id.).

(5) Dans l'exposé des faits, on lit que les valeurs, actions mobilières et immobilières, déduction faite des dettes, s'élevaient à 279,000 francs. Au contraire, dans les considérants de l'arrêt, il est dit que l'acquéreur recevait des valeurs pour plus de 50,000 francs; et c'est encore de 50,000 francs qu'il est question dans l'arrêt de cassation.

(6) L'arrêtiste parle de 3,000 francs lorsqu'il rend compte

Deux mois après, décès de la demoiselle Pellé. Carré, son héritier, demande la nullité de cette vente, pour cause de dol, de fraude, et pour défaut de prix. Le tribunal de Tours rejette cette demande; mais, sur l'appel, la cour royale d'Orléans, partant de cette fautive idée, qu'il faut que le prix représente d'une manière exacte la valeur de l'objet vendu, et trouvant qu'il y avait ici vileté (1) dans le prix, déclare que la vente manque d'un de ses trois éléments. Gamelin, dit-elle en substance, ne payait pas même l'intérêt de la somme reçue; il ne courait aucune chance de perte, puisqu'il trouvait dans les valeurs à lui fournies des revenus plus que suffisants pour le service des arrérages, quelque prolongée que fût l'existence du rentier; il ne déboursait absolument rien du sien; il n'y avait donc pas de prix, pas de contrat commutatif, pas de vente (2).

Derrière ces motifs apparents, il y en avait un autre que la cour ne disait pas; c'est que le contrat lui semblait entaché de lésion, et que l'article 1776 du Code Napoléon, paraissant n'admettre pas l'action en rescision dans le contrat de rente viagère (3), les magistrats n'ont vu d'autre moyen de venir au secours de l'acquéreur que de dire que la vente était nulle faute de prix.

Il y eut pourvoi contre cette décision, et, par arrêt du 28 décembre 1831 (4), la section des requêtes

des débats devant la cour impériale (D., 31, 2, 226). Il parle de 2,000 francs dans la discussion devant la Cour de cassation (32, 1, 41 et suiv.). Il paraît que le véritable prix était 2,000 francs. Mais on conviendra que voilà bien des inexactitudes!!

(1) Dans les débats du conseil d'Etat, on s'est toujours servi du mot *vileté* et non *vilité*.

(2) Dal., 31, 2, 226.

(3) Portalis, Exposé des motifs. Fenet, t. 14, p. 546. Favard, Répert., v^o Contrat aléatoire. Arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1829 (D., 29, 1, 205). Mais la cour de Grenoble a décidé le contraire, 18 avril 1831 (D., 32, 2, 88).

(4) Dal. 32, 1, 41.

décida que la cour impériale avait tiré une juste conséquence des faits appréciés par elle, et n'avait contrevenu à aucune loi (1).

Mais alors, comment la Cour de cassation conciliera-t-elle ce respect pour la saine appréciation des faits déclarés par la cour d'Orléans, avec l'approbation qu'elle a donnée à la saine appréciation des faits déclarés par la cour de Riom (2)? car les circonstances étaient identiques; ici, comme là, il y avait vileté dans le taux de la rente viagère, et cependant, à Orléans, on juge qu'il n'y a pas de prix; à Riom, on juge qu'il y en a un sérieux; et la Cour de cassation approuve l'une et l'autre décision!!!

Pour voir à quels tiraillements fâcheux se laisse aller la Cour de cassation, il faut mettre son arrêt du 1^{er} avril 1829 en regard avec un arrêt antérieur du 2 juillet 1806 (3).

Martelly vend aux frères Jauffret un immeuble. Le prix est fixé à 30,000 fr. Les acheteurs promettent de payer une rente viagère de 2,130 fr., ou bien, si Martelly l'aime mieux, de lui livrer la moitié des fruits que produira le domaine vendu, de le laisser jouir de l'habitation des bâtiments, etc. Martelly préféra la jouissance des fruits à la rente; mais bientôt il demanda la rescision du contrat pour lésion énorme, pour dol, pour fraude.

La cour d'Aix, saisie par appel de cette demande, décida que la rente viagère était inférieure à la moitié des fruits; qu'un fermier eût donné la moitié des fruits pour simple jouissance du domaine prétendu vendu; que les frères Jauffret n'avaient donc rien eu à payer, et qu'ils ne couraient risque de rien débours.

(1) V. dans le même sens *Rej.* 23 juin 1841 et 7 août 1849 (*Devill.* 41, 1, 867; 50, 1, 129).

(2) L'arrêt de rejet contre le pourvoi de Riom est de la section civile.

(3) *Dal.*, Vente, p. 913.

ser pour l'acquisition d'un domaine de 30,000 fr.; en conséquence, elle déclara la vente nulle et sans prix.

Sur le pourvoi, arrêt de la section civile, qui, considérant que la cour d'Aix a pu, sans contrevenir à aucune loi, déclarer la vente dépourvue d'un prix réel, puisque les demandeurs ne devaient payer au plus que la moitié des fruits pendant la vie du demandeur et de son épouse, et qu'elle jugeait, en fait, que, suivant l'usage du pays, un fermier eût fourni cette moitié de fruits pour prix d'une simple jouissance... Rejette.

Ainsi, en 1806, la Cour de cassation approuve qu'on ait décidé qu'il n'y a pas de prix dans une vente faite à charge de rente viagère inférieure aux revenus des immeubles; en 1829, elle approuve qu'on ait jugé qu'il y a un prix sérieux; enfin, en 1831, elle en revient à approuver ceux qui ont dit qu'il n'y avait pas de prix!!

On ne pourrait pallier ces contradictions en disant que la Cour de cassation n'a vu, dans ses débats, qu'une question de fait. Sans doute, la question de savoir s'il y a *juste prix* est une question de fait, subordonnée aux circonstances, aux localités, aux cours actuels; mais la question de savoir si un prix quoique vil, est un prix conventionnel dans le sens de l'article 1591 du Code Napoléon, constitue une question de droit et non pas une question de fait, alors qu'il n'est pas allégué que les parties ont voulu faire une simulation.

M. Portalis a très bien dit (1): « On appelle *prix* la somme d'argent qui, comparée à la valeur d'une chose, est réputée lui être équivalente. » Mais la valeur d'une chose n'est pas la même pour tous. Elle se mesure sur l'utilité qu'on en retire (2), sur l'affec-

(1) Fenet, t. 14, p. 132. Voët a dit, dans le même sens, « *Pretium, quo scilicet res aestimatur.* » *Ad. Pand. De cont. empt.*, n° 22.

(2) M. Portalis, *loc. cit.*

tion qu'on lui porte, sur l'empressement qu'on a à s'en défaire, etc.

De là deux sortes de prix, qui ont toujours été distingués l'un de l'autre (1) : le *juste prix*, ou le prix commun, et le *prix conventionnel*, c'est-à-dire le prix fixé par le contrat, au gré des parties et à un taux, soit supérieur, soit inférieur au prix commun. « Le prix conventionnel, disait encore M. Portalis (2), n'est que l'ouvrage des volontés des parties qui ont concouru à le fixer. Le juste prix est le résultat de l'opinion. »

Cette distinction est marquée en termes explicites dans l'art. 1681 du Code Napoléon; elle domine toute la matière des rescissions.

L'opinion que je combats ne tend cependant à rien moins qu'à effacer cette distinction. Elle veut qu'il n'y ait pas prix, lorsque le prix conventionnel n'est pas au moins l'équivalent du juste prix. Sous prétexte que la vente est un contrat commutatif, elle rejette comme prix non sérieux celui qui ne représente pas la valeur intrinsèque de l'objet vendu. Mais rien ne me paraît plus faux et plus contraire aux lois.

Toutes les fois qu'un prix a été stipulé avec l'intention de l'exiger, il est sérieux (3). Dans le sens des interprètes du droit romain qui ont dit : « *Oportet ut pretium sit serium* », on n'appelle prix non sérieux, que celui qui a été indiqué pour la forme, *nugatorie*

(1) Cujas, sur la loi 1, Dig. *De cont. empt.* : « *Pretii hæc divisio est. Pretium vel conventio facit (prix conventionnel) vel communis populi consensus et tritura fori (prix commun), vel affectio et utilitas singulorum (prix d'affection). Pretii ratio varia, multiplex et mutabilis.* »

(2) Fenet, *loc. cit.*

(3) M. Pardessus attache une autre idée à ce qu'on appelle en droit *prix sérieux*; il dit : « *Il faut que le prix soit sérieux, c'est-à-dire qu'il soit un équivalent raisonnable de la chose vendue.* » (T. 3, p. 282, n° 274.) Cette définition est fautive, et ne s'appuie sur aucune autorité.

et avec l'intention de ne pas l'exiger (1); soit qu'il soit l'équivalent de la valeur de la chose, soit qu'il soit modique, c'est toujours là qu'il faut en revenir. Si je vous vends une terre de 100,000 fr. pour un écu, un tel prix n'a rien de sérieux; car il est clair que je veux vous faire une donation pure et simple (2); il est manifeste que je me suis fait un jeu de désigner ce prix dérisoire, et que je n'irai pas vous inquiéter pour le paiement de cet écu.

Mais s'il résulte des circonstances que le prix a été fixé avec intention de l'exiger (3), il sera sérieux, bien qu'il soit modique. Les textes abondent pour le prouver. La loi I, au C. Théod., *De cont. empt.* disait : « *Nec enim solâ pretii vilioris queralâ, contractus sine ullâ culpâ celebratus, litigioso strepitu turbatus est.* » A l'époque de la promulgation de cette loi, l'action en rescision n'était pas admise (4), et, bien que le prix fût vil et exigü, la vente ne devait pas moins subsister; ce qui prouve qu'on n'avait pas encore imaginé de soutenir qu'une vente, dont le prix n'était pas l'équivalent de la valeur de la chose, était sans prix.

La même conclusion se tire de la loi 38 au Dig. *De cont. empt.* « *Quoties verò viliorè pretio res, donationis causâ, distrahitur, dubium non est venditionem valere.* »

Le Code n'est pas moins formel. En autorisant l'action en rescision pour vileté de prix, il reconnaît né-

(1) Ulpian, l. 36. Dig. *De cont. empt.*

(2) L. 46, Dig. *Loc. cond.*

(3) Quand une cour n'a pas déclaré que le prix était *nugatorium*, elle reconnaît implicitement qu'il est sérieux, c'est-à-dire que le vendeur avait l'intention de l'exiger. La Cour de cassation n'a plus alors qu'à décider si ce prix, quoique minime, est un prix, c'est-à-dire à interpréter les art. 1591 et 1681 du Code Napoléon.

(4) Thomasius. *De equitate cerebrinâ*, dissert. 73, sur la loi 2, C. *De rescind. vend.* M. Berlier, dans Fenet, t. 14, p. 36.

cessairement, par-là, que la vente subsiste dans ses trois éléments, et que, par conséquent, le prix, quelque vil, est un prix sérieux. Lui-même, il le qualifie du nom de *prix* dans l'art. 1681, où il le met en regard avec le juste prix, et dans l'art. 1682. Si, en effet, un prix inférieur aux cinq douzièmes de la valeur de la chose n'était pas un prix sérieux, le Code n'aurait pas eu besoin d'introduire l'action en rescision, qui suppose l'existence de la vente; il se serait borné à dire que la vente est nulle pour défaut de prix.

L'infériorité du prix n'empêche donc pas que le prix ne soit sérieux.

Sans doute cette infériorité est un vice; quand elle est excessive, elle ôte à la vente le caractère de contrat commutatif; mais à cela la loi n'a apporté qu'un remède, c'est l'action en rescision, qu'il lui a paru nécessaire de circonscrire dans un court délai. Vouloir faire plus que le Code lui-même, prétendre assimiler à un prix non sérieux le prix minime stipulé avec intention de l'exiger, c'est bouleverser tous les principes sur la vente, c'est rayer l'art. 1676, qui limite à deux ans la recevabilité de l'action en rescision; c'est créer un détour pour échapper à une prescription que le législateur a établie afin de rassurer les acquéreurs, et de donner à la propriété de fortes garanties de stabilité.

On objecte que, dans une vente à rente viagère, telle que celle qui fait l'objet de cette discussion, l'acquéreur ne débourse rien du sien, puisqu'il ne fait que prendre sur la chose vendue la portion du revenu nécessaire pour le service du canon viager, que dès lors, il n'y a pas de prix.

Je réponds que c'est là une pure subtilité!

Le contrat de vente transporte, par sa propre énergie, la propriété sur la tête de l'acheteur (1). Or dès lors qu'il est propriétaire, n'est-ce pas sur sa propre

(1) *Suprà*, art. 1583.

chose qu'il prélève ce qui est nécessaire pour desservir la rente?

Si l'on adoptait, comme vraie, l'objection que je repousse, et qu'on voulût la conduire à ses conséquences nécessaires, il n'y a pas de vente qu'on ne pût ébranler.

J'achète un domaine valant 100,000 fr. pour le prix de 105,000 fr. N'ayant pas d'argent pour payer, je revends en détail, et je retire 115,000. Avec le raisonnement de la cour d'Aix et de la cour d'Orléans, on soutiendra que la première vente n'est pas valable, parce que je n'ai rien déboursé du mien, parce que je me suis libéré avec la valeur de la chose achetée, et qu'ainsi il n'y a pas de prix !!!

J'achète une forêt pour 30,000 fr. J'obtiens permission de la défricher, et la vente que je fais de la superficie me permet de payer la totalité de mon prix. Argumentez comme les cours d'Aix et d'Orléans, et vous viendrez m'enlever le bénéfice de mon marché, en prétendant que je n'ai rien déboursé du mien !! De pareilles théories se réfutent d'elles-mêmes.

Si ces deux cours eussent vu la possibilité de faire tomber, par voie de rescision, les ventes lésionnaires qui leur étaient soumises, je ne doute pas qu'elles n'eussent dédaigné tous ces petits moyens d'équité cérébrine (1).

Mais était-il donc impossible de concilier les principes avec l'intérêt qui se portait sur les vendeurs? Je ne le crois pas.

Les ventes avec rente viagère, dont il s'agissait, ne présentaient rien d'aléatoire ni de chanceux pour l'acquéreur. Dès lors, aucun motif ne s'opposait à l'admission de la rescision. Les auteurs l'ont toujours décidé ainsi pour la vente d'une hérédité, lorsque l'acheteur n'a aucun hasard à courir (2).

(1) Expression de Thomasius.

(2) Despeisses, t. 1, p. 20, n° 6, § 45, *in fine*. *Infrà*, n° 790.

En appliquant ce moyen tout légal aux ventes avec rente viagère, on sauvait les principes, et la justice était satisfaite.

151. La troisième condition du prix, c'est qu'il soit certain (1).

Ainsi, il n'y aurait pas de vente si l'une des parties restait maîtresse de déterminer arbitrairement ce qu'elle devra payer ou recevoir; par exemple, si le vendeur s'en rapportait à la discrétion de l'acheteur et à l'évaluation qu'il fera lui-même de la chose:

« *Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum* (2). »

C'est ce que l'art. 1591 a voulu exprimer lorsqu'il a dit que le prix devait être déterminé et désigné par les parties. La détermination du prix doit être l'ouvrage des deux parties, et non pas l'ouvrage d'une seule.

152. Mais ce ne serait pas un prix incertain que celui qui serait ainsi désigné: je vous achète cet immeuble pour le prix que vous l'avez acheté, *quanti tu eum emisti*, ou bien, je vous achète cet immeuble pour la somme d'argent que j'ai dans mon coffre-fort, *quantum pretii in arcâ habeo*. Dans ces deux cas, le prix est sans doute ignoré de l'une des parties; mais il est certain. *Magis ignoratur quam in rei veritate incertum est* (3).

Le prix n'est pas non plus incertain, lors que, étant certain pour partie, il n'y a d'éventuel que le surplus. Par exemple, je vous vends cet immeuble pour 15,000 fr., et le surplus sera à votre discrétion. Il y a là un prix certain, 15,000 fr. Le reste n'est qu'un accroissement de prix, dont l'incertitude ne saurait vicier la vente (4).

(1) Inst., *De cont. empt.*, § 1.

(2) Caius, l. 35, § 1, Dig. *De cont. empt.* Despeisses, t. 1 p. 41, n° 6. Pothier, Vente, n° 23. M. Ducaurroy, Inst. explic., t. 3, p. 129, n° 4037.

(3) L. 7, § 1, Dig. *De cont. empt.* Ulpien. Despeisses, n° 7. Fachin, *Cont.*, lib. 2, c. 1.

(4) Arg. de la loi 7, § 2, Dig. *De cont. empt.* Pothier, Pand., t. 1, p. 492, n° 29.

153. Mais le contrat serait nul s'il était fait pour le prix qu'on m'offrirait (1); l'acheteur n'aurait qu'à interposer une personne qui offrirait un prix très bas; le vendeur pourrait en interposer une qui offrirait un prix très haut. Ce serait une source de fraudes.

154. Pothier enseigne que c'est une manière de vendre fort usitée dans l'Orléanais, que de vendre le vin de sa récolte au prix que les voisins vendront le leur, et il décide que le contrat est valable (2): cette opinion ne paraît pas susceptible de difficulté (3).

155. Quoique l'art. 1591 du Code Napoléon porte que le prix doit être déterminé et désigné par les parties, il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers (4). C'est une limitation apportée par l'art. 1592 (5) au principe consacré par l'art. 1591.

Dans le droit romain, il y avait eu des difficultés sur ce point; Labéon et Cassius pensaient que l'évaluation de la chose ne pouvait pas être laissée à l'arbitrage d'une tierce personne. Ofilius et Proculus professaient une opinion contraire. Justinien fit cesser ces différends en adoptant l'avis de ces juriscon-

(1) Pothier, Vente, n° 27. M. Pardessus, t. 2, p. 284.

(2) Id., n° 28.

(3) M. Pardessus, t. 2, p. 285.

(4) De ce que l'art. 1592 parle de l'arbitrage d'un tiers, M. Grenier, orateur du tribunal, en a conclu que les parties ne peuvent choisir qu'un seul arbitre, et nullement plusieurs. (Fenet, t. 14, p. 186.) Cette opinion est tellement erronée qu'il est inutile de la réfuter. Si les parties choisissent deux experts au lieu d'un, et s'ils ne s'accordent pas, il n'y aura pas vente (*infra*, n° 156). S'ils s'accordent, la vente sera évidemment parfaite. On voit avec quelle défiance il faut adopter les assertions des orateurs du gouvernement!!! (Junge Duranton, t. 16, p. 148.)

(5) L'article primitif était ainsi conçu: « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers. » Le tribunal proposa d'ajouter: « EXPRESSÉMENT désigné par les parties. Si le tiers ne veut ou ne peut pas faire l'estimation, il n'y a pas vente. » (Fenet, t. 14, p. 87.) Cet amendement se rapproche beaucoup de l'article tel qu'il fut adopté.

sultes (1). Une pareille convention rend la vente *conditionnelle*, et fait dépendre son effet de la fixation qui sera faite par la personne désignée (2). Si cette personne fait l'estimation, la vente devient pure et simple, et le prix qu'elle a arbitré doit être payé par l'acheteur; si elle ne peut faire l'estimation, la vente est nulle faute de prix.

Ici plusieurs questions ont été agitées.

156. Lorsque l'arbitre désigné pour fixer le prix refuse sa mission, peut-on le faire remplacer par un arbitre nommé d'office par justice?

La négative est certaine, à moins que la volonté des parties de se soumettre à un arbitre nommé d'office ne résulte positivement de la convention. Dans tous les autres cas, l'homme du choix des parties ne peut être remplacé par un homme du choix de la justice. Le texte de l'art. 1592 conduit à ce résultat, et la loi 15, au C. *De cont. empt.*, n'était pas moins formelle pour proclamer la nullité de la vente, en cas d'impossibilité de l'arbitre nommé de procéder à l'estimation (3).

La cour de Paris a cependant décidé, par arrêt du 18 novembre 1831, que, lorsque l'appréciation n'exige pas des connaissances spéciales, qui ont pu motiver le choix de tel ou tel expert, il y a lieu de croire que la personne des arbitres n'a pas été la

(1) *Inst.*, *Cont. empt.*, § 1. *Caius*, *Inst.*, com. 3, § 140. L. dernière, au C. *De cont. empt.*

(2) *Sub hac conditione stare contractus*. *Inst.*, *loc. cit.*

(3) « *Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto.* » V. numéro suivant, et l'art. 4012 du Code de procédure civile. L. 43, *Dig. De verb. oblig.* Despeisses rapporte une décision du parlement de Bordeaux rendue en ce sens, t. 2, p. 41, n° 6. L'arbitre était mort avant l'estimation, et l'acheteur, ayant voulu forcer le vendeur à en nommer un autre, fut débouté de sa demande. *Junge* arrêt de cassation du 1^{er} ventôse an x (*Sirey*, 2, 1, 220).

cause déterminante de leur désignation, et que l'on peut les remplacer d'office, sur leur refus de procéder (1). Mais il me paraît que cette décision est en contradiction avec la règle posée dans l'art. 1592, et qu'elle prête aux parties une intention qu'elles n'ont pas eue.

157. Une autre question a été soulevée,

Faut-il que l'arbitre soit choisi actuellement par les parties, ou bien peut-on convenir qu'il sera désigné ultérieurement par le vendeur et l'acquéreur?

Disons d'abord que les textes du droit romain supposent toujours que le tiers a été nommé dans le contrat de vente; et cette circonstance me semble préjuger beaucoup la difficulté. Néanmoins, Fachinée croit que la convention dont il s'agit doit tenir, et il s'appuie, suivant son usage, sur l'autorité de plusieurs docteurs (2). Il réfute Pinellus, dont l'opinion était que la vente manque de fixité (3).

Sous le Code Napoléon, M. Delvincourt (4) a émis un sentiment conforme à celui de Pinellus. Car, en jurisprudence, il est rare qu'une idée moderne ne rattache pas sa filiation à d'anciennes discussions. Le professeur français croit qu'une telle stipulation serait nulle, si en même temps, on n'était convenu qu'à défaut de nomination par les parties, l'expert ou les experts seraient désignés d'office (5).

Plusieurs arrêts viennent à l'appui de cette opinion, qui est toute rationnelle (6). En effet, si l'arbitre n'était pas désigné lors du contrat, il dépendrait d'une des parties d'empêcher la fixation du prix

(1) *Dal.*, 31, 2, 239.

(2) *Cont.*, lib. 2, c. 1.

(3) Sur la loi 2, C. *De rescind. vend.*, part. 1, c. 1, n° 6.

(4) T. 3, p. 125, notes.

(5) C'est aussi ce que pense Voët, *Cont. empt.*, n° 23.

(6) Limoges, 4 avril 1826 (*Dal.*, 27, 2, 19). Toulouse, 5 mars 1827 (*id.*, 408). *Junge* M. Durantou, t. 16, n° 414.

et de rendre la vente nulle. Ce serait une condition potestative de part et d'autre ; le contrat serait perpétuellement en suspens et manquerait de certitude.

On dira peut-être que le défaut de désignation de l'arbitre peut être réparé par la justice. Mais si rien dans la convention ne vient indiquer qu'en cas de refus de l'une des parties, il a été entendu que l'arbitre serait nommé d'office, on ne doit pas se permettre de substituer l'œuvre d'un tribunal à ce qui doit être l'œuvre libre des contractants eux-mêmes, ou bien de ceux qu'ils ont chargé de fixer le prix. Il ne faut donc pas ajouter à la convention, et forcer les parties à subir une fixation de prix à laquelle elles n'ont pas songé à se soumettre. Ceci revient à ce que nous avons dit au numéro précédent (1).

Mais il en serait autrement, si la vente était l'accessoire d'un contrat de gage ou d'hypothèque valable par lui-même (2). Par exemple, je vous donne tel immeuble en gage de la somme de 10,000 fr. que je vous dois, et si je ne vous rends pas cette somme au 10 mai 1834, je vous vends ledit immeuble au prix qui sera fixé par des experts (3). Cette stipulation, autorisée par les lois romaines (4), doit sortir son effet, et le débiteur qui refuserait de nommer un expert pourrait y être contraint par justice, ou du moins la fixation du prix pourrait être faite d'office par les tribunaux. Cette exception aux règles précédentes a été remarquée par Voët : elle est fondée sur ce que, dans un cas pareil, la vente n'est qu'un moyen de libération d'une obligation principale, et qu'il faut d'autant moins permettre au débiteur de s'y sous-

(1) V. *infra*, n° 159.

(2) Voët, *Cont. empt.*, n° 23.

(3) *Iusto pretio tunc aestimandam*, l. 16, § dern. *De pignor. et hyp.*

(4) *Suprà*, n° 77.

traire, qu'il pourrait être dépossédé par des moyens de contrainte plus sévères et plus dispendieux. On doit donc sous-entendre ici l'intervention du juge comme découlant de la convention même et comme rentrant dans l'intention et dans l'intérêt des parties.

Il en serait de même dans le cas où la vente serait faite par forme de dation en paiement. Ceci explique les considérants d'un arrêt de la cour de Montpellier du 13 février 1828 (1).

158. Une troisième difficulté se présente. Si l'estimation des arbitres est évidemment inférieure au prix réel, pourra-t-on se pourvoir contre leur décision ?

Accurse veut que, s'il y a lésion énorme, les parties ne soient point tenues de respecter cette estimation (2).

Cujas a une opinion conforme. « Ex quo nasci potest hæc quæstio : si tertius ille iniquum pretium definiat, an standum sit ejus definitioni? Et videtur esse standum, quia, quoties eligimus aliquem qui aliquid facit, de eo queri non debemus. Equius tamen est ut, si manifesta iniquitas appareat, corrigatur à judice bonæ fidei. Hoc est expressum in leg. 76 et 79, Dig. *Pro socio* (3). »

Pothier trouve ce sentiment équitable. Il veut que, s'il est prouvé que l'estimation est trop faible (ce qui doit être laissé à l'arbitrage du juge), le contrat de vente soit déclaré nul (4).

Malgré ces imposantes autorités, je crois que l'estimation de l'arbitre est une base dont il n'est pas

(1) Dal., 28, 2, 232.

(2) Sur la dernière, au C. *De cont. empt.*

(3) Sur la loi 2, § 4, Dig. *De cont. empt.*

(4) Vente, n° 24. C'est aussi l'opinion de Voët, *Cont. empt.*, n° 23 ; de Perez, sur le C., même titre, n° 29 ; de Vinnius, sur les Inst., même titre, § 1, et de presque toute l'école Cujacienne.

permis de s'écarter (1). Justinien l'avait ainsi entendu dans sa loi dernière, au C. *De cont. empt.*, dont les termes ne laissent aucun doute : « *Ut si quidem ipse qui nominatus est pretium definiarit, OMNIMODÒ, secundum ejus æstimationem, et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire.* »

Cujas oppose les lois 76 et 79, Dig. *Pro socio*, dont la première dit qu'il y a deux sortes d'arbitres, les uns à la décision desquels nous devons obéir dans tous les cas, soit que cette décision soit juste, soit qu'elle soit inique, tels sont ceux qui statuent sur un débat en vertu d'un compromis; les autres, qui ne sont consultés que pour interposer l'opinion d'un homme de bien, tels sont ceux à qui l'on s'en rapporte pour forcer les parts d'une société. Alors, si la décision est inique, il est permis, suivant la loi 79, de recourir au ministère du juge.

Mais cette distinction est précisément ce que Justinien a voulu effacer, en ce qui concerne le prix de vente, par les termes généraux, précis et énergiques, dont nous venons de voir qu'il s'est servi. Et, en effet, il le déclare plus expressément encore à la fin de la loi dernière, au C. *De cont. empt.*

« *Nulla conjecturà (imò magis divinatione) in posterum servandà, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes, contrahentes ad hæc pacta venierint; quia hoc penitus impossibile esse credentes per hujusmodi sanctionem expellimus.* »

Cette opinion est celle que Despeisses soutenait dans l'ancienne jurisprudence (2). Elle a paru à la cour de Toulouse plus conforme aux lois romaines et à l'art. 1592 du Code Napoléon, qui ne contient ni exception ni modification à la règle qu'il pose (3). La cour impériale de Lyon a même pensé, en s'appuyant

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n. 116.

(2) T. 1, p. 41, n. 6.

(3) Arrêt du 25 février 1820. Dal., Vente, p. 855, note, n. 2.

sur le mot *arbitrage*, dont se sert cet article, que la décision du tiers choisi pour faire l'estimation est une véritable sentence arbitrale en dernier ressort, qu'aucune autorité ne pourrait réformer (1). Je ne crois cependant pas qu'il faille, en général, appliquer les dispositions des art. 1003 et suiv. du Code de procédure civile aux arbitres dont parle l'art. 1592 du Code Napoléon. Mais leur décision n'en est pas moins une règle irréfragable; et, quoi qu'en dise M. Delvincourt (2), je refuserais l'action en rescision pour lésion de plus de sept douzièmes contre la vente dont ils auraient fixé le prix.

159. Les auteurs se sont demandé, en quatrième lieu, si la convention de s'en rapporter à des arbitres ne résulte pas implicitement des stipulations suivantes : Je vous vends telle chose pour le prix qu'elle vaut, je vous vends telle chose pour son juste prix.

A l'égard de la première stipulation, Pothier la déclare valable; il veut que les parties soient censées être convenues du prix que la chose serait estimée valoir par des arbitres dont elles conviendront (3).

Cette interprétation paraît, au premier coup d'œil, équitable; mais remarquez que c'est sortir d'une difficulté pour retomber dans une autre. Car la partie qui a intérêt à la nullité de la vente peut l'obtenir à coup sûr en refusant de nommer des experts (4).

Quant à la seconde stipulation, elle a été considérée par Fachinée comme entachant la vente de nullité (5). « *Nempè, dit-il, in eà specie non esse venditio-*

(1) Arrêt du 24 août 1826 (Dal., 29, 1, 49). Autre arrêt de la même cour du 5 juin 1813 (Dal., Arbitrage, p. 734).

(2) T. 3, p. 125.

(3) N. 26, Vente.

(4) Voyez *suprà*, n. 157.

(5) *Cont.*, lib. 2, c. 1. Pinellus, souvent cité en matière de vente, professe aussi ce sentiment dans ses *com. sur la loi 2, C. De rescind. vend.* Il décide qu'une telle stipulation ne vaut ni comme vente ni comme contrat innomé.

nem; » et cette opinion doit être suivie par les raisons qui viennent d'être données.

160. Examinons maintenant l'effet de la vente dont le prix doit être fixé par des experts désignés, dans ses rapports avec la translation du domaine et le péril de la chose.

Nous avons dit ci-dessus, avec l'autorité des lois romaines (1), qu'une telle vente est conditionnelle. Dès lors, la propriété n'est pas transférée tant que la condition est pendante (2). C'est le vendeur qui reste propriétaire. Mais dès que les experts ont fait leur estimation, la vente devient pure et simple, et l'accomplissement de la condition produit un effet rétroactif au jour de l'engagement (art. 1179 du Code Napoléon). Il suit de là que les ventes que le vendeur aurait consenties *pendente conditione* sont résolues (3). La cour de Montpellier l'a ainsi jugé par arrêt du 13 février 1828 (4).

Quid en ce qui concerne le péril de la chose? Quelques auteurs ont proposé de résoudre la question par le principe suivant, posé par Pothier (5) : « Lors-
» qu'une vente a été contractée sous condition, la
» perte qui arrive par la détérioration de la chose,
» pendant le temps intermédiaire entre le contrat et
» l'existence de la condition, tombe sur l'acheteur, si
» la condition vient à exister; car le vendeur n'est
» tenu de la livrer que telle qu'elle se trouve.

» Mais la perte totale tombe sur le vendeur; car la
» condition qui existerait après la perte totale de la
» chose ne peut pas confirmer la vente de ce qui n'est
» plus. »

Ainsi, a-t-on dit, la chose périt-elle en entier? Il

(1) N° 155.

(2) *Suprà*, n° 49 et 54.

(3) *Suprà*, n° 56.

(4) *Dal.*, 28, 2, 232.

(5) *Vente*, n° 312.

est d'autant plus certain que la perte doit être supportée par le vendeur, que l'estimation est impossible, et que la condition qui tenait la vente en suspens ne peut plus se réaliser.

La chose éprouve-t-elle seulement des détériorations? Si ces détériorations peuvent être constatées sans arbitraire, elles sont aux risques de l'acheteur.

Pour moi, je pense que ces distinctions ne sont pas toutes applicables à la vente qui nous occupe. Il me semble que les parties sont censées avoir voulu que l'immeuble fût estimé suivant sa valeur au moment de l'estimation. Car rien ne serait plus arbitraire et plus captieux qu'une estimation qui porterait sur l'état ancien de l'immeuble, sur un état dont il ne reste plus de trace, et dont on n'a plus que des souvenirs. Ainsi, en pareille matière, je crois qu'il faut décider que, d'après l'intention présumable des parties, les détériorations survenues avant l'estimation doivent rester pour le compte du vendeur.

161. Sous la dénomination de prix, on comprend tout ce qui, étant déboursé par l'acheteur au sujet de la vente, passe dans les mains du vendeur, soit à titre de prix principal, soit à titre d'intérêts, d'épingles, de pot-de-vin, etc. (1).

162. Le prix n'est pas subrogé à la chose et ne participe pas de sa nature. Ainsi, si la chose vendue est un immeuble, le prix ne doit pas être considéré

(1) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 1, n° 120, et t. 4, p. 145, n° 929. Répert., v° *Prix*. Loisel dit, à la vérité, liv. 3, t. 4, n° 14 : « Vin de marché n'entre pas au compte du » prix » ; mais il se hâte d'ajouter : « pour en prendre droit de » vente, sinon qu'il fût excessif. » Ainsi ce n'est qu'en égard aux droits de lods et ventes que Loisel s'exprimait ainsi. Au surplus, plusieurs coutumes décidaient que le vin du marché faisait partie du prix, et qu'il en était dû lods et ventes. Chaumont, 37. Vitry, 49. (V. de Laurière, sur Loisel, et Brodeau, sur Paris, art. 76, n° 26.)

comme immeuble entre les mains du vendeur. Il est chose mobilière (1).

163. Si l'argent vient à éprouver une altération, par suite de mesures extraordinaires prises par le gouvernement (2), quel est celui du vendeur ou de l'acheteur qui profite de cette altération ou en supporte le dommage? Supposons, par exemple, qu'un immeuble ait été vendu pour le prix de 100 louis d'or. Peu de temps après, mais avant le paiement, cette monnaie est réduite, l'acheteur sera-t-il libéré en payant les 100 louis, ou bien faudra-t-il qu'il complète l'appoint.

Cette question était jadis l'une des plus controversées du droit, et Voët disait qu'après avoir lu beaucoup de commentaires et d'auteurs, on ne savait à quoi s'en tenir (3).

Je n'entre pas ici dans le fond de toutes les opinions émises à ce sujet (4). Je renvoie à mon commentaire de l'art. 1895 du Code Napoléon, où la matière sera traitée plus convenablement.

Je me contenterai de faire observer que l'art. 1895 doit être notre règle, quoiqu'il ne soit relatif qu'à la matière du prêt; car, comme Fachinée le remarque très bien, les raisons sont les mêmes pour se décider à l'égard de la vente (5). Ainsi quelque soit le changement dans le titre des espèces, l'acheteur doit payer la valeur numérique convenue (6).

(1) Répert., Subrogation de choses, p. 3. Cont. d'Épinal, t. 4, art. 12. *Infrà*, n° 614.

(2) L'altération des monnaies est un mal dont les progrès de l'économie politique paraissent avoir guéri les sociétés modernes.

(3) *De rebus creditis*, n° 24.

(4) Tiraqueau, *Ret. gentil.*, glose 18, n° 27. Fachineus, *Cont.*, lib. 2, c. 9 et 10. Favre, *Cod.*, lib. 8, t. 30, def. 11. Dumoulin, *De usuris*, quest. 86.

(5) *Loc. cit.*, c. 10.

(6) Arg. de la loi 1, Dig. *De cont. empt.*

ARTICLE 1593.

Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

SOMMAIRE.

164. L'acheteur, qui a intérêt à avoir un titre de propriété, doit en payer les frais. Il doit payer aussi toutes les sommes accessoires à la vente. Des frais d'enregistrement, de transcription et de purgement.

COMMENTAIRE.

164. C'est à celui qui veut se procurer un titre à payer les frais qui sont nécessaires pour le constituer. L'acheteur qui a besoin d'un acte d'achat pour consolider entre ses mains la propriété dont il se fait investir doit donc supporter les dépenses qu'entraîne la confection de l'acte, comme les honoraires du notaire, les frais de papier timbré, les déboursés nécessaires pour le faire enregistrer et transcrire (1); et tous les autres frais accessoires à la vente, tels que ceux de visite de lieux, d'arpentage, etc.

Néanmoins la convention des parties peut déroger à ce point de droit (2).

(1) La loi du 28 avril 1816 ordonne de percevoir les frais de transcription en même temps que ceux d'enregistrement. J'ai montré, dans mon Comment. sur les Hypothèques, les avantages de cette mesure, t. 4, n° 912. L'art. 2188 établit, du reste, que les frais de transcription sont à la charge de l'acquéreur. (V. encore mon Comment. sur les Hypothèques, t. 4, n° 962.)

(2) Mon Comment. sur les Hypoth., p. 174, t. 4. On y trouvera des détails qui sont nécessaires ici pour connaître différentes conventions relatives au paiement des frais. — V. aussi

L'acheteur doit supporter aussi, à moins de stipulations contraires, les frais de purgement qui sont destinés à lui procurer sa tranquillité personnelle (1). Si cependant il avait été induit en erreur par le vendeur, qui lui aurait assuré que l'immeuble était franc et quitte, l'acheteur pourrait se plaindre légitimement du surcroît imprévu de dépense que lui occasionne la nécessité de purger, et il aurait son recours contre le vendeur (2).

MM. Marcadé, art. 1593, n° 1, et Paul Pont, Comment. des Privilèges et Hypothèques, nos 494 et suiv.

(1) L'art. 2188 prouve aussi cette assertion.

(2) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 124.

CHAPITRE II.

QUI PEUT ACHETER OU VENDRE.

ARTICLE 1594.

Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre.

SOMMAIRE.

- 165. La liberté de vendre ou d'acheter forme le droit commun. Les prohibitions doivent être expresses.
- 166. Du mineur. Renvoi pour quelques principes. Réfutation du système de M. Duranton sur le sens de l'art. 1305 du Code Napoléon.
- 167. Des interdits pour démence et imbecillité. Des mineurs émancipés.
- 168. Des femmes mariées.
- 169. Des prodigues.
- 170. Du tuteur.
- 171. Des communes.
- 172. Des hospices, communautés religieuses, etc.
- 173. De l'État comme propriétaire de biens domaniaux.
- 174. Des ventes faites par celui qui est accusé de crime capital.
- 175. Du mort civil.
- 176. § Du copropriétaire qui vend sa part indivise avant partage. § Du saisi. § Du failli. § De l'héritier bénéficiaire et autres. Renvoi.

COMMENTAIRE.

165. La liberté de vendre et d'acheter est de droit commun, et forme la règle générale (1). Il n'y a

(1) Art. 1123 du Code Napoléon.

L'acheteur doit supporter aussi, à moins de stipulations contraires, les frais de purgement qui sont destinés à lui procurer sa tranquillité personnelle (1). Si cependant il avait été induit en erreur par le vendeur, qui lui aurait assuré que l'immeuble était franc et quitte, l'acheteur pourrait se plaindre légitimement du surcroît imprévu de dépense que lui occasionne la nécessité de purger, et il aurait son recours contre le vendeur (2).

MM. Marcadé, art. 1593, n° 1, et Paul Pont, Comment. des Privilèges et Hypothèques, nos 494 et suiv.

(1) L'art. 2188 prouve aussi cette assertion.

(2) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 124.

CHAPITRE II.

QUI PEUT ACHETER OU VENDRE.

ARTICLE 1594.

Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre.

SOMMAIRE.

- 165. La liberté de vendre ou d'acheter forme le droit commun. Les prohibitions doivent être expresses.
- 166. Du mineur. Renvoi pour quelques principes. Réfutation du système de M. Duranton sur le sens de l'art. 1305 du Code Napoléon.
- 167. Des interdits pour démence et imbecillité. Des mineurs émancipés.
- 168. Des femmes mariées.
- 169. Des prodigues.
- 170. Du tuteur.
- 171. Des communes.
- 172. Des hospices, communautés religieuses, etc.
- 173. De l'État comme propriétaire de biens domaniaux.
- 174. Des ventes faites par celui qui est accusé de crime capital.
- 175. Du mort civil.
- 176. § Du copropriétaire qui vend sa part indivise avant partage. § Du saisi. § Du failli. § De l'héritier bénéficiaire et autres. Renvoi.

COMMENTAIRE.

165. La liberté de vendre et d'acheter est de droit commun, et forme la règle générale (1). Il n'y a

(1) Art. 1123 du Code Napoléon.

que ceux à qui il est expressément défendu d'acheter ou de vendre qui soient privés de ce droit. « Emere possunt quilibet non prohibiti, » dit Voët (1).

Le chapitre que nous analysons pose quelques cas de prohibition, qui ne rentrent pas dans les défenses générales prononcées au titre des obligations. On les trouvera expliquées sous les art. 1595, 1596, 1597. Le premier de ces articles s'occupe des ventes entre époux.

Le second défend à certaines personnes de se rendre adjudicataires des biens qu'elles administrent ou qu'elles sont chargées de vendre.

Le troisième défend à certains fonctionnaires d'acheter des procès et droits litigieux.

Mais ces dispositions ne résument pas l'ensemble des prohibitions qui se réfèrent à ce chapitre. Nous allons les rappeler rapidement.

166. Le mineur, étant incapable de contracter (2), est incapable de vendre et d'acheter (3). « Si, curatorem habens minor 25 annis, post pupillarem aetatem, res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à prætore, curatore dato, bonis interdictum est (4). »

Néanmoins celui qui a contracté avec le mineur est obligé envers lui, quoique le mineur ne soit pas réciproquement engagé par un lien de droit : « Si quis, dit Ulpien, a pupillo, sine tutoris auctoritate, emerit, ex uno latere constat contractus; nam

(1) Ad Pand., *De cont. empt.*, n° 8.

(2) Art. 1124 du Code Napoléon.

(3) V. Pothier, *Oblig.*, n° 49 et suiv. Despeisses croit (t. 4, p. 5) qu'un mineur peut acheter, et il se fonde sur la loi 35, *Dig. De minorib.* Mais cette loi parle d'un cas où le mineur avait intérêt à acheter une chose qui avait appartenu à ses ancêtres. Elle ne dit pas qu'un mineur est lié par l'achat qu'il a fait, quand il ne lui convient pas.

(4) L. 3, C. *De integ. resit.*, Diocl. et Maxim.

« qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat (1). »

J'ai examiné dans mon commentaire sur les hypothèques, la nature de l'incapacité du mineur, l'effet que cette incapacité produit sur les actes d'aliénation qu'il passe, et l'influence de la ratification qu'il donne en majorité (2). Cette matière, qui a soulevé des systèmes divers, domine aussi la vente. On pourra s'aider ici des développements que je lui ai donné dans l'ouvrage précité. Pour en finir sur ce point, qui, dans le droit, est d'une fréquente application, je dois dire quelques mots sur le système que M. Duranton (3) a soutenu dans son *Cours de droit français*, système qui me paraît en opposition avec le véritable esprit du Code Napoléon. La discussion à laquelle je vais me livrer me donnera occasion de poser les règles qui défendent au mineur d'acheter, et qui le frappent à cet égard d'une incapacité aussi réelle que celle qui le domine quand il veut vendre ses immeubles.

Suivant M. Duranton les actes faits par le tuteur avec l'observation de toutes les formalités voulues par la loi ne sont jamais attaquables par le mineur pour simple lésion. Entre ces actes et ceux qui sont faits par les majeurs, il n'y a aucune différence.

Le droit de se pourvoir pour simple lésion n'est ouvert au mineur, par l'art. 1305, que lorsqu'il a traité seul et sans l'autorisation de son tuteur. Pour les actes que la loi a voulu environner de certaines formalités, comme les ventes d'immeubles, etc., le mineur n'a pas besoin de prouver la lésion pour faire annuler une vente de ce genre qu'il aura faite sans le concours des solennités requises. Peu importerait

(1) L. 13, § 29, D. *De cont. empt.* Inst., *De auct. tutor.* In præm. L. 16, D. *De minor.* Cujas, 16, observ. 21. Art. 1125 du Code Napoléon.

(2) T. 2, n° 488 et suiv.

(3) T. 10, n° 278 et suiv.

que le prix de vente eût servi à payer ses dettes, qu'il en ait été fait utile emploi, que ce prix fût convenable et avantageux, etc.; il suffirait qu'il y eût omission des formes prescrites par la loi pour que la nullité pût être obtenue sans prouver aucune lésion. Mais, s'il s'agit de simples actes pour lesquels la loi ne prescrit aucune formalité spéciale, l'acte n'est pas nul, par cela seul qu'il a été fait sans l'autorisation du tuteur. Il est seulement rescindable pour cause de lésion si le mineur en a éprouvé un dommage. C'est ici le cas d'appliquer l'art. 1305. Ainsi les baux, les ventes de denrées que le mineur aura fait seul, ne sont pas nulles (1); il n'aura que la faculté de les attaquer pour cause de lésion, s'il en a éprouvé un dommage de quelque importance.

J'avoue que quelque habileté que M. Duranton ait mise dans le développement de ses idées, je ne saurais me ranger à un système qui me paraît n'être qu'une pure imagination.

M. Duranton raisonne comme si le Code contenait une législation sans précédents, et ayant pleinement rompu avec le passé; mais il n'en est rien. A part un certain nombre de cas où il marche avec une bannière à lui, il a presque toujours admis les anciens principes ou composé avec eux, et, alors même qu'il les modifie, il se lie à leur disposition, de telle sorte que la chaîne du nouveau droit avec l'ancien n'est que rarement interrompue.

Voyons donc comment le Code a procédé dans le cas qui nous occupe.

Le droit romain est connu (2).

Si le mineur, pourvu d'un curateur, s'obligeait sans son autorisation, le contrat était nul *ipso jure*, et

(1) Probablement aussi les achats qu'il fait, car ce sont de simples actes pour lesquels la loi ne trace pas de formalités spéciales.

(2) Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 488.

il n'était pas nécessaire de le faire rescinder en prouvant la lésion (1).

Mais si le contrat était accompagné de toutes les formalités nécessaires pour habiliter le mineur, celui-ci ne pouvait revenir contre son engagement qu'en prouvant qu'il avait été lésé (2).

Quant au cas où le mineur n'avait pas de curateur (3), ce n'était pas par voie de nullité qu'il devait procéder, mais par l'action en rescision (4).

L'ancienne jurisprudence était conforme à ce système, si ce n'est que, dans les pays coutumiers, le mineur devait forcément subir la loi de son tuteur jusqu'à ce qu'il eût atteint sa majorité. J'ai rappelé ailleurs (5) un passage d'Henrys, qui résume avec énergie les résultats de l'incapacité du mineur. « Vainement on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets du magistrat; tout cela n'empêche pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, s'il se trouve quelque lésion... il n'y a pas d'assurance plus grande que d'acheter l'immeuble du mineur plus cher qu'il ne vaut (6). »

Quant aux actes moins importants, comme baux, etc., bien qu'ils eussent été passés par le tuteur, le mineur n'était pas obligé de les entretenir, s'il y avait lésion (7).

Voilà dans quel état se trouvaient les choses, quand

(1) L. 3, C. De integ. rest.

(2) L. 3, C., id. L. 2, C. Si advers. vendit. L. 1 et 11, C. De proedius vel aliis reb.

(3) Le droit romain admettait la position d'un mineur sans curateur. *Invito curator non datur*, maxime tirée du § 2 des Inst. De curat. (M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 1, p. 228, n° 269.)

(4) L. 101, D. De verb. oblig. L. 44, D. De minor. L. 96, D. De acq. hered.

(5) Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 492.

(6) T. 2, p. 257, et Bretonnier, sur Henrys, loc. cit.

(7) Pothier, *Des personnes*, p. 616 de la grande édition in-4°, parle d'un bail fait à vil prix.

le Code Napoléon est intervenu. La protection du mineur était évidemment environnée de garanties exagérées, et l'abus entraînait un mal dont les mineurs eux-mêmes étaient les premiers à souffrir. On ne traitait avec eux qu'avec une extrême défiance, et l'on s'éloignait, autant que possible, des affaires dans lesquelles ils étaient intéressés.

Le Code a voulu ramener la protection des mineurs dans de justes limites; il a travaillé pour faire cesser l'abus, tout en maintenant le principe. Pour y réussir, il n'avait pas à changer de système: il lui suffisait d'en retrancher quelques applications trop rigoureuses et trop absolues.

Ainsi donc, aujourd'hui comme sous l'ancienne jurisprudence, tout acte passé par le mineur sans les formalités habilitantes voulues par la loi est nul, et, pour en obtenir la nullité, il n'est besoin de prouver aucune lésion. L'art. 1124 du Code Napoléon, en déclarant le mineur incapable de contracter, enlève évidemment tout caractère de validité à une convention dans laquelle un mineur parle seul et sans autorisation. Et il est clair que, dès qu'il y a incapacité, le remède de la lésion est complètement inutile (1).

De plus, aujourd'hui comme sous l'ancienne jurisprudence, la simple lésion est suffisante pour que le mineur puisse se faire restituer contre les conventions dans lesquelles il a été légalement représenté ou autorisé (art. 1305). C'est la différence qu'il y a entre lui et le majeur. Il était nécessaire de la maintenir, parce que ses intérêts peuvent, malgré toutes les précautions de la loi, avoir été mal défendus par les étrangers qui sont appelés à veiller pour lui. C'est par suite de cette idée que la loi ne le soumet pas à la prescription (art. 2252 du Code Napoléon); le tuteur peut faillir, ou se laisser aller à l'incurie, et il

(1) C'est ce que Pothier établit très bien, *Traité des personnes*, p. 616.

ne faut pas que le mineur voie son patrimoine diminuer par les fautes de ceux qui le représentent. Enfin c'est encore cette même idée qui a déterminé l'art. 481 du Code de procédure civile, qui autorise le mineur à attaquer les jugements dans lesquels des moyens décisifs ont été omis, bien qu'il ait été représenté par son tuteur (1). En effet, la présence du tuteur ne suffit pas pour faire assimiler le mineur au majeur. Celui qui est représenté par autrui est soumis à des chances de perte dont peut se garantir facilement la personne qui agit pour elle-même, et dans la plénitude de sa capacité.

Il y a cependant quelques actes dans lesquels la loi a multiplié les précautions, et sur lesquels il serait dangereux pour la société de laisser planer une longue incertitude. Telles sont les aliénations des biens immeubles appartenant aux mineurs (2), les partages dans lesquels ils sont intéressés (3), les acceptations de donations (4), les conventions portées dans un contrat de mariage (5), les transactions (6). Ces actes sont environnés d'une multitude de garanties, avis et assistance de parents, conseils des juriconsultes, informations d'experts, publicité, enchères, etc.; tout est mis en œuvre pour déconcerter la fraude, et elle est si peu à craindre après tant de combinaisons, qu'il y aurait luxe à réserver au mineur des moyens de se faire relever, et danger pour les tiers que l'on tiendrait inutilement dans la perplexité. L'ancienne jurisprudence avait le tort de n'avoir pas fermé au mineur tout recours contre des actes consolidés par tant de précautions prudentes.

(1) M. Pigeau, t. 1, p. 656.

(2) Art. 457 et suiv. du Code Napoléon.

(3) Art. 466.

(4) Art. 463.

(5) Art. 1309 et 1398 du Code Napoléon.

(6) Art. 2052 et art. 467.

Aussi, les réclamations étaient-elles vives et nombreuses contre son excessive indulgence; on se plaignait surtout du provisoire fâcheux qui planait sur les partages et sur les ventes d'immeubles. Le Code a entendu ces plaintes; et il veut que ces actes aient la même force que s'ils eussent été passés par des majeurs (1). Mais la précaution qu'il prend d'énoncer, chaque fois, que la minorité n'est pas un motif pour se prévaloir de la lésion, et que le mineur est assimilé au majeur, prouve bien évidemment que le principe général est le droit de se plaindre de la lésion simple, alors même que l'acte est valable en la forme, et que, dans les dispositions spéciales dont je viens de parler, le Code ne procède que par exception.

Voilà quel me paraît être l'esprit du Code Napoléon.

Voyons maintenant comment M. Duranton est arrivé à un autre résultat.

Cet estimable auteur a senti que l'art. 1305 resterait décisif en faveur du système que j'embrasse (2) tant qu'on ne prouverait pas qu'il est des cas où le mineur, contractant seul, agit valablement et ne peut demander la nullité de son engagement. En effet, si le mineur qui procède sans autorisation ne donne naissance qu'à un acte nul, comme je le soutiens, il sera inutile de recourir à la lésion. La lésion n'est un remède applicable que lorsque l'acte est valable en la forme. L'art. 1305, qui ne s'occupe que de la lésion, ne trouvera par conséquent sa place que dans les circonstances où il n'y a pas d'incapacité à invoquer; il ne concernera que le mineur autorisé, et non le mineur agissant seul et sans assistance des personnes qui veillent pour lui. Afin donc que cet article se plie à la théorie de M. Duranton, il faut établir, avant tout, qu'un mineur, s'engageant seul et sans tuteur, s'oblige valablement, et ne peut aller

(1) Art. 466, 1314, 463, 480, 1309, 1398.

(2) Et qui est celui de M. Toullier, t. 7, n° 574.

par voie de nullité contre son contrat. C'est là la tâche qu'a entreprise M. Duranton. *Hoc opus, hic labor.*

Dans son traité des contrats (1), M. Duranton a adopté sur ce point une doctrine sur laquelle il est resté seul de son avis, comme je le disais ailleurs (2). Il voulait que le mineur, traitant seul de son autorité, n'eût, dans tous les cas, que l'action en rescision, s'il était lésé. Mais il reconnaît aujourd'hui que cette opinion est hasardée, et qu'elle va contre la pensée des rédacteurs du Code. Il l'abandonne donc.

Mais, pour enlever au système de M. Toullier l'art. 1305 du Code Napoléon, il soutient qu'à l'exception des cas où la loi a tracé des formalités spéciales, comme vente des biens immeubles, partages, transactions, etc. (formalités dont l'omission entraîne nullité), le mineur peut traiter valablement, sans l'assistance de son tuteur; que les actes qu'il fait alors ne sont pas nuls *ipso jure*, qu'ils sont seulement rescindables s'il y a lésion et préjudice, et que c'est seulement alors que l'art. 1305 est applicable.

Mais je vais démontrer que ce nouvel effort de M. Duranton est tout aussi infructueux que le premier.

Il veut, en effet, que le mineur puisse seul passer des baux, vendre son mobilier, acheter, etc., sans imprimer à ces actes le sceau de la nullité. Mais, d'abord, que deviendra l'art. 1424 portant que les mineurs sont incapables de contracter? Un incapable peut-il passer un contrat valable? Voilà toute la question. Je crois que, réduite à ces simples termes, elle ne saurait être douteuse (3). De plus, quel sens donnerait-on à l'article 450, qui veut que le tuteur repré-

(1) T. 1, ch. 2, sect. 2, § 1.

(2) Dans mon Comment. sur les Hypoth., t. 2, n° 492, note 1.

(3) V. les art. 502, 2012 du Code Napoléon, et la loi 3, C. *De in integr. rest.*, citée ci-dessus, qui, d'accord avec l'art. 509, mettent le mineur sur la même ligne que l'interdit.

sente le mineur dans tous les actes civils? Peut-on admettre un seul instant la validité d'un acte dans lequel le mineur n'a pas eu son représentant légal? Enfin, le mineur devant rester étranger à l'administration de son bien, qui est exclusivement confiée au tuteur (art. 350), conçoit-on une opinion qui se refuse à voir une nullité flagrante dans des ventes de denrées, des baux, des achats faits par le mineur, usurpant les droits et attributions de son tuteur?

Le savant professeur que je combats n'a pas fait attention à un argument très puissant contre lui que suggère l'art. 484 du Code Napoléon.

D'après cet article, le mineur émancipé a le droit de faire seul des achats et de contracter certains engagements, comme bail à loyer pour son logement, jusqu'à concurrence de ses facultés (1). Mais si ces engagements sont exagérés, les tribunaux peuvent les réduire. Ce droit de réduction n'est pas fondé sur une lésion (2). La lésion est le *dolus re ipsa*, qui résulte du défaut de proportion entre ce qu'une partie reçoit et ce qu'elle donne. Dans l'espèce prévue par l'art. 484, bien que la chose achetée ne soit pas payée trop chèrement, bien que le prix du bail soit raisonnable, les tribunaux pourront annuler ces actes, s'ils sont immodérés; car le mineur émancipé peut avoir dépassé les bornes d'une sage administration; il peut s'être constitué dans des dépenses au-dessus de ses facultés, et il était nécessaire de le placer sous une législation spéciale (3), afin que l'émancipation ne devint pas pour lui un présent funeste.

Eh bien! supposons maintenant avec M. Duranton que le mineur puisse faire seul, sauf l'action en rescision, les actes que la loi n'a pas soumis à des formalités spéciales de précaution; que, par exemple, il

(1) M. Cambacérés (Fenet, t. 10, p. 595).

(2) Aussi l'art. 484 ne prononce-t-il pas le mot de *rescision*.

(3) M. Berlier, Exposé des motifs (Fenet, t. 10, p. 648).

puisse acheter. Dans quel contre-sens n'allons-nous pas être jetés?

1° Voilà ce mineur qui achètera à crédit des chevaux de luxe et des meubles somptueux, qui louera un magnifique appartement, et se créera, en un mot, un état de maison beaucoup au-dessus de sa fortune. Si tous ces engagements sont contractés pour des prix justes et modérés, il ne faudra pas parler de rescision. Mais, d'un autre côté, le mineur ruiné par ses prodigalités ne pourra pas invoquer l'art. 484; car il n'a pas été fait pour lui; il ne lui est pas applicable. Ainsi le mineur gouverné par un tuteur sera moins gêné, moins surveillé, moins protégé que le mineur émancipé!!! En présence d'un tel résultat, il est bien clair que le point de départ est radicalement vicieux.

2° On me dira peut-être que, dans ces matières, la lésion ne s'entend pas dans le sens restreint de l'art. 1674 du Code Napoléon, et qu'il faut se conformer à la règle donnée par Brunemann (4) : *Minorem ex actu præsumi læsum, ex quo ad eum nulla utilitas redundare potest, sed non nisi damnum*. Je consens à l'admettre. Mais voici l'autre inconséquence dans laquelle nous allons nous trouver placés.

Quand le mineur émancipé abuse de la liberté qui lui est accordée par l'art. 484 d'acheter et de contracter certains engagements, il peut être replacé sous l'autorité d'un tuteur, conformément à l'art. 486 du Code Napoléon. Or que prouve cette peine? Elle démontre avec évidence qu'on ne fait déchoir l'émancipé de son rang que pour lui enlever la faculté de contracter, que pour l'assimiler au mineur, qui ne peut ni acheter ni s'engager. Les art. 484 et 486 supposent donc cette idée, qu'en achetant, sous condition seule de rescision, l'émancipé a un droit dont le mineur n'est pas investi, qu'il n'y a pas parité entre l'un et l'autre, que par conséquent le mineur,

(4) Sur la loi 1, C. *De in integ. rest.*, t. 2, p. 179.

soumis à un tuteur, fait un acte radicalement nul, et non pas seulement sujet à rescision, quand il achète seul et sans autorisation. Car si le remède de la rescision était commun au mineur émancipé et à celui qui ne l'est pas, il n'y aurait pas entre l'un et l'autre cette différence si clairement marquée dans les articles que je viens de citer. L'art. 486 ne serait pas un moyen d'enlever à l'émancipé le pouvoir dont il abuse. Ce pouvoir, il le retrouverait encore dans les liens de la tutelle.

Ce n'est pas tout. Quand l'émancipé laisse apercevoir, pendant le temps de son stage, des goûts de dépense, la loi lui oppose un frein. Elle le punit, en le déclarant indigne de la liberté qui lui a été accordée. Mais si nous raisonnons dans l'hypothèse qui veut que le mineur en tutelle puisse faire des contrats simples, sauf la rescision, quelle sera la peine qu'on infligera à ce mineur s'il se livre témérairement à son amour pour le luxe et la dépense? La rescision! Elle n'est qu'un moyen de protection. Une surveillance plus étroite! Mais, puisqu'il est en tutelle, il est impossible d'aller au delà des limites apportées à sa capacité. Ainsi, l'émancipé sera puni, et le mineur en tutelle ne le sera pas!! ou, pour mieux dire, il n'y aura de punition réelle ni d'un côté ni de l'autre; car, replacé en tutelle, l'émancipé serait encore maître de se livrer à ses penchants.

Voilà à quelles conséquences déraisonnables conduit le système de M. Duranton. Les faire ressortir, c'est renverser la théorie dont elles sont le produit; au lieu que si l'on veut se placer dans notre point de vue, si l'on admet avec nous la nullité des actes passés par le mineur en tutelle sans l'assistance de son tuteur, tout s'explique et se concilie, et l'on comprend sans peine que le retour de l'émancipé à la tutelle est un remède sagement efficace, qui le destitue d'un pouvoir désormais incompatible avec sa nouvelle position.

Enfin une autre raison ressort de l'art. 484.

Dans le 1^{er} §, cet article envisage plusieurs rapports à l'égard desquels il assimile l'émancipé au mineur en tutelle, par exemple pour la vente et l'aliénation de ses immeubles, etc.

Mais dans le paragraphe suivant, qui s'occupe des achats et autres engagements analogues, on voit que le législateur n'admet plus la parité. Il fonde un droit nouveau et tout spécial, comme disait M. Berlier (1). Et en effet, si les engagements du mineur en tutelle, agissant personnellement, eussent été valables, sauf la rescision en cas d'exagération, à quoi bon la dernière disposition de l'art. 484? La loi n'avait-elle pas tout dit dans le paragraphe premier! Aurait-elle tenu un langage, non-seulement redondant, mais encore vicieux par sa tournure, puisqu'encore une fois les deux paragraphes dont se compose l'art. 484 sont distribués de manière à faire croire qu'il y a antithèse?

Mais, s'écrie M. Duranton (2), comment peut-on admettre que la loi ait interdit au mineur, dûment représenté, tout recours pour lésion contre les actes les plus importants pour lui, comme vente d'immeubles, acceptation de donation, partage, transaction, et qu'elle lui ait permis d'attaquer des actes bien moins sérieux, tels que baux, vente de denrées, dans lesquels le tuteur a agi dans les limites de son pouvoir ordinaire? Rien n'est plus improbable; sans quoi, il y aurait dans les dispositions de la loi un désaccord extraordinaire!

Je ne suis nullement frappé de cette objection, et ce qui semble à M. Duranton une anomalie me paraît tout-à-fait rationnel.

Je l'ai dit il n'y a qu'un instant : les ventes d'immeubles, les acceptations de donation, les partages, les transactions sont accompagnés de précautions gémi-

(1) Exposé des motifs (Fenet, t. 10, p. 648).

(2) P. 301.

nées, qui écartent toute possibilité de lésion. Mais il en est autrement quand le mineur est moins efficacement défendu, et lorsque la seule assistance d'un tuteur souvent accessible à la négligence et à la précipitation peut faire craindre qu'il ne soit surpris par une tromperie adroite.

Ainsi, si un mineur passe un bail sans l'assistance de son tuteur, s'il achète sans son concours, ces actes seront nuls *ipso jure*, d'après l'art. 1424 du Code Napoléon.

Mais si le tuteur fait lui-même ces actes, la convention étant valable, le mineur devra l'accepter, à moins qu'il ne prouve une lésion assez forte pour être prise en considération. Quoique moins importants que les contrats privilégiés, qui demandent l'assistance du conseil de famille, et autres formalités solennelles, ces actes avaient pourtant droit à la protection du législateur. Voilà pourquoi il réserve la rescision, c'est le genre de secours particulier à ces conventions.

Et qu'on ne dise pas que cet état de choses empêchera de traiter avec les tuteurs. Quiconque apportera de la bonne foi dans ses relations avec eux, et ne voudra pas s'enrichir aux dépens des mineurs, n'aura rien à craindre; car les tribunaux n'admettront pas des réclamations faites légèrement pour ébranler des actes consommés. *De minimis non curat prætor*. L'expérience de tous les jours prouve que le système du Code n'entraîne aucun inconvénient. Mais celui que je combats en aurait de très graves; il serait un encouragement pour les mineurs à sortir de la ligne de subordination qui leur est tracée; il troublerait la gestion de tuteur et briserait l'unité qui doit présider à son administration; il ferait naître des pièges autour des incapables, par cela seul qu'il étendrait des droits qu'ils ne sont pas mûrs pour exercer avec discernement.

M. Duranton insiste en soutenant, par une comparaison de l'art. 1305 avec ceux qui le suivent et le

précèdent, qu'il doit être limité aux engagements faits par le mineur seul. L'art. 1304, dit-il, parle des actes faits par les mineurs. L'art. 1307 met en scène le mineur traitant seul et sans assistance. Il en est de même des art. 1308, 1309, 1311, 1313. Comment donc admettre que l'art. 1305 ait en vue un autre cas?

La réponse est simple et péremptoire.

Les articles cités embrassent une série d'hypothèses différentes les unes des autres, et ayant pour but de prévoir toutes les positions dans lesquelles le mineur se trouve placé. Tantôt la loi le considère seul, contractant sans assistance, ou même commettant un délit (1); tantôt elle le suppose environné de toutes les garanties, et muni de l'assistance de ceux dont la protection lui est nécessaire (2). Tous les cas ont été prévus. Dès lors, en voulant ramener ces divers articles au cas spécial qu'il a en vue, M. Duranton rétrécit le plan du législateur, et lui impute une lacune dont il n'est pas coupable. Aussi ne peut-il parvenir à soumettre l'art. 1305 à son hypothèse qu'en allant chercher dans d'autres articles du Code des expressions qu'il transporte dans le même article, et qui ne s'y trouvent pas.

Il y a plus. Supposons un instant qu'il faille sous-entendre, dans l'art. 1305, les expressions: *actes faits par les mineurs*, qu'on lit dans l'art. 1304. Il ne suivra pas que le législateur a entendu parler des actes faits par le mineur en dehors de toute assistance; car, par cela seul qu'il s'occupe uniquement du cas de lésion, la logique veut qu'on décide que son point de départ est que l'acte est valable en la forme, et que le mineur est autorisé.

A ce raisonnement, M. Duranton objecte que notre explication est forcée; car, dans le système du Code, c'est le tuteur qui représente le mineur, c'est lui seul

(1) Art. 1304, 1307, 1308, 1310, 1311.

(2) Art. 1304, 1309, 1311, 1314.

qui contracte pour lui ; la loi ne sait pas ce que c'est qu'un mineur autorisé : le mineur n'a pas à paraître dans les actes auxquels il est intéressé, comme dans le droit romain ; le tuteur parle, contracte, stipule, au nom du mineur. Ce dernier n'a pas la parole. Il n'y a donc pas lieu à l'autoriser. Ainsi, quand la loi parle d'*actes faits par le mineur*, elle ne peut entendre parler que d'*actes faits par lui seul et sans autorisation*.

Je conviens qu'en thèse générale il est vrai de dire que le tuteur agit pour le mineur, et que la personne de ce dernier s'efface dans les actes qu'il passe avec les tiers. Cependant, il y a des conventions dans lesquelles sa présence est de droit. Sans parler du mariage, qui est dans une classe à part (art. 160 du Code Napoléon), on peut citer les conventions matrimoniales dans lesquelles il figure en personne (art. 1095, 1309, 1398). Il est même certain que dans les anciens pays de droit écrit, un reste d'habitude fait que très souvent les mineurs parlent aux actes avec l'assistance et l'autorisation de leur tuteur, et cette manière de procéder n'a rien de contraire aux dispositions du Code Napoléon.

Enfin, si l'on ne veut pas s'attacher à une rigidité de mots purement académique, on demeurera convaincu que, dans le langage usuel, dont il faut bien tenir compte, on emploie tous les jours cette locution : *acte passé par un mineur autorisé*, pour désigner des actes dans lesquels c'est le tuteur qui est intervenu au nom du mineur. En effet, comme le dit Pothier, *les mineurs contractent par le ministère de leur tuteur* (1)... *Lorsque le tuteur contracte en cette qualité, c'est le mineur qui est censé contracter lui-même* (2).

Et le législateur, qui n'est pas un puriste, et qui subit, comme tout le monde, l'influence du langage

(1) Oblig., n° 49.

(2) Oblig., n° 74.

vulgaire, vient lui-même à l'appui de notre explication.

Econtons-le parler, dans l'art. 1304, qui embrasse les deux cas de rescision et de nullité.

« Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée, et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité. »

Voilà donc l'interdit et le mineur mis en jeu, et comparaisant personnellement. Et cependant, de quoi s'agit-il ? ce n'est pas seulement de l'action en nullité. C'est encore de l'action en rescision. Donc, le législateur suppose que l'acte fait par le mineur ou l'interdit est valable en la forme, c'est-à-dire que les personnes incapables ont été habilitées conformément à la loi. Et cependant il se sert de la locution usuelle : *ceux faits par le mineur*, parce qu'en effet c'est le mineur lui-même qui contracte par le ministère de son tuteur, et que cette manière de s'exprimer, quoique moins exacte, est plus rapide et plus laconique.

Une preuve du même genre découle de l'art. 1311.

« Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en la forme, soit qu'il fût seulement sujet à rescision. »

De deux choses l'une :

Ou le législateur ne répugne pas à l'idée d'un mineur souscrivant un engagement avec l'assistance et l'autorisation de son tuteur, et c'est lui qu'il a en vue dans l'art. 1311 du Code Napoléon ; dès lors M. Duranton ne prouve rien, en établissant que l'art. 1305 n'a en vue que l'acte fait par le mineur, et en l'interprétant par l'art. 1304 !! Car le mot de lésion, prononcé par le législateur, écarte toute idée de nullité pour incapacité, et force à limiter l'art. 1305 au cas où le mineur est assisté, conformément à la loi.

Ou bien, le législateur, en parlant de l'engagement souscrit en minorité, n'a entendu faire allusion qu'à une convention faite par le tuteur au nom de son mineur, se conformant ainsi à une manière métaphorique de s'exprimer, et désignant comme auteur du contrat celui qui figure dans les qualités, et au nom duquel l'acte se fait : et, sous ce nouvel aspect, l'art. 1314 vient encore confirmer toute notre doctrine ; car, tant qu'il s'agit de rescision, c'est en vain que M. Duranton s'efforcera de parler de nullité extrinsèque. Nous le ramènerons toujours à l'hypothèse d'un acte valable en la forme.

Je le dis avec conviction, plus je réfléchis sur le système que j'adopte, plus je le trouve simple, vrai, et en harmonie avec toutes les dispositions du Code. On ne peut soulever contre lui que quelques objections *cérébrines* prises de prétendus inconvénients qu'il occasionerait dans les relations des tiers avec le mineur, objections sans fondement, et auxquelles je crois avoir suffisamment répondu. Au contraire, le système de M. Duranton n'est qu'un perpétuel effort pour mettre d'accord des dispositions qui se heurtent et ne sauraient se concilier. M. Duranton échouera toujours, ce me semble, contre les articles 450 et 4124, qui établissent l'incapacité du mineur, et placent une nullité formelle là où cet auteur ne veut voir qu'un cas de rescision. Il lui sera toujours impossible de coordonner sa théorie avec l'ensemble des dispositions du Code sur la *minorité*. Lui-même, il reconnaît que, dans ses idées, la combinaison de l'art. 1305 avec ce titre *fait naître une grande obscurité* (1). S'il passait dans nos rangs, il verrait

(1) P. 309. — Je suis revenu sur la question dans mon Commentaire du *Cautonnement*, n° 74, où j'examine un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1844 (Deville. 44, 1, 497) contraire à l'opinion que je défends ; et je dois dire que la doctrine de cet arrêt, qui consacre l'opinion de M. Duranton, a été suivie

cette obscurité faire place à la clarté la plus vive et au plan le plus rationnel.

167. Les interdits pour démence et imbécillité sont placés, par l'art. 4124, dans la même incapacité que les mineurs (1) : leur incapacité est également relative (2).

Quant au mineur émancipé, il ne peut vendre ses immeubles qu'en se conformant aux dispositions prescrites pour l'aliénation des immeubles du mineur en tutelle (3).

Il en est de même pour le transfert d'une rente sur l'état excédant 50 fr. (4).

Mais, s'il s'agit du transfert d'une rente sur le grand-livre n'excédant pas 50 fr., l'émancipé n'a besoin que de l'assistance de son curateur (5) ; le point de droit est le même pour les ventes de meubles ; mais la vente serait nulle, s'il agissait seul ; car, d'après l'art. 482 du Code Napoléon, il ne peut recevoir un capital mobilier sans le concours du curateur, qui même est chargé de surveiller l'emploi ; d'où il suit qu'une vente à laquelle le curateur serait étranger ne serait pas conforme à la loi. D'ailleurs, l'art. 484 veut que pour les actes autres que ceux qui excèdent les bornes de l'administration pure, l'émancipé soit assimilé au mineur. Or, l'assimilation manquerait, si l'émancipé pouvait aliéner son mobilier seul et sans assistance.

par un assez grand nombre d'auteurs. V. MM. Valette sur Proudhon, ch. 16, sect. 2 et 5 ; Zachariæ, t. 3, 429 et 432 ; Solon, t. 4, n° 71 ; Paul Pont, Rev. de législ. t. 21, p. 217-242 ; Marcadé, art. 1305, n° 885 et suiv.

(1) L. 3, C. *De integ. rest.* Art. 502 du Code Napoléon. M. Toullier, t. 6, n° 108. Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, nos 485 et suiv.

(2) Art. 4125 du Code Napoléon.

(3) Art. 484.

(4) Loi du 24 mars 1806.

(5) Idem.

Néanmoins, pour ce qui concerne les ventes de fruits, les coupes ordinaires de bois, l'excédant des cheptels, la pêche des étangs, l'émancipé jouit de la plénitude de ses droits. Il peut procéder sans assistance, conformément à l'art. 481 du Code Napoléon. Car ce sont là des actes de simple administration, et qui ne portent que sur les revenus, lesquels sont laissés à la disposition de l'émancipé, et dont il peut donner décharge (1).

Quant au droit d'acheter, l'émancipé en est également investi par l'art. 484, et l'assistance de son curateur n'est pas nécessaire. Cependant, si l'achat était excessif et téméraire, et s'il dépassait les facultés du mineur émancipé, il pourrait être réduit ou même annulé (2).

On a demandé si ce droit d'achat s'étend aux immeubles comme aux meubles. L'affirmative a été décidée par arrêt de la cour de Colmar, du 31 janvier 1826 (3).

Cependant la discussion du Code Napoléon semble restreindre aux meubles seuls la faculté d'acheter. M. Cambacérés ne parlait que de *fournitures* faites à l'émancipé pour ses besoins (4). M. Berlier disait dans l'exposé des motifs : « Cependant, puisqu'il est appelé à l'administration de ses biens, il doit avoir les moyens d'y pourvoir. Il aura donc la faculté d'acheter les choses nécessaires à son entretien et à l'exploitation de ses biens (5). »

Je crois que les travaux préparatoires du Code Napoléon sont ici la véritable explication de son texte et de son esprit.

En effet, le premier § de l'art. 484 veut que le mineur émancipé soit incapable pour tout ce qui excède

(1) Art. 481 du Code Napoléon. M. Duranton, 3, n° 668.

(2) Art. 484. *Suprà*, n° 466.

(3) Dal., 26, 2, 189.

(4) Fenet, t. 10, p. 595.

(5) Fenet, t. 10, p. 647.

les bornes d'une simple administration. Voilà la règle; elle est sage, elle est prévoyante.

Puis, dans le § second, l'art. 484 parle d'achats que l'émancipé peut faire seul et sans assistance. Mais, pour que ce § soit d'accord avec le premier, il faut, de toute nécessité, l'entendre comme M. Berlier, c'est-à-dire le limiter aux achats qui sont la suite du droit d'administrer, comme achats pour l'exploitation de ses biens. Il suit de là que les achats d'immeubles sont exclus de la faculté donnée à l'émancipé.

Remarquez d'ailleurs que les achats d'immeubles entraînent quelquefois des conséquences graves. Lorsqu'ils se font par adjudication, l'acquéreur s'expose à la contrainte par corps, en cas de folle-enchère (art. 744 Code de procédure civile). Ces considérations ont déterminé la cour de Rouen à décider, par arrêt du 24 juin 1819 (1), qu'un mineur émancipé n'avait pu se rendre seul adjudicataire d'un immeuble. Je crois cette dernière solution conforme à la loi.

168. A l'égard des femmes mariées, leur capacité pour vendre et acheter est réglée par les art. 217, 1124, 1449 et 1576 du Code Napoléon.

Communes ou séparées de biens, elles ne peuvent ALIÉNER OU ACQUÉRIR à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari à l'acte, ou sans son consentement par écrit, lequel peut être, en connaissance de cause, suppléé par la justice (Art. 219).

Mais, si la femme est séparée de corps, ou seulement de biens, elle peut aliéner son MOBILIER, dont elle a la libre disposition (Art. 1447 Code Napoléon).

Je renvoie, du reste, à ce qui a été dit sur ce sujet par M. Toullier (2), et par Pothier, à qui il faut toujours en revenir (3).

(1) Dal., Tutelle, p. 781.

(2) T. 2, p. 11 et suiv.

(3) Oblig., n° 50, et sur Orléans, t. 10, ch. 8. *Junge mon*

169. Ceux qui, pour cause de prodigalité, sont placés sous l'autorité d'un conseil judiciaire, ne peuvent aliéner ni recevoir un capital mobilier sans l'assistance de leur conseil (art. 543) (1).

170. Le tuteur ne peut vendre les biens appartenant au mineur qu'avec certaines formalités.

En ce qui concerne la vente du mobilier, ordonnée par l'art. 452 du Code Napoléon, il faut que cette vente se fasse en présence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications. Mais le tuteur peut consommer cette vente, en vertu de ses pouvoirs de conservateur de la chose du mineur. Il n'a pas besoin d'autorisation du conseil de famille.

Il n'en est pas de même des immeubles appartenant au pupille. D'après l'art. 457 du Code Napoléon, le tuteur ne peut les vendre sans un avis de parents (2). De plus, l'aliénation doit être faite d'après les solennités ordonnées par les art. 955 et suiv. du Code de procédure civile, solennités dispendieuses qui ruinent souvent les mineurs, au lieu de les protéger.

171. Le maire d'une commune ne peut vendre de son chef les choses qui appartiennent au corps de la communauté (3).

Il y a plus, la communauté elle-même est incapable de contracter (4). Elle ne peut ni vendre ni acquérir qu'en vertu d'une ordonnance rendue sur la

Comment. sur les Hypothèques, t. 2, p. 452, et l'explication de l'art. 1447 dans mon Comment. du Contrat de Mariage.

(1) Consultez M. Toullier, t. 2, p. 475.

(2) L. 12, C. De prædiis minor. L. 3, C. Quando decreto opus non est.

(3) Despeisses, t. 4, p. 4, n° 7. Bouvot, Vente, partie 2, quest. 2. Nouvelle 120, cap. 6, § 2, L. 3, C. De locat. prædior. civit.

(4) Id. Charondas, Réponses, l. x, § 84. Bacquet, Droits de justice, ch. 10. M. Leber, Hist. critique du pouvoir municipal, p. 496 et 541. Junge mon Comment. sur les Hypothèques, loc. cit.

proposition du ministre, d'après la demande formée par le conseil municipal et transmise au ministre par le préfet, avec son avis appuyé de la preuve que le projet n'a donné lieu à aucune opposition fondée (1).

Ces principes ont été appliqués par la cour de Nancy dans un arrêt du 14 mai 1833. Un sieur Nicolas Rigolot avait promis à la commune de Godoncourt, par acte sous seing privé, de lui vendre, moyennant un prix désigné, sa maison pour en faire une école. Le conseil municipal de Godoncourt avait émis l'avis d'adopter cette proposition par délibération du 15 avril 1830. Pendant que les pièces étaient au ministère de l'intérieur, la révolution de juillet changea l'administration locale, et la nouvelle municipalité considéra comme désastreux pour la commune le projet adopté par l'ancienne. Néanmoins, avant qu'elle eût signifié à Rigolot son changement d'avis, il intervint une ordonnance du 26 novembre 1830, qui autorisa la commune de Godoncourt à acheter la maison de cet individu. Rigolot, en ayant été informé, actionna la commune pour passer contrat, sous prétexte qu'il y avait eu promesse de vente synallagmatique. La commune opposa, par l'organe de son maire, qu'elle n'avait rien fait pour se lier; qu'elle n'avait fait qu'émettre de simples avis. Sur ce débat est intervenu l'arrêt ainsi conçu :

« Considérant que si N. Rigolot a promis à la commune de Godoncourt de lui vendre sa maison, il n'y a pas eu de la part de la commune promesse d'acheter; que la délibération du conseil municipal du 15 avril 1830, d'où l'intimé veut faire ressortir un lien de nature à obliger la commune, n'est qu'un acte

(1) M. Leber, loc. cit., p. 542. Loi du 2 prairial an v. Loi du 14-18 décembre 1789, art. 54. Loi du 5 août 1791, art. 7, et art. 15 de la loi du 8 pluviôse an viii. Arrêté du gouvernement du 7 germinal an ix.

» purement administratif, qui n'a rien de synallagmatique et qui pouvait toujours être révoqué; que le conseil municipal de Godoncourt, alors dépourvu d'autorisation, ne pouvait pas plus promettre d'acheter qu'acheter; car ces deux droits aboutissent l'un et l'autre à une aliénation des propriétés communales, excédant les pouvoirs sagement départis à ces corps; que la délibération dont il s'agit ne contient qu'un simple projet, qui ne saurait être confondu avec une promesse réciproque et irrévocable: que, quelles que soient les expressions qui se rencontrent dans cette délibération, notamment la déclaration faite par les membres du conseil qu'ils ont accepté l'offre de la vente, cela ne peut s'entendre que d'une acceptation administrative, qui n'est autre chose qu'un avis, qu'une opinion du conseil, consignés dans un acte étranger à Rigolot, et qui ne constitue pas à son égard un engagement; qu'il est improposable de vouloir qu'une commune vende ou achète par simple délibération; que d'ailleurs c'est le maire seul qui a le droit de contracter au nom d'une commune, et que le conseil municipal n'a qu'un droit de délibération et jamais d'action; — que l'ordonnance du roi du 26 novembre 1830, qui autorise la commune de Godoncourt à acquérir la maison de Rigolot, n'a pour résultat que de lever l'incapacité de cette même commune, mais qu'elle n'équivaut pas à un contrat; qu'elle met seulement la commune en situation de contracter; que tout ce qui peut résulter de cette ordonnance, c'est que, sous son influence, la partie de Maire (Rigolot) aurait dû passer vente ou promesse de vente contradictoire, mais qu'il est impossible de la considérer comme ayant transformé en une promesse de vente synallagmatique des actes qui n'ont été que de simples projets. — Par ces motifs, etc. (1). »

(1) Cet arrêt est rapporté dans un nouveau recueil, qui mérite

Cet arrêt contient une saine appréciation des principes, et la cour les a discernés avec sagacité sous quelques faits ambigus qui les obscurcissaient.

En ce qui concerne les actes d'achat ou vente qui ont pour objet les chemins communaux, lorsque la valeur n'excède pas 3,000 livres, il suffit d'une autorisation donnée par le conseil de préfecture (1).

172. La même incapacité domine les établissements publics, tels qu'hospices, communautés religieuses, etc. (2).

173. Les biens qui forment le domaine de l'État étaient jadis inaliénables, et les concessions qui en étaient faites par le prince étaient réputées simples engagements, toujours révocables à bon plaisir (3).

Mais aujourd'hui le gouvernement peut les aliéner en vertu d'une loi. Telle est la disposition de la loi du 22 novembre 1790, art. 8.

174. Dans l'ancienne jurisprudence, on déclarait nulles les ventes faites par un individu accusé de crime capital, s'il venait ensuite à être condamné (4).

Ce n'est pas que l'accusé fût placé dans un état d'incapacité. Les lois romaines reconnaissaient positivement qu'il était *integri status* (5).

Mais on pensait que la position d'un accusé pouvait lui suggérer des ruses dolosives, pour frustrer le fisc et les parties civiles; l'on supposait aisément la fraude, parce qu'elle était fréquente, et que les dan-

d'être encouragé, et qui est intitulé: *Jurisprudence des cours royales de Nancy et Metz* (t. 1, 2^e partie, p. 22).

(1) Loi du 28 juillet 1824, art. 10.

(2) Sur l'ancien droit, relativement à la vente des biens d'église, voyez Despeisses, t. 1, p. 2, n^o 4.

(3) Édit de 1566. Répert., v^o Domaine. Despeisses, t. 1, p. 5, n^o 8. Chopin, du Domaine, l. 1, t. 3, n^o 4.

(4) Arrêt du parlement de Paris du 22 mai 1599. Despeisses, t. 1, p. 5, n^o 9.

(5) L. 41 et 42, Dig. *De solut.* L. 46, § 6, Dig. *De jure fisci.* Richer, Mort civile, p. 118.

gers qui menaçaient l'accusé devaient naturellement lui en faire naître la pensée (1).

Ainsi, si un accusé vendait tous ses biens, ou s'il en vendait seulement une partie au profit d'un proche parent, ou bien encore si l'on s'apercevait qu'après avoir vendu son patrimoine il continuait à en toucher les revenus, les soupçons de fraude paraissent assez véhéments pour s'armer de rigueur (2).

Que si, au contraire, l'accusé ne faisait que vendre une partie de ses biens pour satisfaire aux besoins qu'il éprouvait en prison et pourvoir à sa défense, on regardait la vente comme légitime (3).

Sous l'empire du Code Napoléon, on pourra avoir égard à ces circonstances, soit pour annuler, soit pour maintenir les actes faits par un accusé. Elles sont abandonnées à la sagesse du juge. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'accusé n'est pas incapable de droit, et que ce n'est que pour raison de fraude que ses actes peuvent être attaqués.

175. Le mort civil peut acheter et vendre (4). Car la peine qui le frappe ne fait que le retrancher de la société civile, et elle ne lui enlève pas les avantages que le droit naturel ou le droit des gens assurent à l'homme. « *Deportatus, disait Marcianus, civitatem amittit, et speciali quidem jure civilis non fruitur, jure tamen gentium utitur. Emit, et vendit, locat, conducit, permutat, fenus exercet, et caetera similia, et postea quæsitâ pignori dare potest* (5). »

Je crois cependant qu'il faut apporter une restric-

(1) Richer, Mort civile, p. 418.

(2) Bartole, sur la loi 15, Dig. *De donat.*

(3) Papon, notaire 1, t. 5, des Donations. Godefroy, sur la loi 15, Dig. *De donat.*

(4) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 463 *ter*, p. 156.

(5) L. 17, § 1, Dig., *De interd. et releg.* Cujas, dans son Comment. sur la loi 121, Dig. *De verb. oblig.*, t. 2, 1505, 1506. Richer, p. 206. Art. 33 du Code Napoléon.

tion à ceci. Qu'un mort civil se serve pour vendre et acheter des moyens en usage dans le droit des gens, qu'il contracte ou s'oblige verbalement ou par acte sous seing privé, c'est ce qu'on ne peut contester. Mais il me paraît difficile d'admettre qu'il lui soit permis de recourir aux formalités introduites par le droit civil, et de requérir les officiers publics d'imprimer aux actes qu'il passe le caractère d'authenticité que la loi fait résulter de formalités spéciales. Ce serait une participation au droit civil, et le mort civil ne peut porter ses prétentions jusque-là (1).

176. §. Le copropriétaire d'une chose indivise peut vendre sa part avant le partage (2); mais si le partage vient à s'effectuer ensuite, voici la chance que courra l'acheteur.

Il pourra arriver, en effet, que l'objet indivis tombe dans le lot du copropriétaire du vendeur; dès lors, d'après les art. 883, 1476 et 1872 du Code Napoléon, le vendeur sera censé n'avoir jamais eu la propriété de cette chose. La vente sera donc résolue, et les droits de l'acheteur seront effacés.

Mais si, par l'effet du partage, le vendeur conserve la chose ou une part dans cette chose, la vente tiendra : « *Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium judex divisit, sine dubio partem quæ adjudicata est, emptori tradere debes* (3). »

L'application de ce principe a été contestée devant la cour de Nancy dans une affaire qui se compliquait de circonstances particulières.

Les héritiers d'un sieur Foller avaient joui pendant plusieurs années, par indivis, de la succession opu-

(1) Du reste, on sait que la mort civile a été abrogée par la loi du 31 mai 1854. V. mon Comment. des Donations et Testaments, t. 2, n° 511 et suiv.

(2) Ulpien, l. 13, § 17, Dig. *De act. empt. Infrâ*, n° 207, et *suprà*, n° 11. Art. 1667 du Code Napoléon. *Junge* mon Comment. de la Transcription, n° 58.

(3) Loi précitée; art. 1667 du Code Napoléon.

lente de cet individu. Ils avaient même fait une convention par laquelle chacun pourrait prendre sur les fonds de la succession les sommes nécessaires pour ses besoins. Foller, avoué à Paris, l'un des cohéritiers, pressé par des besoins urgents, se fit remettre par M^e Marchal, notaire, qui administrait la succession pour le compte des héritiers, des sommes plus considérables que la valeur de sa part éventuelle. Bientôt de nouveaux besoins s'étant présentés, Foller vendit à un tiers sa portion indivise dans un immeuble dépendant de l'hérédité. Le moment du partage arriva; les cohéritiers s'aperçurent que Foller avait absorbé, et au delà, les forces de son lot au moyen des sommes d'argent qu'il avait prélevées sur la masse commune; ils prétendirent en conséquence qu'il était rempli de son avoir dès avant la vente de l'immeuble héréditaire consentie par lui, et ils demandèrent la nullité de cette vente. Pendant ce temps-là, le partage se poursuivit, et le notaire donna à Foller une portion d'immeuble équivalente à sa part afférente dans la succession (le tiers). Mais cette circonstance ne changea rien au système des autres héritiers, qui persistèrent à soutenir que Foller n'avait pu vendre sa part indivise. Il est évident que ce système n'était pas admissible. Aussi fut-il proscrit tout d'une voix par arrêt inédit de la cour de Nancy, rendu le 8 février 1833, sous ma présidence.

Voici les termes de cette décision :

- Considérant au fond que chaque cohéritier d'une succession indivise a un droit acquis aux immeubles de ladite succession, et que rien ne l'empêche de vendre sa portion, sauf les chances du partage;
- Que si Jules Foller, a reçu, par les sommes qui font partie de l'hérédité, une part plus considérable que celle qui lui appartient, ce n'est pas une raison pour décider qu'il a par là renoncé à son droit sur les immeubles; que c'est un simple emprunt qu'il a fait à ses cohéritiers..., qu'ainsi Jules Foller a dû

- prendre son tiers dans les immeubles de la succession, et qu'il a pu, même avant le partage qui n'est jamais attributif, mais déclaratif, vendre sa portion éventuelle; que François Robert a acheté de bonne foi cette part qui se trouve aujourd'hui comprendre le lot C, et que cette vente doit sortir tous ses effets, etc.»

§ Celui sur qui on a pratiqué une saisie immobilière ne peut aliéner l'immeuble saisi, dès l'instant où la saisie lui a été dénoncée. Dans le cas de vente, l'aliénation est nulle de droit, sans même qu'il soit besoin d'en faire prononcer la nullité (1).

Toutefois l'art. 693 (687 nouv.) du Code de procédure veut que l'aliénation ainsi faite reçoive son exécution, si, avant l'adjudication, l'acquéreur consigne une somme suffisante pour acquitter, en principal, intérêts et frais, les créances inscrites, à charge de faire signifier l'acte de consignation aux créanciers inscrits.

On demande si la vente faite par le saisi, lorsqu'il se trouve sous le poids de la saisie dûment dénoncée, peut revivre quand la saisie est abandonnée.

Par exemple, je suis créancier de Pierre de 100,000 francs. Il me donne en paiement un immeuble sur lequel il y a une saisie pratiquée et dénoncée. Ignorant cette circonstance, je passe contrat authentique; mais bientôt j'apprends que j'ai été trompé; et, considérant la vente comme non avenue, je m'unis au créancier poursuivant pour arriver à l'expropriation. Pendant que la procédure poursuit son cours, le débiteur commun désintéresse l'auteur de la saisie; moi, de mon côté, je donne mainlevée de la poursuite en ce qui me concerne; puis je fais revivre la

(1) Ancien art. 692 du Code de proc; aujourd'hui et depuis la loi du 2 juin 1841, c'est à compter du jour de la transcription de la saisie que la partie saisie ne peut aliéner les immeubles saisis (art. 686 nouv.).

dation en paiement qui m'a été faite, et je notifie aux créanciers inscrits afin de purger. Y serai-je fondé? Non, sans doute. Ce serait faire une vente à moi seul et sans le concours du consentement du vendeur avec le mien. D'un côté, j'ai considéré l'acte comme nul : j'ai agi comme s'il était au néant. De l'autre, on peut dire que la volonté du vendeur a pu ne pas persister pendant cet abandon de ma part, et qu'il faut qu'elle se déclare de nouveau d'une manière formelle.

Toutefois, et à part ces circonstances de fait, on doit dire qu'en général la nullité de droit prononcée par l'art. 692 du Code de procédure civile (686 nouv.) n'est pas absolue, et qu'elle n'a été introduite que dans l'intérêt des créanciers (1). L'art. 693 (687 nouv.) offre en effet la preuve qu'elle est couverte, quand ces derniers n'ont plus d'intérêt à s'en prévaloir.

§. Le failli ne peut aliéner ; car il est dessaisi de la propriété de ses biens ; on peut même faire annuler les aliénations de biens immobiliers faites dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, s'il y a fraude aux droits des créanciers (2).

§. Il y a d'autres personnes dont la capacité pour vendre sort des termes du droit commun ; tels sont l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, les syndics provisoires d'une faillite, les syndics définitifs, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, etc. Je renvoie aux principes que j'ai exposés à cet égard dans mon commentaire sur les Hypothèques (3).

177. On peut vendre par soi-même ou par procureur.

(1) *Infra*, n° 678, sur les nullités de droit.

(2) Art. 444 du Code de commerce. Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 819, p. 439. — La loi du 28 mai 1838, modificative du titre des faillites s'est montrée même plus rigoureuse. V. le nouv. art. 446 du Code de commerce.

(3) T. 3, n° 817, 818 et suiv.

Mais si le procureur excède sa procuration, la vente est sans valeur.

Les lois romaines nous donnent des exemples remarquables de cette règle de droit.

Ainsi, elles déclarent nulle la vente faite par le procureur à un individu autre que celui qui était désigné dans la procuration (1), ou bien la vente faite à plus vil prix qu'il n'avait charge de le faire (2). De même, si le mandataire a fait suivre la vente de tradition lorsque le prix n'était pas encore payé, et que, d'après son mandat, il ne devait pas mettre l'acheteur en possession sans recevoir le prix, le propriétaire mandant pourra retirer la chose des mains de l'acheteur (3).

Du reste, le mandat pour aliéner doit être exprès (4). Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.

ARTICLE 1595.

Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

1° Celui où l'un des époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits ;

2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou

(1) Javolenus, l. 63, Dig. *De cont. empt.*

(2) Ulpien, l. 1, § 3, Dig. *De except. rei venditæ*. Julien, l. 7, § 6, Dig. *Pro emptore*.

(3) Ulpien, l. 3, § 1, Dig. *De except. rei venditæ*. Despeisses, t. 1, p. 2, n° 3.

(4) Art. 1988 du Code Napoléon.

dation en paiement qui m'a été faite, et je notifie aux créanciers inscrits afin de purger. Y serai-je fondé? Non, sans doute. Ce serait faire une vente à moi seul et sans le concours du consentement du vendeur avec le mien. D'un côté, j'ai considéré l'acte comme nul : j'ai agi comme s'il était au néant. De l'autre, on peut dire que la volonté du vendeur a pu ne pas persister pendant cet abandon de ma part, et qu'il faut qu'elle se déclare de nouveau d'une manière formelle.

Toutefois, et à part ces circonstances de fait, on doit dire qu'en général la nullité de droit prononcée par l'art. 692 du Code de procédure civile (686 nouv.) n'est pas absolue, et qu'elle n'a été introduite que dans l'intérêt des créanciers (1). L'art. 693 (687 nouv.) offre en effet la preuve qu'elle est couverte, quand ces derniers n'ont plus d'intérêt à s'en prévaloir.

§. Le failli ne peut aliéner ; car il est dessaisi de la propriété de ses biens ; on peut même faire annuler les aliénations de biens immobiliers faites dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, s'il y a fraude aux droits des créanciers (2).

§. Il y a d'autres personnes dont la capacité pour vendre sort des termes du droit commun ; tels sont l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, les syndics provisoires d'une faillite, les syndics définitifs, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, etc. Je renvoie aux principes que j'ai exposés à cet égard dans mon commentaire sur les Hypothèques (3).

177. On peut vendre par soi-même ou par procureur.

(1) *Infra*, n° 678, sur les nullités de droit.

(2) Art. 444 du Code de commerce. Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 819, p. 439. — La loi du 28 mai 1838, modificative du titre des faillites s'est montrée même plus rigoureuse. V. le nouv. art. 446 du Code de commerce.

(3) T. 3, n° 817, 818 et suiv.

Mais si le procureur excède sa procuration, la vente est sans valeur.

Les lois romaines nous donnent des exemples remarquables de cette règle de droit.

Ainsi, elles déclarent nulle la vente faite par le procureur à un individu autre que celui qui était désigné dans la procuration (1), ou bien la vente faite à plus vil prix qu'il n'avait charge de le faire (2). De même, si le mandataire a fait suivre la vente de tradition lorsque le prix n'était pas encore payé, et que, d'après son mandat, il ne devait pas mettre l'acheteur en possession sans recevoir le prix, le propriétaire mandant pourra retirer la chose des mains de l'acheteur (3).

Du reste, le mandat pour aliéner doit être exprès (4). Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.

ARTICLE 1595.

Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

1° Celui où l'un des époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits ;

2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou

(1) Javolenus, l. 63, Dig. *De cont. empt.*

(2) Ulpien, l. 1, § 3, Dig. *De except. rei venditæ*. Julien, l. 7, § 6, Dig. *Pro emptore*.

(3) Ulpien, l. 3, § 1, Dig. *De except. rei venditæ*. Despeisses, t. 1, p. 2, n° 3.

(4) Art. 1988 du Code Napoléon.

de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté;

3° Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté;

Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.

SOMMAIRE.

178. Nécessité de la disposition qui défend le contrat de vente entre mari et femme. Toute vente entre époux contient présomption légale de fraude. Anciennes coutumes. Droit romain.
179. Exceptions à cette règle : 1° S'il y a séparation, et que l'un des époux cède des biens à l'autre pour le remplir de ses droits.
180. 2° Si la vente faite par le mari à sa femme a une cause légitime. Cette exception n'a pas lieu quand la femme vend à son mari. Cas où la vente a une cause légitime. L'art. 1595 n'est qu'indicatif. Cas où il y a fraude. Citation de divers arrêts.
181. 3° Si la femme fait à son mari une dation en paiement pour sommes dotales.
182. La femme ne peut faire à son mari une vente pour le payer de sommes qu'elle lui devait avant le mariage. Dureté des dispositions de la loi à cet égard. Vœu pour sa réformation.
183. Dans le cas où la vente est permise, si elle contient un avantage indirect, les héritiers ont l'action en réduction.
184. L'action pour lésion dans une vente entre époux ne court pas pendant le mariage.
185. Les ventes entre époux, non autorisées par l'art. 1595, sont-elles nulles, ou bien ne sont-elles que des donations déguisées simplement soumises à révocation ? Conflit entre M. Toullier et les arrêts. Opinion conciliatrice.

COMMENTAIRE.

178. Si le législateur n'eût pas apporté des entraves aux ventes entre mari et femme, rien n'eût été plus facile que d'éluider la prohibition faite aux époux de s'avantager au delà de certaines limites (art. 1099 Code Napoléon) (1).

De plus, les conjoints auraient eu sous la main un moyen infaillible de rendre irrévocables des dons que la loi soumet, comme les testaments, à une condition perpétuelle de révocabilité (art. 1096 Code Napoléon). « Il fallait craindre (et ici je me sers des expressions de M. Portalis) (2) un abus que le mari peut faire de son autorité, et celui qui aurait sa source dans l'influence que la femme peut se ménager par les douces affections qu'elle inspire. »

Enfin, le mari est chef de la société conjugale; il est l'administrateur des intérêts communs. La femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation; pourrait-on se promettre que la même personne pût concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur (3)? On a donc posé, comme présomption de droit, qu'entre personnes si intimement unies, si dominées par des influences mutuelles, la vente masque une donation (4), ou une fraude à l'égard des tiers.

C'est ce qui avait déterminé plusieurs coutumes à défendre, entre conjoints, toute espèce de contrat au profit l'un de l'autre (5).

(1) Discours du tribun Faure (Fenet, t. 14, p. 155) et du tribun Grenier (Id., p. 194).

(2) Exposé des motifs (Id., p. 445).

(3) M. Portalis (id.).

(4) M. Portalis (id.).

(5) Normandie, art. 410. Nivernais, ch. 23, art. 27. Bourbonnais, art. 226. Pothier, Donation entre mari et femme, n° 78. M. Toullier, t. 42, n° 41.

Néanmoins, il y a quelques cas d'exception où la vente entre époux peut s'appuyer sur des motifs légitimes (1). Le Code les énumère (2). Nous les rappellerons tout à l'heure. Remarquons, pour le moment, qu'en ce qui concerne les époux, l'incapacité de vendre et d'acheter est la règle générale. On s'est écarté, sur ce point, des lois romaines, qui ne présumaient pas la simulation de plein droit, et qui même recommandaient de ne pas se montrer trop rigoureux dans la critique des clauses du contrat. « Non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum esse, sed ut inter conjunctos maximo effectu et solam inopiam ex mutuâ donatione timentes (3). »

179. Le premier cas d'exception autorisé par notre article est celui où, les époux étant séparés de biens judiciairement, l'un des deux cède des biens à l'autre pour le remplir de ses droits. La légitimité d'une pareille cession frappe par son évidence : elle est moins une vente qu'une dation en paiement (4).

180. Le deuxième cas d'exception est celui où la vente que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause reconnue légitime (5).

Il est d'abord très essentiel de remarquer que ce paragraphe ne saurait être étendu au cas d'une vente

(1) On le reconnaissait sous l'empire des coutumes. (Coquille sur Nivernais, *loc. cit.* Dumoulin sur Paris, art. 156, n° 5.)

(2) Un époux peut aussi se rendre adjudicataire d'un immeuble exproprié à la requête des créanciers sur l'autre époux. *Infra*, n° 193. Le contrat de vente n'a pas lieu alors entre époux. Ce sont plutôt les créanciers saisissants qui sont les vendeurs.

(3) Paul, l. 28, § 2, Dig. *De donat. inter. vir. et uxor.* Voët, n° 41 et n° 8. Pothier, *loc. cit.*

(4) La vente, dans ce cas, peut avoir lieu après la séparation de biens, quoique avant la liquidation des droits. Bourges, 5 mai 1830.

(5) V. Caën, 4 janvier 1854 ; Riom, 24 mars 1852 (J. Pal. 1853, t. 2, p. 219 et 221).

faite par la femme au mari : il ne parle que du cas où c'est le mari qui vend à la femme. On conçoit, en effet, que le législateur se soit montré plus facile lorsque la vente est passée au profit de la femme par le mari, chef de l'association conjugale, et plus indépendant par sa position (1).

Observons en outre qu'en faisant dépendre la vente d'une nécessité vraiment légitime, le Code ne pouvait entrer dans l'énumération de tous les cas où une juste cause se rencontre. C'est aux tribunaux à les reconnaître avec sagesse et discernement. Ils ont, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire. L'exemple que donne notre article n'a rien de limitatif ; il n'est qu'indicatif d'une hypothèse qui sert à mieux mettre en lumière l'esprit de la loi (2) ; et en signalant comme légitime la vente faite par le mari à la femme, pour remploi de ses propres (3) aliénés ou de deniers à elle appartenant, il n'a pas entendu enlever à la femme le droit d'acheter de son mari, dans une foule d'autres cas où elle doit veiller à la conservation de ses droits et se faire payer de ce qui lui est dû (4).

Mais en revanche les tribunaux ne doivent pas se laisser tromper par de fausses assurances de légitimité et par des détours, qui, ordinairement, ne servent qu'à colorer des fraudes. C'est ainsi que la cour de Grenoble a déclaré nulles des ventes faites par un mari à sa femme, pour la payer de sa dot, alors qu'elle

(1) V. M. Marcadé, art. 1595, n° 2.

(2) Arrêt de la cour de Paris du 21 janvier 1814 (Daloz, Vente, p. 859, note 2). Bordeaux, 1^{er} décembre 1829 (Sirey, 30, 2, 66). Cassation, 23 août 1825 (Daloz, 26, 1, 41).

(3) Le Tribunal n'a pas voulu laisser insérer dans l'art. 1595 l'expression de *propres* ; il a mieux aimé une circonlocution (Fenet, t. 14, p. 87). Cette prudence de langage ne se retrouve plus dans l'art. 2135 du Code Napoléon, n° 3.

(4) *Sic* MM. Zachariæ, t. 2, p. 498 ; Duvergier, n° 179 ; Marcadé, art. 1595, n° 2. — V. aussi Bourges, 14 mars 1853 (Deville, 53, 2, 112).

était mariée sous le régime dotal et qu'il n'y avait pas de séparation prononcée (1). Il est clair que le paiement de la dot est sans cause légitime lorsqu'il est fait avant la séparation ou la dissolution du mariage.

181. Le troisième cas d'exception est celui où la femme cède des biens à son mari, en paiement d'une somme qu'elle se serait constituée en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté.

La femme peut avoir promis, en se mariant, d'apporter en dot une somme d'argent. Si elle ne peut réaliser cette somme, rien n'empêche qu'elle ne remplace son apport par des immeubles (2). Il vaut mieux qu'elle conserve un immeuble auquel elle peut tenir par affection que d'être forcée de le vendre à un tiers pour en verser le prix à son mari.

Mais une telle vente n'est permise qu'autant que les époux ne sont pas en communauté. Car autrement, remplacer une somme peut-être irrécouvrable, entrée en communauté, par un immeuble qui n'y entre pas de droit, ce serait faire un avantage et non pas une vente (3).

182. *Quid*, si la femme est débitrice de son mari pour causes antérieures au mariage? pourrait-elle lui faire une dation en paiement.

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) avait demandé que l'art. 1595 fût rédigé de manière à autoriser, en ce cas, la vente faite par la femme à son mari (4). En conséquence, on était convenu de sup-

(1) Arrêts des 24 janvier 1826 (Dal., 26, 2, 155) et 4^e mars 1831 (Dal., 32, 2, 60). — V. encore Bordeaux 1^{er} déc. 1829; Cour de cass., 24 juin 1839 et 10 juillet 1841 (Devill. 39, 1, 596; 42, 1, 8).

(2) M. Tronchet, Discussion au conseil d'État (Fenet, t. 14, p. 23).

(3) V. MM. Toullier, t. 12, n^o 41; Duranton, t. 16, n^o 150; Duvergier, t. 1, n^o 181; Zachariae, t. 2, p. 499; Marcadé, art. 1595, n^o 3.

(4) Fenet, t. 14, p. 22.

primer le n^o 3 de l'article, et de rédiger ainsi le n^o 4^e: « Celui où l'un des époux cède à l'autre des biens en paiement de ses droits. » Mais cette rédaction ne fut pas conservée dans le texte du projet présenté au Tribunal (1); j'ignore par quel motif le § 1 de l'art. 1595 fut reproduit avec sa limitation pour le cas de séparation judiciaire; et pourquoi aussi le § 3 resta circonscrit dans l'hypothèse de sommes dotales promises par la femme. Voilà cependant une espèce qui ne rentre dans aucun des trois cas prévus par notre article, et qui, on ne peut le nier, est environnée des mêmes circonstances de justice !!

Pour prendre un parti sur cette difficulté, on éprouve d'assez graves embarras; car, d'une part, on se sent dominé par l'équité qui s'attache à la cause du mari et par la résolution adoptée par le conseil d'État; de l'autre, on est enchaîné par les paroles restrictives de notre article, qui porte: « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants, etc. » Néanmoins je pense que, dans ce conflit, il faut s'en tenir au texte de la loi. Ce texte est si clair, si positif, si absolu, que le jurisconsulte est forcé d'y soumettre sa raison. Il ne peut que faire des vœux pour la réforme de l'art. 1595, dans le sens qui avait un moment prévalu au conseil d'État.

183. Si, dans les trois cas énumérés par notre article, la vente, quoique ayant une cause légitime, couvrirait un avantage indirect, supérieur à la portion disponible, les héritiers de l'autre époux pourraient intenter l'action en réduction (2). C'est le sens de la disposition finale de l'article.

184. Le temps de la prescription, pour demander la rescision d'une vente entre époux, autorisée par

(1) Fenet, t. 14, p. 79.

(2) M. Grenier, tribun. (Fenet, t. 14, p. 101, 192.) M. Toullier, t. 12, p. 64.

notre article, ne court pas pendant le mariage (art. 2256 Code Napoléon (1)).

185. Voyons maintenant quel est le sort des ventes entre époux qui ne rentrent pas dans les trois cas d'exception formulés par notre article. Sont-elles nulles? ou bien doivent-elles valoir comme donations déguisées soumises à la révocation (art. 1096)?

M. Toullier défend cette seconde opinion, comme portant avec elle tous les caractères d'une évidence palpable. Il la justifie en faisant remarquer que notre article ne prononce pas la peine de nullité, ainsi que le font les deux articles suivants pour le cas qu'ils ont en vue. Il combine ensuite l'art. 1595 avec l'art. 1096; il explique le premier par le second, et il conclut en assimilant à des donations réductibles les aliénations prohibées par notre article (2).

Cette proposition est contredite par deux arrêts de la cour de Grenoble que nous avons cités ci-dessus (3), et qui ont décidé que de pareilles ventes entre époux sont nulles à l'égard des tiers, qui saisissent sur le mari les biens aliénés au profit de son épouse.

On peut aussi invoquer, à l'appui de ce second sentiment, un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1817 (4).

La vérité est que l'on ne saurait décider d'une manière absolue, et par une règle invariable posée *a priori*, du sort des ventes dont il s'agit.

Il peut arriver que les époux aient entendu dissimuler, sous l'apparence d'un contrat onéreux, une véritable donation; nul doute alors qu'un tel acte ne vaille dans les limites et avec les conditions assignées par l'art. 1096.

(1) M. Toullier, t. 12, p. 64.

(2) T. 12, n° 41, p. 65.

(3) N° 180. — *Junge* Grenoble, 40 juin 1841 (Devill. 1841, 2, 8). — V. aussi MM. Duranton, t. 16, n° 153 et Marcadé, art. 1595, n° 4.

(4) Dalloz, Vente, p. 858, note 1.

Mais il peut arriver aussi que les époux aient entendu faire une vente dégagée de tout esprit de donation, soit qu'ils aient voulu terminer de bonne foi des arrangements de famille, soit qu'ils aient cherché des moyens pour soustraire aux recherches des créanciers du vendeur des biens dont la saisie était imminente. Comment, dans un cas pareil, qui, il faut le dire, est le plus fréquent, pourrait-on maintenir comme donation un acte où la volonté de donner ne serait pas intervenue?

Le sentiment de M. Toullier ne doit donc être admis qu'avec précaution. Le juge pèsera les circonstances qui ont présidé à la vente; il consultera l'intention, la bonne foi et la position des parties (1).

ARTICLE 1596.

Ne peuvent se rendre adjudicataires, *sous peine de nullité*, ni par eux mêmes, ni par personnes interposées,

Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre;

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;

(1) *Sic* M. Duvergier de la Vente, n° 183, 184. Du reste, il ne faut pas confondre ce cas avec celui d'une vente faite entre époux dans l'une des trois hypothèses de notre art. 1595, mais qui contiendrait un avantage indirect en ce que le prix en serait trop peu élevé. Quelques esprits absolus veulent que l'acte soit nul aussi dans ce cas. La vérité est qu'il est simplement réductible, sur la demande des héritiers réservataires, dans la portion qui constitue l'avantage indirect. — V. MM. Toullier, t. 12, n° 41; Duranton, t. 16, n° 152; Zachariae, t. 2, p. 499; Duvergier, t. 1, n° 185; Marcadé, art. 1595, n° 5.

notre article, ne court pas pendant le mariage (art. 2256 Code Napoléon (1)).

185. Voyons maintenant quel est le sort des ventes entre époux qui ne rentrent pas dans les trois cas d'exception formulés par notre article. Sont-elles nulles? ou bien doivent-elles valoir comme donations déguisées soumises à la révocation (art. 1096)?

M. Toullier défend cette seconde opinion, comme portant avec elle tous les caractères d'une évidence palpable. Il la justifie en faisant remarquer que notre article ne prononce pas la peine de nullité, ainsi que le font les deux articles suivants pour le cas qu'ils ont en vue. Il combine ensuite l'art. 1595 avec l'art. 1096; il explique le premier par le second, et il conclut en assimilant à des donations réductibles les aliénations prohibées par notre article (2).

Cette proposition est contredite par deux arrêts de la cour de Grenoble que nous avons cités ci-dessus (3), et qui ont décidé que de pareilles ventes entre époux sont nulles à l'égard des tiers, qui saisissent sur le mari les biens aliénés au profit de son épouse.

On peut aussi invoquer, à l'appui de ce second sentiment, un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1817 (4).

La vérité est que l'on ne saurait décider d'une manière absolue, et par une règle invariable posée *a priori*, du sort des ventes dont il s'agit.

Il peut arriver que les époux aient entendu dissimuler, sous l'apparence d'un contrat onéreux, une véritable donation; nul doute alors qu'un tel acte ne vaille dans les limites et avec les conditions assignées par l'art. 1096.

(1) M. Toullier, t. 12, p. 64.

(2) T. 12, n° 41, p. 65.

(3) N° 180. — *Junge* Grenoble, 40 juin 1841 (Devill. 1841, 2, 8). — V. aussi MM. Duranton, t. 16, n° 153 et Marcadé, art. 1595, n° 4.

(4) Dalloz, Vente, p. 858, note 1.

Mais il peut arriver aussi que les époux aient entendu faire une vente dégagée de tout esprit de donation, soit qu'ils aient voulu terminer de bonne foi des arrangements de famille, soit qu'ils aient cherché des moyens pour soustraire aux recherches des créanciers du vendeur des biens dont la saisie était imminente. Comment, dans un cas pareil, qui, il faut le dire, est le plus fréquent, pourrait-on maintenir comme donation un acte où la volonté de donner ne serait pas intervenue?

Le sentiment de M. Toullier ne doit donc être admis qu'avec précaution. Le juge pèsera les circonstances qui ont présidé à la vente; il consultera l'intention, la bonne foi et la position des parties (1).

ARTICLE 1596.

Ne peuvent se rendre adjudicataires, *sous peine de nullité*, ni par eux mêmes, ni par personnes interposées,

Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre;

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;

(1) *Sic* M. Duvergier de la Vente, n° 183, 184. Du reste, il ne faut pas confondre ce cas avec celui d'une vente faite entre époux dans l'une des trois hypothèses de notre art. 1595, mais qui contiendrait un avantage indirect en ce que le prix en serait trop peu élevé. Quelques esprits absolus veulent que l'acte soit nul aussi dans ce cas. La vérité est qu'il est simplement réductible, sur la demande des héritiers réservataires, dans la portion qui constitue l'avantage indirect. — V. MM. Toullier, t. 12, n° 41; Duranton, t. 16, n° 152; Zachariae, t. 2, p. 499; Duvergier, t. 1, n° 185; Marcadé, art. 1595, n° 5.

Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

SOMMAIRE.

186. Incapacité d'acheter prononcée contre quatre classes de personnes.
187. 1° Les tuteurs ne peuvent acheter les biens de ceux dont ils ont la tutelle. *Quid* du subrogé-tuteur, du curateur, du conseil judiciaire? Dissentiment avec M. Duranton.
188. 2° Le mandataire ne peut acheter les biens qu'il est chargé de faire vendre. Application de ce principe à l'avoué qui a mission de poursuivre une adjudication. Dissentiment avec un arrêt de Bourges du 15 février 1815.
189. 3° Les administrateurs ne peuvent acheter les biens des communes, etc., confiés à leurs soins.
190. 4° Les juges, les suppléants, les procureurs et avocats-général, les substitués, ne peuvent se rendre adjudicataires dans les ventes poursuivies devant leur tribunal. Singulière omission de l'art. 1596. Exception à la règle contenue dans ce numéro.
191. 5° Ceux qui procèdent à la vente des biens nationaux ne peuvent s'en rendre adjudicataires.
192. 6° Celui sur qui l'on poursuit la saisie ne peut se rendre adjudicataire. Raison de cette disposition du Code de procédure civile. La femme commune du saisi peut-elle se rendre adjudicataire? N'est-elle pas personne interposée? Arrêts contraires examinés et discutés.
193. Quand y a-t-il interposition de personnes dans le sens de l'art. 1596 du Code Napoléon? Doit-on appliquer de droit l'art. 914 du Code Napoléon?
194. Par qui peut être invoquée la nullité prononcée par l'art. 1596.

COMMENTAIRE.

186. L'art. 1596 prononce une incapacité relative d'acheter contre quatre classes de personnes qu'il énumère, et il prononce la nullité des ventes passées à leur profit, soit directement, soit par personnes interposées.

187. 1° Les tuteurs ne peuvent acheter les biens de

ceux dont ils ont la tutelle. « Tutor, disait le juris-consulte Paul, rem pupilli emere non potest; idem » que porrigendum est ad similia, *ad curatores, procuratores et qui aliena negotia gerunt* (1). »

Et Modestin confirmait ce principe par cette proposition générale, qui en donnait en même temps la raison :

« Non licet ex officio quod administrat quis, emere » quid vel per se vel per aliam personam (2). »

Néanmoins, si la vente se faisait à l'enchère, on ne défendait pas au tuteur de se porter adjudicataire (3). Despeisses (4) et Tronçon (5) rapportent un arrêt du 12 janvier 1620, qui confirme une adjudication faite à un tuteur d'un immeuble du mineur saisi à la requête de ses créanciers.

Le Code Napoléon défend, aujourd'hui, cette manière de juger. Soigneux de prévenir la lutte de l'intérêt personnel avec le devoir, il ne veut pas qu'un tuteur puisse même se rendre *adjudicataire* des biens du mineur (6) (lesquels, comme on le sait, sont toujours vendus aux enchères); il a craint que la cupidité ne le portât à mettre en jeu des manœuvres déshonnêtes, pour tromper ceux qui viendraient lui demander des renseignements sur la valeur des biens, et pour empêcher les concurrents de se présenter.

La prohibition prononcée contre le tuteur s'étend-elle au subrogé-tuteur?

Pour répondre à cette question, il faut faire une distinction entre la vente volontaire et la vente sur expropriation forcée.

Dans le premier cas, les art. 452 et 459 du Code

(1) L. 34, § 7, Dig. *De cont. empt.*

(2) L. 46, id. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 491, n° 22.

(3) L. 5, C. *De cont. empt.* Brunemann sur cette loi.

(4) T. 1, p. 5, n° 11.

(5) T. 16 des *Criées*, art. 359.

(6) M. Faure, tribun, emploie expressément le mot d'*adjudicataire* (Fenet, t. 14, p. 155, 156).

Napoléon exigent que le subrogé-tuteur soit présent à la vente pour la surveiller. On ne conçoit pas, dès lors, qu'il puisse se porter acquéreur; il y a incompatibilité entre son rôle de gardien des intérêts du mineur et celui d'adjudicataire. C'est évidemment à tort que M. Duranton (1) enseigne que la loi ne prononce contre le subrogé-tuteur aucune incapacité pour le cas dont nous parlons. Si l'art. 1596 est muet, les art. 452 et 459 parlent avec énergie.

Mais quand la vente est faite par expropriation forcée, on ne rencontre plus les mêmes prohibitions. Le subrogé-tuteur n'a plus de ministère d'intervention à remplir dans une procédure qui se poursuit bien moins dans l'intérêt du mineur que dans celui des créanciers. Il rentre donc dans le droit commun, et l'on ne saurait lui appliquer ni l'art. 1596 qui ne s'occupe que du tuteur seul, ni aucun autre article analogue.

Parlons maintenant du curateur. Peut-il se rendre adjudicataire des biens du mineur non émancipé?

Je ne saurais le croire, malgré l'opinion affirmative de M. Duranton (2). Lorsqu'il s'agit d'aliéner, l'émancipé n'est plus qu'un mineur ordinaire, et le curateur remplit les fonctions de tuteur à son égard (arg. de l'art. 484 du Code Napoléon); il doit, de plus, assister le mineur pour la réception du prix de vente, et surveiller l'emploi des fonds (art. 482 du Code Napoléon). On voit d'un coup d'œil tous les inconvéniens qu'il y aurait à permettre au curateur d'être juge, assistant et surveillant dans sa propre cause. Il y a donc ici une incompatibilité qui supplée au silence de l'art. 1596 (3). La loi 34, § 7, au Dig. *De cont. emp.*, citée au n° 187, l'avait bien senti.

Mais je ne pense pas que le curateur soit incapable

(1) T. 16, n° 434.

(2) T. 16, n° 435.

(3) *Nemo potest esse auctor in re sua.*

d'acheter les biens de l'émancipé vendus par expropriation forcée. Son ministère n'est nullement requis pour intervenir dans la procédure.

Quid du conseil judiciaire donné à un prodigue? Les mêmes distinctions lui sont applicables. Car le prodigue ne peut aliéner volontairement sans l'assistance de ce conseil (art. 513 du Code Napoléon (1)).

188. 2° *Le mandataire* ne peut acheter les biens qu'il est chargé de vendre.

Les raisons qui ont fait prononcer l'incapacité du tuteur se présentent ici. Cette incapacité s'appuie sur les textes précis que nous avons indiqués au numéro précédent.

Il suit de là qu'un avoué ne peut se rendre adjudicataire, en son nom, des biens dont il est chargé de poursuivre l'adjudication; car il est mandataire chargé de vendre (2). Le contraire a cependant été jugé par un arrêt de la cour de Bourges, du 15 février 1815 (3); mais je ne saurais concilier cette décision avec notre article. Vainement argumenterait-on de ce que j'ai dit, *suprà*, n° 79, et de l'art. 709 (ancien) du Code de procédure civile. Si cet article décide que l'avoué dernier enchérisseur sera réputé adjudicataire en son nom, lorsqu'il ne déclarera pas, dans les trois jours, le nom de son client, il ne dit

(1) La doctrine que je défends ici, admise par la cour de Lyon, 7 déc. 1821, de Riom, 25 février 1843 (Devill. 43, 2, 317), et par MM. Magnien, t. 2, n° 1185, et Delvincourt, t. 3, est cependant plus généralement rejetée par les auteurs et par la jurisprudence qui adoptent l'opinion contraire de M. Duranton. V. Bordeaux, 30 mai 1840; Caen, 21 décembre 1842; Agen, 13 juin 1853 (Devill. 40, 2, 369; Dalloz, 52, 1, 314; 53, 2, 183), et MM. Zachariae, t. 2, p. 496; Duvergier, t. 4, p. 188; Paul Pont, *Revue critique*, t. 3, p. 352 et Coin Delisle, *ibid.*, p. 366.

(2) Rouen, 6 mai 1815 (Sirey, 15, 2, 223).

(3) Dalloz, *Saisie immobilière*, p. 752, note 1. M. Dalloz ne donne pas les motifs de cet arrêt. De pareilles omissions sont fâcheuses. A quoi sert un arrêt si les considérants en restent ignorés?

pas qu'une telle adjudication est bonne et valable, et que l'avoué ne sera passible d'aucuns dommages et intérêts pour avoir fait un pareil acte. Une pratique contraire compromettrait les droits des créanciers, et ferait toujours aboutir la saisie à un prix vil et insuffisant (1).

189. 3° Les administrateurs ne peuvent acheter les immeubles des communes et établissements publics confiés à leurs soins.

• Dans l'ancienne Rome, disait M. Portalis (2),
• les gouverneurs ne pouvaient rien acquérir dans
• l'étendue de leur gouvernement, et les magistrats
• ne pouvaient rien acquérir dans le ressort de leur
• juridiction. On voulait écarter d'eux jusqu'au soup-
• çon de mêler des vues d'intérêt privé avec les
• grands intérêts publics confiés à leur sollicitude.

• Une nouvelle de Valentinien (3) vint adoucir la
• rigueur de cette législation; et cette nouvelle, d'a-
• près le témoignage de Cujas, a formé le droit de la
• France (4).

• Mais une foule d'arrêts intervenus en forme de
• règlement (5) ont constamment prononcé la nullité
• des adjudications faites à des juges et à des admi-
• nistrateurs chargés, par état, de la surveillance des
• biens adjugés..... On a pensé que le titre public de
• leur charge les soumet à de plus grandes précau-

(1) Cependant la doctrine de l'arrêt de Bourges avait été consacrée par les cours de Besançon, 11 avril 1814, de Caen, 22 avril 1816, et par deux arrêts de rejet du 10 et 26 mars 1817. Elle était ainsi dominante en jurisprudence; mais l'opinion que j'ai défendue a été législativement consacrée par la loi du 2 juin 1841 sur les ventes judiciaires. V. le nouvel art. 711 du Code de procédure civile.

(2) Exposé des motifs (Fenet, t. 14, p. 116).

(3) C. Théod. *De confirmand. iis quæ admin.*

(4) Voyez aussi Chopin, Charondas, etc. Despeisses, t. 1, p. 9, n° 42.

(5) Despeisses, *loc. cit.*, cite ces arrêts.

• tions que les personnes privées, pour les mettre à
• couvert du soupçon d'abuser de leur autorité dans
• les occasions où ils ne peuvent et ne doivent se
• montrer que comme administrateurs ou comme
• magistrats (1).

190. Il est singulier que notre article ne dise pas un mot des juges et magistrats que M. Portalis met toujours sur la même ligne d'incapacité que les administrateurs; mais cette omission du législateur est réparée par l'art. 713 du Code de procédure civile, qui défend aux juges, juges-suppléants, procureurs-généraux, avocats-généraux, procureurs impériaux, substituts et greffiers du tribunal où se poursuit la vente, de se rendre adjudicataires, à peine de nullité et de dommages et intérêts

Cependant il a été jugé, avec raison, que lorsqu'un juge, faisant partie du tribunal devant lequel se poursuit la saisie, est en même temps créancier poursuivant, il peut se rendre adjudicataire (2).

L'art. 713 (711 nouveau) du Code de procédure s'applique aussi aux ventes volontaires faites en justice (3).

191. 4° Ceux qui procèdent à la vente des biens nationaux ne peuvent s'en rendre adjudicataires.

M. Regnauld (de Saint-Jean-d'Angély) fit remarquer au conseil d'État que cette disposition ne s'étendait aux préfets et autres administrateurs que dans le cas où ils font eux-mêmes la vente; il ajouta :
• Ceux qui veulent se rendre adjudicataires doivent
• se faire remplacer, pour ne pas être jugés dans leur

(1) Toutefois la prohibition ne s'étend pas aux conseillers municipaux d'une commune. V. Colmar, 8 avril 1838 (J. Pal. 1838, 2, 511), et MM. Foucart, t. 3, n° 158, et Marcadé, art. 1596, n° 2.

(2) Montpellier, 17 août 1818 (Daloz, Saisie immobilière, p. 758, note 1).

(3) Art. 965 du Code de procédure civile. Cour de cassation de Liège, 17 octobre 1822. Dal., *loc. cit.* n° 3, à la note.

propre cause (1). Les secrétaires-généraux des préfectures sont compris dans notre article (2).

192. L'art. 1596 arrête ici la nomenclature des incapacités qu'il prononce.

Mais nous en trouvons une nouvelle dans l'art. 713 du Code de procédure civile; cet article défend à celui sur qui l'on poursuit la saisie de se rendre adjudicataire. Il repousse les enchères qu'il pourrait faire; il défend aux avoués de prendre l'adjudication en son nom.

On conçoit les motifs de cette disposition. Qu'y aurait-il de sérieux dans les enchères de celui qui est dans une pénurie telle, que, ne pouvant payer de gré à gré, il est obligé de subir une expropriation? Il faudrait donc recourir sans cesse à l'extrémité d'une revente sur folle-enchère (3)? Et quelle garantie présenterait aux créanciers ce fol-enchérisseur (4), portant d'avance sur son front la preuve de son insolvabilité?

On demande si la femme commune du saisi pourrait se rendre adjudicataire. Par arrêt du 26 mars 1812, la cour de Bruxelles a décidé qu'on devait la tenir pour personne interposée; car, acquérant pour la communauté elle ferait rentrer la propriété dans le domaine du mari, partie saisie (5).

Au contraire, un arrêt de la cour de Besançon, du 12 mars 1811, a décidé que les incapacités étant de droit étroit, on ne devait pas étendre à la femme une défense limitée à la personne du saisi par l'art. 713 du Code de procédure civile (6).

Cette dernière jurisprudence me paraît plus juridi-

(1) Fenet, t. 11, p. 23.

(2) Décret du 11 avril 1810 (Sirey, 13, 3, 368).

(3) Art. 737 du Code de procédure civile.

(4) Art. 744 du Code de procédure civile.

(5) Dalloz, Saisie immobilière, p. 758.

(6) Dalloz, loc. cit.

que. Ce que la loi a considéré, en effet, c'est la présomption d'insolvabilité qui s'attache à la personne du saisi. Or, la même présomption ne peut pas s'étendre, de droit, à son épouse.

Avec le système de la cour de Bruxelles, on pourrait écarter des enchères une femme commune créancière de son mari, et ayant, par conséquent, intérêt à ce que l'immeuble soit porté à sa plus haute valeur. Ainsi, la femme devrait, en vertu de son hypothèque, être appelée à la saisie (art. 692 du Code de procédure civile); elle devrait être convoquée pour les enchères!! et cependant, elle ne pourrait enchérir et se rendre adjudicataire! Un tel résultat n'est pas admissible.

La vérité de notre solution est encore plus évidente lorsque les époux sont séparés de biens. C'est ainsi que la cour d'Aix a jugé, par arrêt du 27 avril 1809, qu'un mari ne peut être écarté des enchères sur un immeuble paraphernal de sa femme, saisi par expropriation forcée (1). Et, par arrêt du 23 février 1807, la même cour a maintenu une adjudication faite au profit de la femme du saisi, mariée sous le régime dotal, et créancière de sommes mobilières considérables (2).

193. L'art. 1596 annule non-seulement les ventes faites aux personnes incapables dont nous avons donné l'énumération aux n° 187, 188 et 189, mais encore à toute personne interposée. Toutefois, il ne décide pas dans quel cas il y a interposition; il ne pose pas de présomption *juris et de jure*, comme il l'a fait dans l'art. 911, relatif aux donations. On demande, dès lors, si cet article 911 doit être appliqué par analogie.

Je ne pense pas que cette disposition soit la règle invariable que le juge doit prendre pour base de sa décision. La question d'interposition est, quand il

(1) Dal., Saisie immobilière, p. 757.

(2) Idem.

s'agit de vente, une question de fait, qui doit être décidée d'après les circonstances (1). On ne peut aller chercher, dans le titre des donations, des présomptions de droit et des règles inflexibles, qui n'ont pas été créées exprès pour la vente. Aussi il y a telle espèce où il serait contraire à la justice et à la vérité d'annuler une vente faite au père ou à la mère, ou au fils des personnes déclarées incapables par l'art. 1596. Le magistrat doit examiner les faits et peser les vraisemblances. Reconnaissons, toutefois, qu'en général la proximité des personnes est un indice d'interposition, et qu'il faut des explications bien plausibles pour faire disparaître tout soupçon d'un concert frauduleux (2).

194. L'art. 1595 déclare que les ventes et adjudications faites aux tuteurs, aux mandataires, aux administrateurs, aux officiers publics, sont nulles. Mais cette nullité ne peut être invoquée que par le vendeur ou ses créanciers agissant en son nom. Les incapables, dont il vient d'être question, ne seraient pas fondés à s'en prévaloir eux-mêmes. Leur propre délit ne saurait être une raison de les affranchir de leurs obligations (3).

ARTICLE 1597.

Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 138.

(2) V. l'espèce rapportée au n° 202.

(3) *Junge* MM. Duranton, t. 16, n° 139; Duvergier nos 193 et 194; Marcadé, art. 1596, n° 3. — V. aussi *Rej.*, 4 avril 1837 et 3^e avril 1838 (*Devill.* 37, 4, 332; 38, 1, 368).

tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.

SOMMAIRE.

195. Défense portée contre certains fonctionnaires, officiers publics et autres, de se rendre cessionnaires de droits litigieux.
196. Les lois romaines contiennent l'origine de cette prohibition. Le pacte *de quotâ litis* est contre les bonnes mœurs. Qui peut en demander la nullité? Dissentiment avec M. Duranton.
197. Étendue de l'art. 1597. A quelles affaires litigieuses il s'applique.
198. Les magistrats des cours impériales sont compris dans les dispositions de l'art. 1597.
199. Que doit-on entendre par le ressort dont parle l'art. 1597? Critique d'un arrêt de la cour de Paris.
200. Quelles sont les circonstances qui rendent un droit litigieux dans le sens de l'art. 1597? Doit-on interpréter cet article par l'art. 1700 du Code Napoléon? Critique d'un arrêt de Rouen et d'un arrêt de Bruxelles.
201. Le droit cesse d'être litigieux lorsqu'il a été l'objet d'une décision passée en force de chose jugée. Il n'est pas non plus litigieux lorsqu'étant clair, liquide et certain, il faut seulement recourir à des moyens de contrainte pour en procurer le recouvrement.
202. De l'interposition de personnes dans le cas de l'art. 1597.

COMMENTAIRE.

195. Nous verrons plus bas ce qui concerne la vente des biens litigieux (1). Notre article ne s'occupe ici que d'une certaine classe de personnes à qui il est défendu de se rendre cessionnaires de droits semblables.

Ceux que la loi frappe d'incapacité à cet égard sont :

1^o Les juges;

(1) Art. 1699, 1700, 1701.

s'agit de vente, une question de fait, qui doit être décidée d'après les circonstances (1). On ne peut aller chercher, dans le titre des donations, des présomptions de droit et des règles inflexibles, qui n'ont pas été créées exprès pour la vente. Aussi il y a telle espèce où il serait contraire à la justice et à la vérité d'annuler une vente faite au père ou à la mère, ou au fils des personnes déclarées incapables par l'art. 1596. Le magistrat doit examiner les faits et peser les vraisemblances. Reconnaissons, toutefois, qu'en général la proximité des personnes est un indice d'interposition, et qu'il faut des explications bien plausibles pour faire disparaître tout soupçon d'un concert frauduleux (2).

194. L'art. 1595 déclare que les ventes et adjudications faites aux tuteurs, aux mandataires, aux administrateurs, aux officiers publics, sont nulles. Mais cette nullité ne peut être invoquée que par le vendeur ou ses créanciers agissant en son nom. Les incapables, dont il vient d'être question, ne seraient pas fondés à s'en prévaloir eux-mêmes. Leur propre délit ne saurait être une raison de les affranchir de leurs obligations (3).

ARTICLE 1597.

Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 138.

(2) V. l'espèce rapportée au n° 202.

(3) *Junge* MM. Duranton, t. 16, n° 139; Duvergier nos 193 et 194; Marcadé, art. 1596, n° 3. — V. aussi *Rej.*, 4 avril 1837 et 3^e avril 1838 (*Devill.* 37, 4, 332; 38, 1, 368).

tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.

SOMMAIRE.

195. Défense portée contre certains fonctionnaires, officiers publics et autres, de se rendre cessionnaires de droits litigieux.
196. Les lois romaines contiennent l'origine de cette prohibition. Le pacte *de quotâ litis* est contre les bonnes mœurs. Qui peut en demander la nullité? Dissentiment avec M. Duranton.
197. Étendue de l'art. 1597. A quelles affaires litigieuses il s'applique.
198. Les magistrats des cours impériales sont compris dans les dispositions de l'art. 1597.
199. Que doit-on entendre par le ressort dont parle l'art. 1597? Critique d'un arrêt de la cour de Paris.
200. Quelles sont les circonstances qui rendent un droit litigieux dans le sens de l'art. 1597? Doit-on interpréter cet article par l'art. 1700 du Code Napoléon? Critique d'un arrêt de Rouen et d'un arrêt de Bruxelles.
201. Le droit cesse d'être litigieux lorsqu'il a été l'objet d'une décision passée en force de chose jugée. Il n'est pas non plus litigieux lorsqu'étant clair, liquide et certain, il faut seulement recourir à des moyens de contrainte pour en procurer le recouvrement.
202. De l'interposition de personnes dans le cas de l'art. 1597.

COMMENTAIRE.

195. Nous verrons plus bas ce qui concerne la vente des biens litigieux (1). Notre article ne s'occupe ici que d'une certaine classe de personnes à qui il est défendu de se rendre cessionnaires de droits semblables.

Ceux que la loi frappe d'incapacité à cet égard sont :

1° Les juges;

(1) Art. 1699, 1700, 1701.

- 2° Leurs suppléants;
- 3° Les officiers du ministère public;
- 4° Les greffiers;
- 5° Les huissiers;
- 6° Les avoués;
- 7° Les avocats et agréés près les tribunaux de commerce;
- 8° Les notaires;

• Les ordonnances (1), disait M. Portalis, ont toujours prohibé aux juges, et à ceux qui exercent quelques fonctions de justice ou quelque ministère près les tribunaux, de se rendre cessionnaires d'actions et de droits litigieux, qui sont ou peuvent être portés devant le tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. Cette disposition est rappelée par le projet de loi. Elle est la sauvegarde des justiciables.

• Le juge est établi pour terminer les contestations des parties, et non pour en trafiquer (2).

196. Ces ordonnances, dont parle M. Portalis, prennent leur origine dans les lois romaines. Le titre du Code *Ne potentioribus liceat* défendait aux présidents des provinces et à tous autres officiers de prêter leur nom et leur crédit à ceux qui avaient des affaires devant eux, et de prendre cession de leurs droits (3). On craignait, avec raison que la puissance de pareils adversaires n'accablât l'autre partie et ne la forçât ou à renoncer à des droits certains ou à plier sous une injuste transaction.

De plus, la loi 1, § 12, au Dig. *De extraord. judiciis* (4), défendait aux avocats d'acheter des procès,

(1) Ces ordonnances sont rappelées dans le Rép. de M. Merlin, v° *Droits litigieux*, p. 398, col. 2, et dans Despeisses, t. 1, p. 8, col. 1.

(2) Fenet, t. 14, p. 117.

(3) Bretonnier sur Henrys, t. 2, p. 179. Perezius sur ce titre du Code.

(4) Ulpien.

et la loi 53, au Dig. *De pactis*, refusait toute action au procureur qui avait traité avec son client pour se faire céder le procès qu'il était chargé de poursuivre (1).

De tels pactes (2) sont en effet honteux et contraires aux mœurs (3). Ils ne font qu'attiser l'esprit de tracasserie et de litige; ils transforment l'honorable ministère de défenseur ou d'officier ministériel en un trafic sordide, en une vile spéculation sur la position des pauvres plaideurs; ils sont une source de vexations pour les hommes timides, qui se voient aux prises avec des légistes enhardis par l'habitude des luttes judiciaires, animés par l'intérêt personnel et armés de tous les pièges de la chicane: « *Inter pacta, dit Vinnius (4), quæ contra bonos mores fiunt, memoratur et pactum quo causidicus à litigatore litem redimit et convenit ut, nomine mercedis, certam partem hujus pecuniæ, et quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam summam in eventum litis accipiat.* »

Remarquez toutefois que le droit litigieux ne subsiste pas moins, et que le débiteur ne peut se prévaloir de ce trafic déshonnête pour se prétendre libéré. Aucune disposition de loi ne déclare la créance éteinte. Seulement, la cession est nulle, et le débiteur peut en requérir la nullité pour se soustraire aux poursuites pleines d'apreté d'un cessionnaire re-

(1) Voyez aussi les lois 6, § dernier, et 7, au Dig. *Mandat.*; la loi 45, au C. *De procurat.* (Dioclétien et Maxim.), qui disent qu'un tel marché est *contra bonos mores*, et la loi 5, au C. *De postulando* (Constantin); l. 1, C. Théod. *De postuland.*, et Cujas, 8, observ. 31, et 16, observ. 16; Oléa, *De cessione jurium*, t. 3, q. XI, nos 36 et 37. V. aussi Douai, 18 mars 1843 (Devill. 43, 2, 411).

(2) On les appelait *pacta de quotâ litis*.

(3) Voët, ad Pand. *De pactis*, n° 18. Brunemann les appelle *consceleratis pactionibus*, sur la loi 5, au C. *De postulando*.

(4) *De pactis*, ch. 18, n° 9.

doutable, et pour demander d'être mis en face de son véritable créancier.

Entre les parties contractantes, la conséquence de la nullité est que le cessionnaire, homme de loi, n'a pas d'action contre son cédant pour demander l'exécution du marché. *Nemo ex delicto suo actionem consequi debet.*

Mais le cédant peut-il prétendre contre son cessionnaire que le traité est nul? M. Duranton décide la négative, par cette raison qu'il s'est rendu complice d'un projet de vexation contre la partie adverse, et que c'est ainsi le cas de lui appliquer la maxime qui enlève toute action au cessionnaire (1). Mais je crois que cette opinion est fautive. L'art. 1131 porte que l'obligation fondée sur une cause illicite ne peut produire aucun effet. Ce serait faire produire un effet à un pareil contrat, évidemment repoussé par la probité, que de maintenir le cédant dans les liens qu'il engendre. Ce serait vouloir que le cessionnaire jouisse du fruit de sa spéculation déshonnête, en restant nanti du titre qui lui aurait été livré.

Je trouve la confirmation de ce sentiment dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 nivôse an v, dans lequel je lis : « Attendu qu'en jugeant que l'action en répétition, dans une cession de ce genre, APPARTIENANT AU CÉDANT, le tribunal d'Eure-et-Loir n'a violé aucune loi (2). »

197. Le pacte de *quotá litis* est interdit aux personnes mentionnées dans notre article pour tous droits litigieux, qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. Cette disposition de notre article fait cesser le doute qu'avait élevé à ce sujet Boucher d'Argis, qui voulait que la prohibition faite aux juges, avocats et procu-

(1) T. 16, n° 145.

(2) Dalloz, Vente, p. 927. M. Dalloz ne donne pas les faits de cet arrêt. Il faut donc que le lecteur devine l'espèce.

reurs, ne concernât que les affaires dont ils sont chargés dans l'ordre de leurs fonctions (1). La prohibition s'étend donc à tous les droits litigieux quelconques qui s'agissent dans leur ressort.

198. Quoique les magistrats (2) des cours impériales ne soient pas expressément désignés dans notre article, il est certain cependant qu'on doit le leur appliquer; car il y a parité de raison: même crainte d'une fâcheuse influence, même danger d'un crédit vexatoire et oppresseur, même dégradation de fonctions respectables, même oubli des devoirs d'une profession qui consiste à terminer les contestations des parties, et non à en trafiquer. On peut dire aussi que le mot *juges*, dont se sert l'article 1597, comprend, dans toutes les hiérarchies, ceux qui sont appelés à juger, soit en premier ressort, soit en dernier ressort (3).

199. Le ressort dont parle notre article est celui du tribunal compétent pour connaître du procès.

Ainsi un avoué près un tribunal de première instance peut acheter un droit litigieux soumis à la compétence d'un tribunal d'un autre ressort. Ainsi un avoué près une cour impériale peut se rendre cessionnaire d'un procès dans le ressort d'une autre cour.

Il existe cependant un arrêt de la cour de Paris, du 11 prairial an xiii, qui a décidé qu'un avoué de première instance ne peut devenir cessionnaire de droits litigieux soumis à un tribunal autre, mais du ressort de la même cour d'appel que celui près duquel il exerce (4). Mais une pareille décision n'est pas ad-

(1) Sur les quest. alphab. de Bretonnier, v° *Droits litigieux*, et Merlin, Répert., même mot, p. 389, col. 2.

(2) L'art. 54 de l'ord. de 1560 portait *des juges des cours, sièges et ressorts*. V. *infra*, n° 202.

(3) V. Bourges, 30 juillet 1828; Lyon, 10 juillet 1829 (Deville, 32, 2, 364; 40, 2, 404) et MM. Duvergier, t. 1, n° 496; Duranton, t. 16, n° 444; Marcadé, art. 1597, n° 1.

(4) Dalloz, Vente, p. 928, note 1.

missible; elle méconnaît le sens évident de la loi et elle ajoute à ses dispositions (1).

200. La plus grande difficulté que présente notre article consiste à préciser ce qui rend un droit litigieux.

Notre article se sert de ces mots : *procès, droits et actions litigieux* (2).

La première expression est claire par elle-même, elle n'a besoin d'aucune explication.

Le doute porte sur les deux autres. Doit-on les interpréter par l'art. 1700, et décider que la défense portée par notre article ne comprend que les droits cédés alors qu'il y a procès entamé et contestation sur le fond?

Presque tous les auteurs (3) sont d'accord pour décider que, par ces mots *droits et actions litigieux*, le législateur a entendu autre chose qu'un procès, et qu'il a voulu désigner les droits non reconnus, incertains, sujets à contestation, et de nature à appeler les parties devant les tribunaux.

Cette interprétation se fortifie de l'exposé des motifs fait par M. Portalis, qui, dans un passage que nous avons cité ci-dessus (4), déclare que l'art. 1597 a défendu, les cessions d'actions et de droits litigieux qui SONT OU PEUVENT ÊTRE PORTÉS DEVANT LE TRIBUNAL, etc.

Il nous semble, en effet, que notre article a un sens plus large que l'art 1700. Sa rédaction contient à dessein des expressions moins limitatives, et le langage

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 128, notes. M. Carré, Compétence, t. 1, p. 165. La cour de Colmar a jugé contrairement à la cour de Paris par arrêt du 11 mars 1807. Dalloz, Vente, p. 928, note 1, n° 2.

(2) L'ord. de 1560, art. 54, disait « cession des procès et droits litigieux » ; mais l'ord. de 1629, art. 94, ne parlait que des cessions de dettes pour lesquelles IL Y AIT PROCÈS.

(3) MM. Delvincourt, t. 3, p. 128, notes; Carré, Compétence, t. 1, p. 165; Villargues, Droits litigieux, t. 1, p. 45; Dalloz, Vente, p. 927, n° 9; Duranton, t. 16, n° 141; Duvergier, t. 1, n° 199; Zachariæ, t. 2, p. 572; Marcadé, art. 1597, n° 2.

(4) N° 195.

de M. Portalis démontre que, dans le chapitre 2, on a attaché à ces mots *droits et actions litigieux* la même pensée que Pothier (1), dont la définition n'a été modifiée que dans le chapitre 8, et pour une matière qui n'est pas la même que la nôtre. Ici le législateur a été guidé par un sentiment de haute moralité. Il n'a pas seulement voulu étouffer les procès commencés; son intention a été encore de les prévenir et d'enlever à des hommes familiers avec les discussions du barreau le prétexte et l'occasion de troubler le repos des familles.

Le contraire a néanmoins été jugé par un arrêt de la cour de Rouen du 27 juillet 1808 (2). Mais, en décidant que l'art. 1397 ne doit pas être appliqué aux droits qui ne sont que *sujets à litige et non encore litigieux*, cette cour a hautement méconnu l'esprit du législateur. On repoussera aussi un arrêt de la cour de Bruxelles, du 30 janvier 1808 (3), qui, sur le fondement de l'article 1700 du Code Napoléon, a validé la vente d'une créance faite à un avocat, par la raison qu'il y avait procès, non pas sur le fond du droit, mais seulement sur le rang et la priorité de la créance; comme si la question de rang n'était pas tellement importante qu'elle emporte souvent le fond! Comme si un légiste cupide ne pouvait pas, même à propos d'une priorité contestée, vexer un pauvre créancier et le forcer à capituler sur le rang qui fait la valeur de son titre!

201. Mais l'officier de justice qui achèterait un droit sur lequel il aurait été statué par une décision judiciaire en dernier ressort ne pourrait pas être considéré comme acquéreur de droits litigieux. (R)

(1) Vente, n. 584. « On appelle, dit-il, créances litigieuses » celles qui sont contestées ou peuvent l'être en total ou pour » partie. »

(2) Dalloz, Vente, p. 927, note 2.

(3) Sirey, 10, 2 46.

Il importerait peu que le jugement fût par défaut, si toutefois les voies pour l'attaquer étaient épuisées (1).

De même l'achat d'une créance claire, liquide et certaine ne peut pas être considéré comme achat de droits litigieux dans le sens de notre article, alors que, pour en procurer le paiement, il devient nécessaire de recourir à des moyens de contrainte et de saisie.

C'est ce qu'a jugé le parlement de Paris par arrêt du 13 juin 1761 (2), sur les conclusions de M. Pelletier de Saint-Fargeau, et la Cour de cassation a rendu, le 9 juin 1825, une décision conforme (3). On sent, en effet, qu'il n'y a rien de litigieux dans un droit qui n'est susceptible de contestation ni dans la forme ni au fond, et dont il n'y a que le recouvrement qui éprouve des difficultés, soit par l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur de payer, soit par suite d'une résistance inique et de mauvaise foi.

202. Si la cession était déguisée par une interposition de personne, elle serait nulle, quoique notre article ne s'en exprime pas. Mais il faut suppléer à son silence par l'art. 1596, et surtout par la raison, qui veut que le juge remonte jusqu'à la vérité des choses et déjoue les subterfuges de la fraude qui se cache. C'est aussi ce qu'on décidait dans l'ancienne jurisprudence, dont l'esprit est passé tout entier dans l'art. 1597. Denizart (4) rapporte un arrêt du parlement d'Aix qui annula une cession de droits litigieux faite aux deux fils de M. de Coriolis, président à mortier de ce parlement, fit défenses à ce magistrat d'en accepter de semblables, et le condamna en 300 livres de dommages et intérêts et aux dépens.

(1) Arrêt de la cour de Bordeaux du 29 août 1829 (Dal., 31, 2, 175).

(2) Répert., v^o Droits litigieux, n^o 3.

(3) Dal., 25, 4, 338.

(4) Droits litigieux. *Junge* Rousseaud de Lacombe, v^o Transport.

CHAPITRE III.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

ARTICLE 1598.

Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

SOMMAIRE.

203. Pour qu'une chose ne puisse pas être vendue, il faut qu'elle soit retranchée du commerce par une loi naturelle ou civile.
204. § I. Des choses qu'on peut vendre. Les choses futures peuvent être vendues; la vente est alors conditionnelle. On peut vendre une espérance. La vente des fruits à naître est-elle une vente conditionnelle ou une vente d'une espérance aléatoire?
205. Anecdote du trépied d'or pêché par des pêcheurs de Cos qui avaient vendu leur coup de filet. Un simple jurisconsulte eût mieux décidé que l'oracle de Delphes.
206. Vente des droits incorporels. Renvoi. De la vente des ouvrages d'esprit par un auteur à un éditeur. Principes particuliers sur ce genre de contrat. Il n'est pas un acte de commerce.
207. De la vente de la chose commune.
208. De la vente d'un édifice pour le démolir. Vandalisme des bandes noires.
209. § II. Des choses dont la vente est prohibée. 1^o Succession future. 2^o Chose d'autrui. Renvoi.
210. 3^o On ne peut acheter sa propre chose.
211. 4^o Ni les biens dotaux.
212. 5^o *Quid* à l'égard des biens substitués?
213. 6^o Prohibition de vendre des substances vénéneuses.

Il importerait peu que le jugement fût par défaut, si toutefois les voies pour l'attaquer étaient épuisées (1).

De même l'achat d'une créance claire, liquide et certaine ne peut pas être considéré comme achat de droits litigieux dans le sens de notre article, alors que, pour en procurer le paiement, il devient nécessaire de recourir à des moyens de contrainte et de saisie.

C'est ce qu'a jugé le parlement de Paris par arrêt du 13 juin 1761 (2), sur les conclusions de M. Pelletier de Saint-Fargeau, et la Cour de cassation a rendu, le 9 juin 1825, une décision conforme (3). On sent, en effet, qu'il n'y a rien de litigieux dans un droit qui n'est susceptible de contestation ni dans la forme ni au fond, et dont il n'y a que le recouvrement qui éprouve des difficultés, soit par l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur de payer, soit par suite d'une résistance inique et de mauvaise foi.

202. Si la cession était déguisée par une interposition de personne, elle serait nulle, quoique notre article ne s'en exprime pas. Mais il faut suppléer à son silence par l'art. 1596, et surtout par la raison, qui veut que le juge remonte jusqu'à la vérité des choses et déjoue les subterfuges de la fraude qui se cache. C'est aussi ce qu'on décidait dans l'ancienne jurisprudence, dont l'esprit est passé tout entier dans l'art. 1597. Denizart (4) rapporte un arrêt du parlement d'Aix qui annula une cession de droits litigieux faite aux deux fils de M. de Coriolis, président à mortier de ce parlement, fit défenses à ce magistrat d'en accepter de semblables, et le condamna en 300 livres de dommages et intérêts et aux dépens.

(1) Arrêt de la cour de Bordeaux du 29 août 1829 (Dal., 31, 2, 175).

(2) Répert., v° Droits litigieux, n° 3.

(3) Dal., 25, 4, 338.

(4) Droits litigieux. *Junge* Rousseaud de Lacombe, v° Transport.

CHAPITRE III.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

ARTICLE 1598.

Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

SOMMAIRE.

203. Pour qu'une chose ne puisse pas être vendue, il faut qu'elle soit retranchée du commerce par une loi naturelle ou civile.
204. § I. Des choses qu'on peut vendre. Les choses futures peuvent être vendues; la vente est alors conditionnelle. On peut vendre une espérance. La vente des fruits à naître est-elle une vente conditionnelle ou une vente d'une espérance aléatoire?
205. Anecdote du trépied d'or pêché par des pêcheurs de Cos qui avaient vendu leur coup de filet. Un simple jurisconsulte eût mieux décidé que l'oracle de Delphes.
206. Vente des droits incorporels. Renvoi. De la vente des ouvrages d'esprit par un auteur à un éditeur. Principes particuliers sur ce genre de contrat. Il n'est pas un acte de commerce.
207. De la vente de la chose commune.
208. De la vente d'un édifice pour le démolir. Vandalisme des bandes noires.
209. § II. Des choses dont la vente est prohibée. 1° Succession future. 2° Chose d'autrui. Renvoi.
210. 3° On ne peut acheter sa propre chose.
211. 4° Ni les biens dotaux.
212. 5° *Quid* à l'égard des biens substitués?
213. 6° Prohibition de vendre des substances vénéneuses.

214. 7° Et des armes cachées.
215. 8° Et des comestibles gâtés.
216. 9° Et des livres condamnés.
217. 10° *Quid* du tabac et de la poudre à tirer ?
218. 11° Objets dont le débit est soumis à des prohibitions.
219. 12° Objets provenant de fabrication étrangère. Heureuse unité dont jouit la France.
220. 13° De la vente des offices non vénaux. Un fonctionnaire ne peut spéculer sur la vente de sa démission. Arrêts pour et contre. Critique de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point. Mais il en est autrement de la résignation des offices déclarés vénaux par la loi du 28 août 1816.
221. Un brevet de libraire est hors du commerce. Mais on peut traiter de la démission d'un libraire. Caractère conditionnel de pareils marchés.
222. 14° Choses qui, par leur destination, sont hors du commerce. La vente de ces choses peut donner lieu à des dommages et intérêts. En ce sens, pareille vente est productive d'effets.
223. 15° La vente des blés en herbe est prohibée. Mais cette prohibition est-elle en harmonie avec nos idées actuelles d'économie agricole ? Critique d'un arrêt de la cour d'Agen et des conclusions du procureur général.
224. 16° On peut vendre les droits personnels. Distinction entre les droits personnels et intransmissibles et les droits impersonnels et cessibles. Dans le doute, il faut se prononcer pour la transmissibilité. Justification de la règle que ce qui est transmissible est cessible. Réfutation de Tiraqueau et de vingt-sept docteurs qui sont de son avis.
225. L'usage et l'habitation sont des droits personnels et incessibles.
226. Il en est de même du droit de rachat successoral.
227. *Quid* des aliments ? Obscurité de cette matière. Distinction entre les aliments dus *jure sanguinis* et les aliments dus par convention ou testament. Dissentiment avec M. Duranton. *Quid* d'une somme cédée à titre de deuil ?
228. Les pensions alimentaires données par le gouvernement, les soldes de retraite, de réforme, etc., sont inaliénables.
229. Renvoi pour d'autres questions relatives à la cessibilité des droits.

COMMENTAIRE.

203. Comme nous l'avons dit ailleurs, il n'y a pas

de vente sans une chose qui en fait le sujet. « *Nec emptio nec venditio sine re quæ vaneat potest intelligi* (1). »

Toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent être vendues (art. 1598), et pour qu'une chose soit inaliénable, il faut qu'elle ait été retranchée du commerce par une loi naturelle ou civile (2).

D'après cette règle, le commentaire de notre article se divisera en deux parties : la première qui comprendra l'indication des choses susceptibles d'être vendues ; la deuxième qui comprendra celles dont la vente est soumise à des prohibitions ou des restrictions.

204. On peut vendre, non-seulement les choses qu'on possède actuellement, mais encore celles qu'on peut avoir par la suite (3).

En effet, les choses futures sont du ressort de la vente. Le jurisconsulte Pomponius en donne pour exemple la vente des fruits qui naîtront d'une terre, et celle du croît d'un animal (4). Nous ajouterons la vente des produits qui seront fabriqués dans une manufacture. Une telle vente est conditionnelle (5). Elle ne se réalise qu'autant que les fruits viennent à naître, et alors elle produit un effet rétroactif au jour du contrat, comme nous l'enseignent le même

(1) L. 8, Dig. *De cont. empt.* Pomponius, *suprà*, n° 10.

(2) *Omnium rerum quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit. Quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est* Paul, I. 34, § 4, Dig. *De cont. empt.*

(3) Même loi. Art. 1130 du Code Napoléon. — V. Lyon, 29 mai 1849 (Devill. 50, 2, 25). Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 778 et 778 bis. On y trouvera quelques détails importants. M. Pardessus, t. 2, p. 333, n° 303.

(4) L. 8, Dig. *De cont. empt.* Nov. 160, c. 1. Nov. 72, c. 7. Voët, *Cont. empt.*, n° 41. Despeisses, p. 7, n° 1. Pothier, Vente, n° 5. Art. 1130 du Code Napoléon.

(5) Favre, C., lib. 4, t. 42, def. 26. Pothier, Vente, n° 5.

Pomponius (1). Mais si l'année est entièrement stérile, il n'y a pas de vente (2).

On peut même traiter par achat et vente d'une espérance, d'une vente incertaine, comme un coup de filet. Écoutez encore Pomponius :

« Aliquando tamen sine re (physicâ scilicet, dit Pothier en rappelant ce texte), venditio intelligitur, quum quasi alea emitur. Quod fit quum captus piscium vel avium vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur etiamsi nihil inciderit, quia SPEI EMPTIO EST (3). »

C'est une vente de ce genre que celle par laquelle on vend à quelqu'un le droit de percevoir les fruits de tel immeuble, et il ne faut pas la confondre avec la vente des fruits qui naîtront, dont nous avons parlé au n° précédent. « Multum interest, dit Favre (4), an fructus quis vendat qui ex eo fundo nascentur, an verò PERCEPTIONEM FRUCTUUM ex eo fundo. Priore casu quasi conditionalis venditio est quæ non nisi natis fructibus perficitur : idèdque si nulli fructus, eo anno, ex illo fundo provenerint, nihil venditori debetur. Posteriore verò, pura emptio est, et ALEA potius quàm certa aliqua res empta intelligitur. »

En effet, le droit de percevoir les fruits contient une chance implicite et nécessaire, que le propriétaire fait passer au vendeur. Ce droit est subordonné aux intempéries des saisons ; il varie dans son étendue, suivant que l'année est plus ou moins heureuse ;

(1) Loi précitée. Voyez le numéro suivant.

(2) Idem. — Il a été jugé en ce sens que la vente d'actions d'une société projetée, devient nulle faute d'objet, quand la chose espérée ne se réalise pas, s'il n'est pas établi que quelqu'une des parties a eutendu s'obliger immédiatement et à tout événement. Lyon, 18 mai 1854 (J. Pal. 1855, t. 2, p. 381).

(3) L. 8, § 1, Dig. De cont. empt. Pothier, Vente, n° 6. MM. Toullier, t. 6, n° 114 ; Duranton, t. 10, n° 300 ; Delvincourt, t. 2, p. 465, notes.

(4) Code, lib. 4, l. 42, def. 26.

quelquefois même il se trouve réduit à rien. C'est donc une incertitude qui a fait l'objet du contrat, et l'acquéreur doit en courir les hasards (1) ; mais il en est autrement quand l'acheteur a voulu acheter conditionnellement une chose future, et son intention n'est pas douteuse lorsque, comme dans le cas dont nous parlons, il s'est servi d'expressions conditionnelles : *les fruits qui naîtront* (2). On sait que, dans les testaments et dans les contrats, le relatif qui rend la disposition conditionnelle, lorsque la phrase incidente qu'il amène porte sur le futur : « *Relativum QUI, adjectum verbo futuri temporis, facit conditionem et perindè est atque si dictum fuisset SI* (3). »

Du reste, on voit que cette nuance est délicate à saisir, surtout dans les actes qui ne sont pas rédigés avec une grande précision.

Dans le doute, on se conformera à une règle générale d'interprétation en donnant gain de cause au sens le plus favorable à l'acheteur.

Observons ici que l'ordre public et la bonne foi ont forcé le législateur à apporter, dans certaines circonstances, d'utiles entraves aux ventes aléatoires. On en voit des exemples dans le jeu et le pari, les loteries, les marchés à terme sur les effets publics. Je renvoie pour tout cela à mon commentaire sur l'art. 1965 du Code Napoléon.

205. Plutarque rapporte (4) que des Milésiens, se

(1) L'art. 1770 du Code Napoléon n'est qu'une exception introduite pour un cas spécial (celui de bail) et dans l'intérêt de l'agriculture.

(2) V. Lyon, 18 mai 1854 (Devill. 54, 2, 426). — Cette explication, que j'emprunte à Favre, me paraît donner des idées plus précises sur la matière que les généralités un peu vagues de Voët (*De cont. empt.*, n° 13), de M. Duranton (t. 10, n° 301), et de M. Pardessus (t. 2, nos 303 et 304).

(3) Mornac, sur la loi 75, Dig. De leg. 1° Pothier, Pand., t. 2, p. 324, n° 226. Merlin, Répert., v° Qui. Toullier, t. 6, p. 551.

(4) Vie de Solon. Ce trait est aussi cité par d'Olive (p. 345), Brunemann et autres, qui ont écrit sur la vente.

trouvant dans l'île de Cos, achetèrent de quelques pêcheurs leur coup de filet. Ces derniers pêchèrent un trépied d'or. Les acheteurs le réclamèrent. L'oracle, consulté sur cette contestation, adjugea le trépied au plus sage des mortels. C'était se l'adjuger à soi-même; car le plus sage des mortels n'était pas en cause, et s'il se fût présenté pour profiter de cette décision, l'oracle n'eût pas manqué de bonnes raisons pour critiquer sa qualité. Les pêcheurs auraient été mieux inspirés s'ils eussent recouru à un simple jurisconsulte. Il aurait décidé que ce riche trépied était une bonne fortune imprévue, qui devait leur profiter; car les Milésiens n'avaient entendu acheter que le poisson amené par le coup de filet. Telle était l'opinion de Cujas, le véritable oracle de la jurisprudence, et un peu plus compétent sur ces matières que les fourbes qui faisaient parler Apollon (1).

Si cependant les acheteurs eussent jeté eux-mêmes les filets, le trépied leur aurait appartenu, non pas, à la vérité, en vertu du contrat mais à titre de chose n'étant dans le domaine de personne, *res nullius*, et dévolue de droit à celui qui la trouve; c'est la réponse de Brunemann (2).

Lorsqu'un coup de filet acheté rapporte une bien plus grande quantité de poissons qu'on ne l'avait espéré, ce bénéfice inattendu doit, sans contestation, profiter à l'acheteur (3).

206. On peut vendre et acheter un droit incorporel, tel qu'un usufruit (4), une servitude, une créance,

(1) Ad tit. Cod. *De sententiis que pro eo quod interest*, p. 983. Son érudition lui rappelle un fait du même genre, rapporté par Suétone, et arrivé à Ostie entre des jeunes gens et des marins qui pêchèrent un panier rempli d'or. *Junge* Brunemann, qui cite Cujas (ad leg. 8, D. *De cont. empt.*), et Pothier (Vente, n° 6), qui le copie sans le citer.

(2) *Loc. cit.*

(3) Cujas et Brunemann, *loc. cit.*

(4) L. 8, § 2, D. *De peric. et com.*

une hérédité (1). Nous nous en occuperons plus spécialement en commentant les art. 1689 et suivants.

Mais nous devons exposer ici quelques principes sur la vente des ouvrages d'esprit à un éditeur, vente qui était à peu près inconnue des anciens, et qui ne trouve sa place que dans la civilisation moderne.

Lorsqu'un auteur a composé un livre, un musicien une œuvre lyrique, etc., il peut vendre à un acheteur le droit de multiplier son ouvrage par la voie de la presse; cet acheteur s'appelle *éditeur*.

Une telle vente n'est pas un traité sur une chose matérielle. La propriété littéraire est incorporelle (2). C'est la propriété de la pensée rendue visible par les procédés typographiques. L'auteur et le musicien ne vendent pas le papier sur lequel leurs idées ont été fixées, mais bien une production immatérielle de l'esprit qui s'adresse à l'intelligence de ceux que ces productions intéressent.

Dans une cession de ce genre, l'éditeur ne saurait jamais acquérir la propriété absolue de l'ouvrage. Quelque étendue que soit la transmission qui lui est faite, il n'a droit qu'à l'exploitation commerciale dont le manuscrit est susceptible; il n'est maître que de la spéculation dont la publication est l'objet; pour le surplus, il est *penitus extraneus*. Ainsi il ne pourrait effacer le nom de l'auteur pour lui donner le sien; il ne pourrait faire de changements ou corrections au manuscrit (3); bien plus, il doit recevoir toutes celles que l'auteur juge nécessaires (4). La substance de l'ouvrage, si je peux parler ainsi (5), appartient toujours à celui qui l'a créé, tandis que l'éditeur n'en a

(1) Art. 1689 et suiv. du Code Napoléon. Digeste, *De actione vel hereditate vendita*. Despeisses, p. 8, n° 4 et 5.

(2) M. Pardessus, t. 2, p. 341, n° 308.

(3) M. Pardessus, t. 2, p. 341, n° 310.

(4) *Idem*, n° 309.

(5) Arg. de l'art. 578 du Code Napoléon. — *Junge* M. Marcadé, art. 1598, n° 2.

que l'usage ou la partie utile; et comme l'art et la science pour lesquels travaille l'auteur exigent souvent des modifications ou des refontes d'où dépend sa réputation, il faut qu'il puisse retoucher son œuvre pour lui imprimer, autant que possible, le cachet de la perfection. Aux yeux de l'art et de la science, c'est lui qui demeure toujours propriétaire, et qui a l'honneur ou le blâme de la production. Comme tel, il peut donc porter la main sur la création de son esprit, et la remanier, comme le cultivateur qui retourne le sillon qui lui appartient. Ce n'est que comme affaire commerciale que son œuvre a cessé de lui appartenir; mais il est clair que cette aliénation des produits de la chose n'a pu lui enlever le droit de correction, qui est du domaine de l'art et de la science.

Toutefois, si les changements que l'auteur veut introduire sont tellement considérables et onéreux que l'éditeur coure la chance d'être privé des bénéfices qu'il a légitimement espérés, il peut demander la résiliation du marché (1).

Il est si vrai que l'auteur n'a nullement abdiqué la propriété de son ouvrage, qu'il peut renoncer à le publier; et, dans ce cas, il ne doit aucune indemnité à son éditeur, à moins que celui-ci n'ait commencé les travaux d'impression ou qu'il n'en résulte pour lui un préjudice réel (2). On conçoit aisément les raisons de cette proposition. L'auteur s'adresse au public, qu'il veut éclairer, instruire ou amuser. Il joue dans cette entreprise sa réputation et son avenir littéraire. Mais s'il vient à s'apercevoir que les circonstances ne sont pas favorables, que le mérite de l'ouvrage ne répond pas à ses efforts, qu'il ne recueillera que les dédains des lecteurs et des amateurs, il faut qu'il puisse se repentir et s'arrêter; car

(1) M. Pardessus, *loc. cit.*, n° 309.

(2) M. Pardessus, *loc. cit.*, n° 309.

l'honneur d'un auteur est inaliénable: il n'a pu s'engager d'avance à l'abdiquer.

On voit par ces observations combien la vente d'un manuscrit diffère de celle des propriétés ordinaires (1).

L'auteur peut vendre une seule édition de son ouvrage; et quand l'édition est épuisée, lui seul a droit aux émoluments que les éditions subséquentes pourront produire; il rentre dans la propriété utile de son œuvre.

Ou bien, il peut vendre d'avance toutes les éditions dont le manuscrit sera susceptible. Les termes de la convention décident de la portée de la cession.

Lorsque l'éditeur publie une seconde édition, l'auteur peut exiger qu'il insère ses corrections et additions. En effet, l'épuisement de la première édition replace les choses au point où elles seraient si le manuscrit n'avait pas été publié; il n'en reste plus rien dans le commerce, et, dès lors, l'auteur se trouve vis-à-vis de son éditeur dans la position où il était avant la publication. Or nous avons vu tout à l'heure qu'en cet état l'auteur a tout pouvoir pour amender son ouvrage. Il serait déraisonnable de la part d'un éditeur de vouloir qu'une seconde édition reproduisit les erreurs, les fautes, les lacunes qui déparaient la première. Le droit de l'auteur est ici dans l'intérêt commun.

Si après l'épuisement de la première édition l'éditeur se refusait d'en publier une seconde, l'auteur pourrait le mettre en demeure, et se faire autoriser par justice à la faire imprimer, pour en retirer les avantages; mais il ne serait fondé dans sa réclamation qu'autant que sa première édition serait complètement absorbée. Sans cela, la concurrence d'une seconde édition serait un préjudice causé par le vendeur

(1) Je reviens sur cette différence dans mon Commentaire du Louage, n° 808.

lui-même à son acheteur. Il y aurait là violation des principes les plus constants en matière de vente.

L'éditeur doit se renfermer strictement dans le tirage du nombre d'exemplaires convenu. Tout tirage en sus est un acte déshonnête qui porte à l'auteur un préjudice réel, et qui peut donner lieu à la résolution du contrat ou à des recours en indemnité.

Il faut, du reste, observer que l'auteur qui cède à un éditeur la propriété utile de son ouvrage ne fait pas un acte de commerce. (1).

207. La chose commune peut être vendue, soit au profit d'un des communistes, soit au profit d'un tiers, jusqu'à concurrence de la part qu'on a en elle (2). Pour le surplus, la vente serait sans valeur; *Pro parte emptionem valere, pro parte non valere* (3) : elle renfermerait une vente de la chose d'autrui. Au surplus, il faut recourir à ce que nous avons dit *suprà* de l'aliénation d'un objet indivis (4).

208. On peut acheter un édifice pour le détruire et pour en revendre ensuite les matériaux. Les lois de police de Rome défendaient sévèrement un pareil commerce. « *Senatus censuit ne quis domum villamve dirueret, quò plus sibi acquireretur, neve quis negotiandi causà eorum quid emeret, venderetve* (5). » Mais de pareilles prohibitions n'ont pas lieu en France, et l'on sait qu'il n'y a pas longtemps il se forma des compagnies de spéculateurs connues sous le nom de *bandes noires*, qui, sans respect pour les vieux monuments de notre histoire, démolirent une foule de châteaux antiques et d'édifices précieux pour

(1) M. Pardessus, t. 2, n° 308.

(2) L'art. 1667, *infra*, le dit expressément.

(3) Pomponius, l. 18, D. *De cont. empt.* Voët, sur ce titre, n° 14. Despeisses, p. 7, n° 3.

(4) N° 11 et 177.

(5) Paul, l. 52, D. *De cont. empt.* Voyez aussi I. fin. Dig. *De damno infect.*

les arts, afin de tirer parti des matériaux. Toutes les époques ont eu leurs Vandales.

209. Passons maintenant aux choses dont la vente est prohibée.

1° On ne peut vendre une succession future, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit (1). Nous nous occuperons de cette matière sous l'art. 1600.

2° On ne peut vendre la chose d'autrui. Voyez notre commentaire sur l'art. 1599. Nous y traiterons aussi de la vente de la chose volée.

210. 3° On ne peut acheter sa propre chose. *Sua rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi.* Ce sont les paroles de Pomponius dans la loi 16, au Dig. *De cont. empt.*

Néanmoins on peut acheter sa propre chose pour le cas où elle cesserait de nous appartenir (2).

On peut aussi acheter un droit reposant sur cette chose, mais dont on est privé; par exemple, un droit de possession, dont un autre est investi (3).

211. 4° On ne peut vendre les biens dotaux (4) que dans les cas prévus par les art. 1555, 1557 et 1558 du Code Napoléon.

212. 5° La vente de biens grevés de substitution est nulle à l'égard de l'héritier fidéi-commissaire, qui, à l'époque de l'ouverture de la substitution, peut revendiquer comme siennes les choses aliénées par le grevé (5); mais, entre le vendeur et l'acquéreur, la vente subsiste, elle est seulement résoluble (6).

213. 6° Les réglemens de police ont défendu la

(1) Art. 1130 du Code Napoléon.

(2) Marcellus, l. 64, Dig. *De cont. empt.*

(3) Paul, l. 34, § 4, Dig. id. Pothier, Vente, n° 8 et 9.

(4) Art. 1554 et 1560 du Code Napoléon.

(5) Voët, *De cont. empt.*, n° 15.

(6) Pothier, Vente, n° 15, contre Domat. Merlin, Vente, p. 490, col. 1 et 2.

vente illimitée des poisons (1). La loi du 21 germinal an x porte : Que les substances vénéneuses seront exclusivement vendues par les pharmaciens et les épiciers; qu'elles ne pourront être débitées qu'à des personnes connues et domiciliées, qui pourraient en avoir besoin pour leur profession ou pour cause connue, sous peine de 3,000 fr. d'amende de la part des vendeurs contrevenants (art. 34);

Que les pharmaciens et épiciers tiendront un registre, coté et paraphé par le maire, sur lequel ils inscriront leurs noms, qualités et demeures, la nature et la quantité des drogues qui seront délivrées, l'emploi qu'ils se proposent d'en faire, et la date exacte du jour de leur achat, le tout à peine de 3,000 fr. d'amende contre les contrevenants (art. 35).

214. 7° Des réglemens non moins salutaires défendent la vente des armes cachées ou prohibées, telles que stylets, tromblons, poignards, pistolets de poche, épées en bâton, etc. (2).

215. 8° C'est aussi par mesure de police qu'il est défendu de vendre des comestibles reconnus gâtés et nuisibles à la santé (3), des vins falsifiés et mixtionnés (4).

216. 9° Il est défendu de mettre en vente les livres condamnés et supprimés par décisions des tribunaux passées en force de chose jugée. Du reste, la liberté de la presse n'est plus soumise à aucune des entraves qui ont comprimé si longtemps son essor bienfaisant.

(1) L. 35, § 2, Dig. Cæius, *De cont. empt.* Voët, n° 48. Merlin, Répert., Vente, p. 488, n° 5 *ter*.

(2) Déclaration du 23 mars 1725; Décret du 12 mars 1806. Art. 314 du Code pénal. Merlin, Répert., v° Armes, et Vente, p. 488, n° 5 *ter*. Dalloz, *idem*. Pothier, Vente, n° 14.

(3) Art. 605 et 606, C. du 3 brumaire an iv. Art. 20, t. 1. Loi du 22 juillet 1791. Merlin, Répert., Vente, p. 486, n° 5 *bis*. Arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 1812.

(4) Art. 318 du Code pénal, l. du 27 mars 1851.

Elle est la sauvegarde la plus vigilante du gouvernement constitutionnel.

217. 10° Il y a des choses dont le gouvernement s'est réservé le monopole : tels sont le tabac, la poudre à tirer. Lui seul a le privilège de vendre ces objets, dont le commerce est interdit aux particuliers.

218. 11° Il y a d'autres objets qui servent d'assiette à l'impôt indirect, et dont le débit est soumis à certaines mesures de précaution, qu'il a été nécessaire d'introduire pour qu'ils n'échappassent pas aux droits dont ils sont frappés : tels sont les vins, les eaux-de-vie, les vinaigres, et en général les boissons et le sel.

219. 12° D'autres objets, produits par une fabrication étrangère ou par un sol étranger, sont prohibés à l'entrée du territoire français, et ne peuvent être vendus sur nos marchés : telles sont les fourrures, etc., etc. L'administration des douanes veille pour empêcher leur introduction frauduleuse.

D'autres objets plus favorisés peuvent entrer en France, mais à la condition de payer des droits de douanes plus ou moins considérables.

Jadis, dans l'intérieur même de la France, la liberté du commerce était gênée à la limite de chaque province par des prohibitions et des barrières que l'esprit étroit de la féodalité avait élevées pour perpétuer le fractionnement du territoire, qui était son principe. La civilisation a fait tomber ces obstacles pour toujours, et la France jouit aujourd'hui de son unité et de sa vigoureuse centralisation. Peut-être qu'un temps viendra, temps rêvé par les philosophes et désiré par les penseurs, où les États européens, gravitant vers un état de fusion plus intime, déposeront leurs rivalités industrielles, comme ils commencent à déposer leurs haines nationales, et proclameront le principe de la liberté du commerce sur les ruines du système des prohibitions.

220. 13° Plusieurs choses sont, par leur nature

même, retranchées du commerce. On peut citer les offices et les fonctions publiques, qui sont une dépendance de la souveraineté, et restent incessibles comme elle. Les lois des 4 août 1789 et 6 octobre 1791 ont aboli la vénalité des offices; le commerce en est illicite et prohibé, sauf quelques exceptions dont nous parlerons tout à l'heure, et qui ont été introduites par la loi du 28 avril 1816.

Jusqu'ici tout le monde est d'accord, et le plus léger doute ne saurait s'élever. Mais le point où la divergence commence, c'est lorsqu'on demande s'il est permis à un fonctionnaire de vendre sa démission, et à un prétendant à une place de provoquer une vacance en achetant la résignation du titulaire.

La cour de Bourges, par arrêt du 5 juillet 1825 (1), et la Cour de cassation, par arrêt du 2 mars de la même année (2), ont décidé que l'avantage d'une démission avait pu être la matière d'un engagement licite.

Au contraire, la cour de Nancy, par un arrêt inédit du 23 juillet 1824, et par un second arrêt du 12 novembre 1829, recueilli par M. Dalloz (3), et la cour de Paris, par arrêt du 8 novembre 1825 (4), ont décidé que de pareils traités sont nuls et contraires aux bonnes mœurs.

Cette seconde opinion me paraît préférable. Je la justifie par les raisons suivantes, que j'ai développées

(1) Dalloz, 26, 2, 52.

(2) Idem, 25, 1, 151. — *Junge* Amiens, 18 janvier 1820 et 18 juin 1822; Grenoble, 5 juillet 1825; Bordeaux, 5 décembre 1845 (Deville, 46, 2, 328). — V. encore, dans ce sens, Chardon, *du dol et de la fraude*, t. 3, n° 405.

(3) 30, 2, 52.

(4) Dalloz, 26, 2, 44. — *Junge* Paris 23 avril 1814, 13 novembre 1837 et 8 février 1840; Rennes, 3 juillet 1840 (Deville, 35, 2, 65; 40, 2, 414; J. du Pal. 1840, t. 1, p. 188). — V. aussi MM. Toullier, t. 5, n° 161; Duvergier, t. 1, n° 207; Coulon, t. 3, p. 563; Marcadé, art. 1598, n° 1.

devant la cour de Nancy en qualité d'avocat-général, lors de l'arrêt du 12 novembre 1829. La substance en a été recueillie par M. Dalloz, dans sa collection chronologique; cet auteur n'a pas essayé d'y répondre, lorsque dans sa collection alphabétique il a préféré le sentiment opposé (1).

Le droit canonique a toujours poursuivi la vénalité des offices ecclésiastiques jusque dans ses détours les plus cachés, et les précautions dont il s'est armé peuvent montrer aujourd'hui celles qui doivent servir aux magistrats à déjouer les atteintes portées aux lois nouvelles qui défendent la vénalité des offices civils. Parmi les cas qualifiés *simoniaques*, les canonistes rangaient le fait de celui qui, ayant un bénéfice, et voulant le résigner, prenait de l'argent de celui qui aspirait à s'en faire pourvoir. « En général, dit Durand de Maillane (2), il faut tenir pour suspects tous les échanges, ventes, cessions, et autres actes passés entre un résignant et un résignataire, lorsqu'ils précèdent ou suivent immédiatement la résignation. *En effet, on les déclare simoniaques, pour peu qu'il apparaisse qu'ils sont relatifs à la résignation ou qu'ils en sont un préalable.* » C'est aussi la doctrine de Boniface (3) et celle d'Héricourt (4). Il y a une analogie frappante entre la difficulté que nous examinons et le cas dont parlent ces auteurs. Eh bien! la loi civile se montrera-t-elle moins pure et moins sévère que la loi canonique? Prendra-t-elle moins de soin de chasser des fonctions publiques les spéculations d'argent?

Mais écoutons les ordonnances rendues par les rois de France dans ces intervalles trop courts où la vénalité des offices, trahie par tous ses inconvénients,

(1) Obligation, p. 471, n° 16.

(2) Au mot *Simonie*, p. 320.

(3) Arrêts de Provence, t. 1, liv. 2; t. 26, ch. 2.

(4) T. 1, cons. 87.

était l'objet de rigoureuses défenses. Ces ordonnances ne se bornaient pas à défendre au fisc de vendre les charges publiques; elles proscrivaient, en outre, tous les traités vénaux passés entre les individus pourvus et les aspirants. C'est ce que prouve l'art. 33 de l'ordonnance de Charles VI, du 7 janvier 1407, qui fait défenses aux officiers de tirer AUCUN PROFIT DE LA RÉSIGNATION DE LEURS OFFICES (1). N'est-ce pas là couvrir de réprobation ces ventes et achats de démission, ces actes de simonie civile, que la Cour de cassation encourage par sa molle condescendance?

Charles VII comprit tous les cas de vénalité dans son ordonnance de 1450 (art. 54).

« Nous défendons que dorénavant nos officiers et conseillers reçoivent aucune promesse ni dons pour faire avoir et obtenir aucun de nos offices sous peine à nos officiers et conseillers, de nous payer le quadruple d'autant comme leur aurait été promis, donné et baillé, d'encourir notre indignation et d'être punis sévèrement; et à nos sujets, sur peine de perdre l'office qu'ils auraient obtenu, d'être privé de tous offices royaux, et à nous payer semblablement le quadruple.

« Voulons qu'iceux nos offices soient donnés et confiés à gens suffisans et idoines, librement, de notre grâce, ET SANS AUCUNE CHOSE PAYER, afin que, sans exaction, ils administrent la justice à nos sujets (2). »

Charles VIII, par l'art. 68 de l'ordonnance de 1493, fortifia ces défenses par la disposition suivante:

« Nous ordonnons que dorénavant aucun n'achète office de président, conseiller, ou autre office, en notre Cour de parlement, et semblablement aucun office de judicature en notre royaume, ni pour iceux avoir, bailler ni promettre en argent ni autre chose equi-

(1) Répert., v^o Office, p. 726, col. 1, in fine.

(2) Cette ordonnance, étant combinée avec celle de 1407, paraîtra claire à tout le monde.

pollente, ET DE CE IL SOIT TENU DE FAIRE SERMENT SOLENNEL AVANT QUE D'ÊTRE INSTITUÉ NI REÇU. etc. »

Charles IX avait autorisé les officiers à résigner moyennant un droit de mutation. Mais les états de Blois réclamèrent contre cette tolérance, et Henri III fit droit à leur remontrance par l'art 100 de l'édit de 1579.

« Voulons et ordonnons que ceux qui se trouveront à l'avenir avoir vendu directement ou indirectement offices de judicature perdent le prix, et soient en outre condamnés au double....; et que ceux qui les auront achetés ou fait acheter, donné ou promis argent pour parvenir auxdits offices, en soient privés et déclarés indignes, et incapables de tenir aucuns offices royaux. »

Toutes ces dispositions sont claires; elles frappent surtout si on les rapproche de l'ordonnance de Charles VI, avec laquelle elles ont la plus intime connexité, de cette ordonnance qui défendait aux officiers de tirer aucun parti de la résignation de leurs offices.

Ici s'arrêtent les lois prohibitives; les mœurs publiques changent, et depuis Henri IV nous ne trouvons d'autres monuments que ceux qui autorisent la vénalité des charges. Mais les textes que nous avons empruntés à la législation temporaire qui la condamnait comme illicite, prouvent assez que la non-vénalité des offices a toujours eu pour corollaire la défense de trafiquer des résignations et démissions. Le droit civil et le droit canonique nous ont montré en ce point leur parfaite conformité.

Mais il faut prouver que, lors même que ces textes manqueraient à notre opinion, elle se soutiendrait encore par des raisons puissantes d'ordre public. Est-ce à une époque où la manie des fonctions publiques tourmente toutes les classes de la société qu'il faut la stimuler par des trafics qui, en multipliant les vacances, excitent la convoitise, remuent les ambi-

tions, et mettent en éveil des prétentions désordonnées ?

La prérogative royale peut d'ailleurs en être gênée beaucoup plus qu'on ne l'imagine. Ces démissions achetées se donnent en cachette. Les hommes capables qui les ignorent ne peuvent se mettre sur les rangs, tandis que la lice se trouve ouverte à la médiocrité ou aux intrigants qui ont pris les devants. Le choix du roi est donc mis à l'étroit, et la libre concurrence de toutes les capacités est évidemment paralysée.

Enfin (et ceci est encore plus décisif), les sacrifices pécuniaires que l'on fait pour acheter une démission portent quelquefois à malverser. Un receveur des finances, obligé de payer une rente considérable qui le gêne, sera plus tenté de puiser dans sa caisse ou de vexer les contribuables. Un autre fonctionnaire, voulant se dédommager des charges qu'il s'est imposées, sera plus enclin à céder aux inspirations d'une conscience équivoque. Puisque les exemples de corruption sont rares parmi les dépositaires de la confiance du gouvernement, il faut s'efforcer de maintenir cette heureuse intégrité, et éloigner les pièges de la cupidité et d'un sordide intérêt. Telle était la pensée de Charles VII lorsqu'il disait qu'il faut obtenir les offices sans aucune chose payer, afin que les officiers administrent la justice SANS EXACTION; et Justinien avait développé cette idée avec l'abondance orientale dans le préambule de sa novelle 78, si souvent citée par les adversaires de la vénalité des charges. (1)

(1) La conséquence de cette solution est que le prix qui aurait été payé en exécution d'un traité aussi contraire à l'ordre public est sujet à répétition pendant trente ans, par application de l'art. 1376. La doctrine contraire admise d'abord par la jurisprudence (V. l'arrêt cité de la cour de Paris du 18 novembre 1837) a été abandonnée. V. Paris, 5 décembre 1846 et 12 janvier 1847; Riom, 10 mai 1847; Rej., 26 déc. 1848 et 3 janvier

Mais ces raisons cessent d'être applicables en ce qui concerne les offices dont la résignation *in favorem* a été autorisée par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816. Tels sont les offices de greffiers, avoués, huissiers, notaires, etc., etc. (1). Ces officiers ministériels peuvent attacher un prix à leur démission, qui est désormais une chose placée dans le commerce. M. Sapey, organe d'une commission de la Chambre des députés, chargée d'examiner la pétition d'un sieur Lex, ancien notaire à Strasbourg, disait : « Votre commission a pensé que l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, en rétablissant la propriété de ces offices, a donné le droit d'en disposer, et par conséquent de stipuler un prix pour la cession qu'on voudrait en faire (2) ».

Remarquons, au surplus, que ces marchés sont conditionnels; ils sont subordonnés à l'agrément du chef de l'État, qui, dépositaire de la souveraineté, n'est pas lié par la présentation qui lui est faite. En cas de refus du prince, la démission de l'officier est donc retirée, et il a le droit de présenter un nouveau candidat qui réunisse les conditions exigées (3).

221. Nous plaçons aussi parmi les choses qui, par leur nature, sont hors du commerce, un brevet d'imprimeur et de libraire (4).

Mais rien n'empêche qu'on ne traite avec un libraire ou un imprimeur en titre pour qu'il donne sa

1849 (Deville. 47, 2, 832; 49, 1, 87 et 282). V. aussi MM. Durvergier, *loc. cit.*, Marcadé, sur l'art. 1133, n° 3, et art. 1598, n° 4. — V. Cependant MM. Delvincourt, t. 2, et Toullier, t. 6, n° 126.

(1) Cassat., 20 juin 1820 (Dal., Oblig., p. 474, note 1). 28 février 1828 (Dal., 28, 4, 451). 16 février 1831 (Idem, 31, 1, 54).

(2) Extrait du *Moniteur* du 16 septembre 1820. Dalloz, 31, 3, 44, et 15.

(3) Même rapport de M. Sapey. M. Duranton, t. 16, n° 182.

(4) Arrêts de Nancy du 23 janvier 1828 (Dal., 29, 2, 41), et de Poitiers du 27 juin 1832 (Dal., 32, 2, 50).

démission; car l'exploitation d'un brevet d'imprimeur ou de libraire est bien plus une entreprise commerciale que l'exercice d'un office. La nomination du prince n'intervient ici que par des raisons de haute police, qui pour ce genre de spéculation industrielle, ont fait une exception à la liberté du commerce.

Il arrive presque toujours qu'en traitant de la démission d'un brevet d'imprimeur ou de libraire, on y joint la vente du matériel que ce brevet permettait d'exploiter. Ces stipulations sont ordinairement conditionnelles. Elles sont subordonnées à la concession du gouvernement, sans laquelle ce matériel serait improductif, ou du moins d'une valeur fort restreinte.

Néanmoins, on peut concevoir que, dans certaines circonstances données, la vente du matériel et la démission du brevet forment un traité pur et simple. La cour de Poitiers a reconnu ces circonstances dans une espèce, où Martin Prod avait vendu à Rosenfeld et à Volarnière ses brevets d'imprimeur et de libraire, avec tout le matériel, *pour en jouir sur-le-champ*. Les acquéreurs s'étaient mis tout de suite en possession, ils avaient transporté les presses, les caractères et les livres dans un nouveau magasin, sans estimation ni inventaire préalable. Dans des affiches imprimées et dans un écriteau placé au-dessus de la porte d'entrée de leur boutique, il avaient pris la qualité de successeurs de Martin Prod. La cour considéra que, par le fait des acquéreurs, il était devenu impossible de déterminer quelle pouvait être, d'après l'intention des parties, la portion du prix représentant la valeur des brevets et la portion de ce même prix représentative du matériel cédé; que, *d'après les termes du traité et les circonstances de la cause*, il avait été dans la volonté des contractants que le marché ne fût pas subordonné à la sanction du gouvernement; qu'ils l'avaient considéré comme définitif et irrévocable du jour de sa date; que l'objet de ce traité avait été de mettre à

la disposition des acquéreurs, d'une part le matériel, de l'autre deux brevets, pour qu'ils poursuivissent à leurs risques et périls l'autorisation du gouvernement, sinon pour qu'ils cédassent le tout à des tiers à qui cette autorisation pourrait être accordée (1).

Cette décision repose tout entière sur les faits spéciaux de la cause. Mais, en général, les juges ne devront leur donner cette interprétation qu'autant qu'ils y seront conduits, d'une manière irrésistible, par la volonté des contractants; car on ne peut se dissimuler qu'ordinairement ces sortes d'affaires se traitent sous l'influence d'autres idées.

222. 14°. Il y a des choses qui, sans être hors du commerce par leur nature, le sont par leur destination (2). On peut citer pour exemple une église, une place publique, une rue, un chemin public, etc. Leur usage public empêche ces choses de devenir la propriété des particuliers. C'est ce qu'explique très-bien le jurisconsulte Pomponius (3), « *sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut PUBLICA, QUE NON IN PECUNIA POPULI, SED IN PUBLICO USU HABEANTUR, UT EST CAMPUS MARTIUS.* »

Si cependant l'acheteur a été de bonne foi, c'est-à-dire si, trompé par le vendeur, il ignore la qualité de la chose, il pourra agir contre ce même vendeur, *ex empto*, pour se faire payer une indemnité équivalente à l'intérêt qu'il aurait eu de n'être point induit en erreur. Ici, le contrat produit une obligation, et c'est en ce sens que Pomponius a enseigné qu'il y avait vente (4). Mais on peut dire tout aussi bien que c'est parce qu'il n'y a pas vente valable que l'acqué-

(1) Arrêt du 27 juin 1832 (Dal., 33, 2, 50).

(2) M. Toullier, t. 6, n° 157 à 163.

(3) L. 6, Dig. *De cont. empt.*

(4) L. 4, Dig. *De cont. empt.* Cujas, sur les lois 4, 5 et 6, Dig. *De cont. empt.* M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 141, n° 1045.

reur est fondé à réclamer des dommages et intérêts. (Voir *inf.*, n° 245.)

Lorsque la destination de ces choses est changée, et qu'elles ne servent plus aux usages publics qui les retranchaient du commerce, elles rentrent dans la classe des choses dont on peut disposer. C'est ainsi qu'il arrive tous les jours à l'Etat et aux communes de vendre les anciens chemins qui ne servent plus aux communications.

223. 15° Dans le droit romain, il était permis de vendre le blé en vert (1).

Mais les lois françaises en ont disposé autrement, de peur que, sous l'influence d'un gain actuel, les laboureurs ne se privassent témérairement, et à vil prix, du fruit de leurs sueurs (2). Néanmoins, ces lois se ressentent de l'esprit de l'époque à laquelle elles ont été portées, et des préjugés qui faisaient croire que, pour prévenir les famines, il fallait opposer des entraves au commerce des grains. Voet nous apprend que des ordonnances pareilles, rendues pour la Hollande, y étaient tombées, de son temps, en désuétude (3). Quoique les lois françaises, auxquelles j'ai renvoyé, n'aient jamais été abrogées formellement ni même implicitement, néanmoins il est connu de tous qu'elles ne sont que très faiblement observées, surtout en ce qui concerne les peines qu'elles prononcent.

La cour d'Agen a même été jusqu'à décider qu'elles ont été abolies par le Code Napoléon, qui n'a pas renouvelé leurs prohibitions, et par le Code pénal, qui

(1) L. 78, § dernier, Dig. *De cont. empt.*

(2) Capitul. de Charlemagne, liv. 4, appendice 2, n° 46 et 26. Ord. de Louis XIV du 22 juin 1694. Loi du 6 messidor an III. Despeisses, p. 9, n° 8. Merlin, Répert., v° Vente, p. 489. M. Toullier, t. 6, n° 118, 119. D'Olive, p. 345, dit que les ordonnances des rois de France ne furent reçues qu'avec peine dans le ressort du parlement de Toulouse.

(3) Ad Pand., *De cont. empt.*, n° 11.

ne qualifie nulle part ce délit (1). Mais je crois cette opinion hasardée. Je n'adopte pas non plus le sentiment du procureur général près cette cour impériale, qui, dans ses conclusions, a soutenu que l'action en nullité de la vente était personnelle au vendeur, et ne pouvait être exercée par ses créanciers. Puisque la prohibition est établie par des motifs d'ordre public, tous les intéressés peuvent évidemment s'en prévaloir.

Au surplus, une loi du 23 messidor an III déclarait que, dans les défenses portées par les lois précitées, on ne devait pas comprendre les ventes de grains en vert qui ont lieu par suite de tutelle, curatelle, changement de fermier, saisies de fruits, baux judiciaires et autres de cette nature.

224. 16° Outre les choses qui sont inaliénables, soit par l'effet de leur destination, soit par des règlements de police, soit par la volonté de la loi, il est des droits dont on ne peut disposer, parce qu'ils sont attachés à la personne même qui en jouit, et qu'ils ne peuvent être possédés que par elle. Ceci nous conduit à la fameuse distinction entre les droits purement personnels, *personis ipsis annexa*, et les droits impersonnels ou transmissibles. Cette matière difficile, dont nous trouvons le germe dans l'art. 1166 du Code Napoléon, a été traitée avec sagacité et abondance par d'anciens auteurs, dont les ouvrages sont aujourd'hui peu connus. Galleratus, jurisconsulte italien, dans son ouvrage *De renuntiatione* (2), Olea, jurisconsulte espagnol, dans son excellent livre *De cessione jurium* (3), ont surtout abordé à ce sujet des questions neuves et importantes. Je ne peux les suivre dans leurs savantes recherches; car ce serait sortir de la matière de la vente pour entrer dans celle des

(1) Dalloz, 32, 2, 156.

(2) Tit. 1, c. 4, n° 132.

(3) T. 3, quest. 4 et suiv.

cessions et transmissions en général, à quelque titre que ce soit. Je ne parlerai ici que de quelques principes et de quelques applications, qui se rattachent plus intimement à l'objet de ce commentaire.

L'art. 1122 du Code Napoléon établit que, dans le doute, tous les droits sont réputés transmissibles aux héritiers de celui qui en est investi. En effet, tout ce qui apporte des obstacles à la perpétuité des droits ne se suppose pas, et l'on doit se prononcer, à moins de circonstances particulières, pour ce qui limite le moins la propriété.

Ceci posé, il faut reconnaître que ce qui est transmissible est aussi cessible, et réciproquement. L'article 1122 du Code Napoléon nous conduit donc à décider que, dans le doute, tous les droits et actions sont censés cessibles. Cela est d'ailleurs conforme à cette règle, que personne ne voudra contester : *In dubio, pro libertate respondendum est.*

Je dis qu'en général ce qui est transmissible aux héritiers est aussi cessible, et réciproquement. Néanmoins cette proposition a trouvé de nombreux contradicteurs, et Olea cite vingt-sept docteurs qui soutiennent qu'en principe il ne faut pas argumenter de la transmission à la cession ; car il y a plusieurs cas où ce qui est transmissible n'est pas cessible (1). Telle est aussi l'opinion de Tiraqueau (2).

Je crois que ces auteurs ont manqué ici d'exactitude et de justesse. Ils ont été frappés de quelques cas particuliers dont ils ont fait une règle, quoiqu'ils ne fussent qu'une exception, et ils n'ont pas tenu assez de compte de cette masse innombrable de cas qui forment le droit commun à cause de leur multiplicité, et où l'on voit la cessibilité d'une chose en accompagner la transmissibilité.

Les vingt-sept docteurs d'Olea ont dit d'une ma-

(1) *De cessione jurium*, t. 3, q. 8, n° 2.

(2) *De retract. gentilit.*, § 26, glos. 1, n° 48.

nière absolue que tout ce qui est cessible est nécessairement transmissible : « *Cessibilis, ergò transmissibilis.* » Et l'un d'eux, Goeddeus, va même jusqu'à dire que cela est vrai sans limitation, *absolutè et sine limitatione*. Cette assertion est cependant beaucoup trop tranchante : l'usufruit est cessible ; néanmoins il n'est pas transmissible *ad hæredes*, parce qu'il s'éteint par la mort de l'usufruitier. Or, de ce que la règle, *Cessibilis, ergò transmissibilis*, est limitée par une ou plusieurs exceptions, s'ensuit-il qu'au fond elle manque d'exactitude ? Nullement. Elle est vraie en général. Seulement, comme toutes les grandes règles du droit, elle comporte quelques exceptions.

Pourquoi donc les auteurs que je combats veulent-ils qu'on ne puisse argumenter de la transmissibilité d'une chose à sa cessibilité ? Est-ce parce que notre proposition est soumise à des exceptions ? Mais quelle est la règle qui n'en a pas ? Comment ne voient-ils pas que, par cela seul qu'une chose passe d'un propriétaire à ses héritiers, il en résulte qu'elle n'est pas *merè personalis et ossibus nostris affixa* ; que dès lors elle est cessible, à moins que quelques raisons particulières, empruntées soit au besoin de la conservation des biens dans les familles (1), soit à toute autre considération de ce genre, n'en aient fait défendre l'aliénation à des tiers ?

Disons donc qu'en thèse générale ce qui est transmissible est cessible, et réciproquement ; que ce qui n'est pas transmissible n'est pas cessible, et récipro-

(1) Tiraqueau, pour prouver sa règle *Quod transmissibile ad hæredes, non continuò cessibile est*, cite l'exemple du fidéicommis qui se transmet aux héritiers du fidéicommissaire, mais qu'on ne peut aliéner. D'abord on peut aliéner, sous condition résolutoire, les biens composant le fidéicommis (v. n° 212). Ainsi, sous ce rapport, l'exemple n'est pas heureusement choisi. Ensuite, il est évident que, si le fidéicommis n'est pas cessible, quoique transmissible, c'est par ce motif exceptionnel qu'on a voulu maintenir les biens dans les familles.

quement; que seulement cette règle n'est pas plus privilégiée que les autres, et qu'elle souffre des limitations : tel est aussi l'avis de M. Merlin (1).

225. Parmi les exemples de droits purement personnels et qui ne peuvent être vendus, nous citerons le droit d'usage (2) et le droit d'habitation (3); car celui qui les a concédés s'est fondé sur les besoins et la discrétion de la personne usagère. C'est cette personne seule qu'il a eue en vue; il y aurait de l'injustice à ce qu'elle pût se substituer quelqu'un qui aurait des besoins plus étendus, ou qui n'aurait pas la même réserve et la même modération, et qui userait de la chose avec moins d'égards (4).

Néanmoins, lorsqu'un droit d'usage est attaché à une maison faisant partie d'une commune usagère, on peut vendre ce droit d'usage conjointement avec la maison dont il dépend. L'usage, quoique incessible si on le considère principalement, rentre dans la classe des choses cessibles, quand on le prend comme accessoire d'une chose qui n'est pas frappée d'aliénabilité (5).

Non-seulement on ne peut vendre un droit d'usage, pris en lui-même et dans sa forme abstraite, mais on ne peut vendre l'émolument partiel qu'on en retire.

« Il est interdit, porte l'art. 83 du Code forestier, »
 » aux usagers de vendre ou d'échanger les bois qui »
 » leur sont délivrés, et de les employer à aucune au- »
 » tre destination que celle pour laquelle le droit »
 » d'usage a été accordé. »

(1) Quest. de droit. Hypothèque, p. 415, col. 1 et 2. *Infrà*, n° 702.

(2) Art. 631 du Code Napoléon.

(3) Art. 634 du Code Napoléon. — V. mon Comment. du Louage, n° 88.

(4) Cette raison est donnée par Osuald. Hilliger, commentateur du fameux Doneau (lib. 10, Com., cap. 24, note c).

(5) Arg. de la loi 22, au Dig. *De conti. empt.* Voyez l'explication qu'en donne Pothier (Pand., t. 1, p. 489, n° 11.)

Les bois d'usage sont en effet concédés pour les besoins personnels et domestiques de l'usager. Ils ne doivent pas être détournés de leur destination.

226. On doit mettre au rang des choses non cessibles le privilège dont jouit un héritier, d'écarter du partage une personne non successible, à laquelle le cohéritier a vendu son droit dans la succession, et cela en remboursant à ce tiers étranger le prix de sa cession (art. 841 du Code Napoléon).

Ce retrait successoral est accordé à la faveur du sang et à la qualité d'héritier, afin que des étrangers ne s'immiscent pas dans les partages pour porter le désordre dans la famille. Mais lorsque celui qui pouvait exercer le retrait transfère lui-même ses droits à un étranger, il renonce évidemment au bénéfice de la loi, et son cessionnaire ne peut plus le faire valoir. D'ailleurs, la loi a bien pu donner une préférence à l'héritier sur l'étranger; mais, entre tiers respectivement cessionnaires, le privilège disparaît, et l'on rentre dans le droit commun.

227. Peut-on vendre un droit à des aliments? Il y a bien peu de questions qui aient été plus embrouillées par les auteurs. Je n'excepte pas même de ce jugement sévère Olea (1), qui ordinairement apporte tant de sagacité dans ses dissertations.

Distinguons d'abord entre les aliments dus en vertu du droit naturel *ex jure sanguinis* (comme ceux qu'un père doit à ses enfants), et les aliments qui sont dus en vertu d'une convention, *ex contractu* ou bien *ex testamento*.

En ce qui concerne les premiers, il est presque inutile de dire qu'on ne peut céder le titre en vertu duquel ils sont dus. Ce titre est créé par la nature; c'est une qualité qui est toute personnelle et intransmissible.

Mais ne peut-on pas céder et vendre le profit de

(1) *De cessione juriurum*, l. 3, q. 13, n° 27, 28, 29.

ces aliments, *commoditatem alimentorum*? Cette question présente plus de difficultés.

Il y a des aliments que le créancier (ou l'*alimentaire*, comme disent les docteurs) reçoit chez celui qui est tenu à la prestation. Ces aliments n'ont pas une quotité fixe; ils sont de tous les jours; ils se prennent à la table du débiteur. Le profit de pareils aliments ne peut être cédé (1); ils constituent une espèce d'usage attribué à la personne seule du créancier.

Mais il y a des aliments qui sont évalués en une somme fixe, tenant lieu de toute prestation en nature. Il y en a aussi qui se paient au moyen de redevances en grains, fruits, volailles; et, suivant Olea, il faut décider dans l'un et l'autre cas que ces sommes ou ces prestations peuvent être cédées; qu'aucune raison de droit ou de justice ne conduit à les mettre dans la catégorie des choses incessibles; que c'est en ce sens que les docteurs ont dit que le profit des aliments peut être cédé.

Toutefois, ajoute Olea, il faut qu'une pareille cession soit profitable à celui qui l'a faite. Car si elle était à titre gratuit, ce serait une preuve que l'*alimentaire* n'est pas dans le besoin, et alors il n'y aurait plus lieu à aliments; que si l'*alimentaire* donnait par caprice ou par dépit l'émolument de sa pension, et que, pour faire honte au débiteur des aliments, il allât mendier son pain, ce dernier ne serait tenu de rien payer au cessionnaire; car il serait de l'intérêt d'un père qui fournit des aliments à son fils d'empêcher son fils de mendier volontairement et de vivre d'une manière indigne de lui.

Tout cela repose sur un fonds de vérité; mais j'y trouve une confusion qui en cache l'évidence. Et, par exemple, Olea ne détruit-il pas la règle qu'il pose, en disant qu'il faut que la cession soit profitable à celui qui l'a faite? Si la validité de la vente est subordonnée

(1) Olea, *loc. cit.*

à l'utilité qu'en retire le vendeur, que deviennent cette fixité et cette irrévocabilité sans lesquelles il n'y a pas de véritable aliénation?

Je conviens avec Olea que le créancier d'aliments dus *ex jure sanguinis* peut vendre les prestations en nature qu'il reçoit, qu'il peut déléguer un ou plusieurs arrérages à échoir à un cessionnaire qui lui aura avancé les fonds pour ses besoins; mais je n'admets pas qu'il puisse vendre sa créance *in abstracto*, car elle est liée à une qualité naturelle sans laquelle elle ne peut avoir d'existence indépendante. On ne peut pas plus l'aliéner que la qualité dont elle est attribut.

Olea lui-même n'est pas éloigné de ce sentiment, puisqu'il ne ratifie la vente qu'autant que le cédant en retire un avantage réel. N'est-ce pas reconnaître qu'en soi cette vente résiste à des principes respectables, qu'on ne consent à faire fléchir que dans une vue d'utilité?

Sans doute, si un fils avait aliéné sa créance moyennant un avantage réel et évident, le père qui refuserait d'en servir les arrérages au cessionnaire, ne serait pas écouté. Mais ce ne serait pas par des raisons tirées de la validité même de la vente; il ne serait pas nécessaire d'en examiner le mérite intrinsèque; ce serait par une fin de non-recevoir empruntée au défaut d'intérêt. Mais supposez que le fils ait fait un mauvais marché; supposez que ce fils dissipateur vende, pour un capital dont il est pressé de jouir, le profit à venir de sa créance alimentaire sur son père! Il se hâte de consommer cette somme, et quand il est réduit au dernier dénûment, il requiert son père de venir à son secours par une nouvelle pension. Faudra-t-il que le père grevé de cette charge, suite nécessaire de ses obligations naturelles, paie en même temps au cessionnaire les arrérages de l'autre dette, heureux encore si ce fils ne se livre pas à un second trafic d'aliments, et ne se substitue pas un second

créancier, et ainsi de suite, jusqu'à ce que le scandale de ces manœuvres ait fait toucher au doigt la fausseté du principe dont elles seront l'application?

Non, sans doute! L'intérêt du père étant ici évident, rien ne lui défendra alors d'insister sur ce commerce de choses incessibles, et il devra obtenir la nullité de ces ventes.

Quelques personnes ont ajouté une dernière raison à celles que je viens de présenter. Elles ont dit : « Une pension alimentaire dépend des besoins actuels du créancier. Elle peut cesser tout d'un coup si la partie prenante se trouve placée dans l'aisance (1). Or, qu'y a-t-il à payer de la part du père, quels sont les besoins urgents qui restent à défrayer, lorsque le fils possède un capital sur lequel il pourvoit à ses dépenses nécessaires et même voluptuaires? N'est-il pas clair que la vente de la créance d'aliments détruit cette créance elle-même, lui ôte son fondement, lui enlève sa cause? »

Cette argumentation est plus spécieuse que solide; car si l'acheteur perdait les effets de sa subrogation dans les droits du créancier pour aliments, il exigerait que ce dernier l'en dédommageât comme garant, et son recours replacerait l'alimentaire dans son état de pénurie primitive.

Passons à la seconde branche de notre distinction, et voyons ce qui concerne les aliments conventionnels ou dus en vertu d'un testament.

Sur ce point, tout le monde est d'accord pour décider qu'ils sont incessibles, *et quant au titre et quant à l'émolument* (2). C'est là une créance comme une autre;

(1) Art. 208 et 209 du Code Napoléon.

(2) Je croyais du moins qu'il y avait unanimité à l'époque à laquelle j'écrivais ceci; mais je m'aperçois que M. Duranton est d'opinion contraire, en ce qui concerne les *dons* et *legs* d'aliments (t. 46, n° 165). Il se fonde sur les art. 581 et 1004 du Code de procédure civile. On verra, par l'arrêt de la Cour de cassation que je vais citer, que ces textes sont inapplicables.

c'est un droit qui, bien différent des aliments dus *jure sanguinis*, n'est pas subordonné à des besoins variables et passagers. Une fois abdiquée par l'aliénation, cette créance ne renaît pas à mesure que des besoins nouveaux surgissent. Elle est prescriptible; elle ne repose pas sur des principes de droit naturel auxquels il ne soit pas permis de déroger. Dès lors, on ne devrait la placer dans la classe des droits incessibles qu'autant qu'elle consisterait dans ces aliments que le créancier prend à la table de son débiteur. Car ce serait alors une espèce d'usage, uniquement attribué en vue de la personne.

C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de cassation, par arrêt du 31 mai 1826 (1), dans une espèce où une femme avait cédé à ses créanciers les droits qu'elle avait contre son mari, et au nombre desquels se trouvait un douaire de 600 fr., à titre de *pension alimentaire*. Elle prétendait que cette somme était incessible, et qu'elle n'avait pu en disposer. Mais sa prétention fut rejetée par un arrêt de la cour de Bourges, confirmé par la Cour de cassation. La section civile pensa que, dans l'absence d'une loi portant prohibition d'aliéner, on ne pouvait en créer une par voie d'induction ou de raisonnement. Son arrêt est motivé avec tant de soin et présente une théorie doctrinale si satisfaisante, que je veux en citer les expressions.

« Considérant, en droit, qu'aux termes de l'art. 537 du Code civil, chacun peut disposer de ce qui lui appartient, à moins qu'une loi ne s'y oppose; — que, s'il existe des lois qui déclarent incessibles les pensions accordées par le gouvernement, il n'en est pas de même de celles données ou léguées entre particuliers, même à titre d'échange; — qu'en effet, il faut d'abord écarter la loi 8, D. *De transact.*, et les inductions que la demanderesse en tire, puisque

(1) Dalloz, 26, 1, 292.

» cette loi n'avait pas, dans le lieu de son domicile
 » matrimonial, une autorité législative; — que,
 » quant au Code de procédure civile, qui, art. 584,
 » déclare insaisissables les sommes et pensions pour
 » aliments, il résulte bien que l'on ne peut être privé
 » de ces pensions, malgré soi, sur la poursuite
 » des créanciers; mais il n'en résulte pas que
 » l'on soit dans l'incapacité d'en disposer, ni que
 » la cession qui en est librement consentie soit
 » nulle; — que l'art. 1003 du même code ne s'expli-
 » que pas davantage sur la cession; — que l'art. 1004
 » défend de compromettre sur les dons et legs d'ali-
 » ments; mais qu'autre chose est de ne pouvoir, en
 » cas de procès, compromettre sur un droit, c'est-à-
 » dire de ne pouvoir recourir à des arbitres, et autre
 » chose est, en l'absence de toute contestation, de ne
 » pouvoir céder ou transporter ce droit par une con-
 » vention volontairement souscrite; — qu'il est évi-
 » dent que la prohibition intimée dans le premier cas
 » ne s'étend pas nécessairement au second, une dispo-
 » sition prohibitive ne pouvant jamais être établie par
 » induction ni raisonnement.»

On ne saurait mieux dire.

Le même arrêt a jugé que la veuve dont il s'agit
 avait pu céder à ses créanciers la somme de 800 fr.,
 qui lui avait été assurée par son contrat de ma-
 riage à titre de deuil, pour honorer la mémoire de
 son mari.

228. Les pensions alimentaires et autres, accordées
 par le gouvernement, ne peuvent être cédées. Elles
 sont inaliénables (1). Il en est de même des soldes de
 retraite, des traitements de réforme, des pensions
 des veuves et des enfants des militaires (2). On rentre

(1) Déclar. du 7 janvier 1779, art. 12. Arrêté du 7 thermi-
 dor an x.

(2) Avis du conseil d'État du 23 janvier 1808. Répert., v° Pen-
 sion, n° 6, p. 239.

ici dans le droit établi par la loi 8, D. *De transactioni-
 bus* (1).

229 Les anciens jurisconsultes examinent encore
 beaucoup d'autres questions sur la matière des droits
 personnels. Le droit d'élire est-il cessible (2)? en
 est-il de même du droit d'option (3), des privilèges
 dotaux (4), de l'action en révocation d'une donation
 pour cause d'ingratitude (5), etc.? Nous ne voulons
 pas entrer dans toutes ces discussions, qui nous
 éloigneraient plus ou moins de la matière de la vente.
 Nous laissons le lecteur studieux s'exercer lui-même
 à s'en rendre raison.

ARTICLE 1599.

La vente de la chose d'autrui est nulle : elle
 peut donner lieu à des dommages et intérêts
 lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à
 autrui.

SOMMAIRE.

230. La vente de la chose d'autrui était permise dans l'ancien
 droit. Raison de ce point de jurisprudence.
231. Elle ne peut plus avoir lieu sous le Code Napoléon. Princi-
 pes nouveaux qui s'y oppsent. Mais si l'acquéreur a été
 trompé, bien que la vente soit nulle, elle peut servir de
 fondement à une demande en dommages et intérêts. *Quid*
s'il a connu le vice de la chose, et qu'il soit évincé? Du
cas où le vendeur a ignoré qu'il n'était pas propriétaire.
 Dissentiment avec M. Tronchet sur la question de savoir
 quand on est censé avoir cru être propriétaire.

(1) V. Brunemann, sur cette loi, t. 1, p. 129.

(2) Oleva, t. 3, q. 1, n° 32 et suiv.

(3) Idem, n° 48.

(4) Deluca, sur Oleva, q. 26 et 27, dans son *Spicileg. de ces-
 sione jurium*.

(5) Oleva, t. 4, q. 7, n° 25.

» cette loi n'avait pas, dans le lieu de son domicile
 » matrimonial, une autorité législative; — que,
 » quant au Code de procédure civile, qui, art. 584,
 » déclare insaisissables les sommes et pensions pour
 » aliments, il résulte bien que l'on ne peut être privé
 » de ces pensions, malgré soi, sur la poursuite
 » des créanciers; mais il n'en résulte pas que
 » l'on soit dans l'incapacité d'en disposer, ni que
 » la cession qui en est librement consentie soit
 » nulle; — que l'art. 1003 du même code ne s'expli-
 » que pas davantage sur la cession; — que l'art. 1004
 » défend de compromettre sur les dons et legs d'ali-
 » ments; mais qu'autre chose est de ne pouvoir, en
 » cas de procès, compromettre sur un droit, c'est-à-
 » dire de ne pouvoir recourir à des arbitres, et autre
 » chose est, en l'absence de toute contestation, de ne
 » pouvoir céder ou transporter ce droit par une con-
 » vention volontairement souscrite; — qu'il est évi-
 » dent que la prohibition intimée dans le premier cas
 » ne s'étend pas nécessairement au second, une dispo-
 » sition prohibitive ne pouvant jamais être établie par
 » induction ni raisonnement.»

On ne saurait mieux dire.

Le même arrêt a jugé que la veuve dont il s'agit
 avait pu céder à ses créanciers la somme de 800 fr.,
 qui lui avait été assurée par son contrat de ma-
 riage à titre de deuil, pour honorer la mémoire de
 son mari.

228. Les pensions alimentaires et autres, accordées
 par le gouvernement, ne peuvent être cédées. Elles
 sont inaliénables (1). Il en est de même des soldes de
 retraite, des traitements de réforme, des pensions
 des veuves et des enfants des militaires (2). On rentre

(1) Déclar. du 7 janvier 1779, art. 12. Arrêté du 7 thermi-
 dor an x.

(2) Avis du conseil d'État du 23 janvier 1808. Répert., v° Pen-
 sion, n° 6, p. 239.

ici dans le droit établi par la loi 8, D. *De transactioni-
 bus* (1).

229 Les anciens jurisconsultes examinent encore
 beaucoup d'autres questions sur la matière des droits
 personnels. Le droit d'élire est-il cessible (2)? en
 est-il de même du droit d'option (3), des privilèges
 dotaux (4), de l'action en révocation d'une donation
 pour cause d'ingratitude (5), etc.? Nous ne voulons
 pas entrer dans toutes ces discussions, qui nous
 éloigneraient plus ou moins de la matière de la vente.
 Nous laissons le lecteur studieux s'exercer lui-même
 à s'en rendre raison.

ARTICLE 1599.

La vente de la chose d'autrui est nulle : elle
 peut donner lieu à des dommages et intérêts
 lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à
 autrui.

SOMMAIRE.

230. La vente de la chose d'autrui était permise dans l'ancien
 droit. Raison de ce point de jurisprudence.
231. Elle ne peut plus avoir lieu sous le Code Napoléon. Princi-
 pes nouveaux qui s'y oppsent. Mais si l'acquéreur a été
 trompé, bien que la vente soit nulle, elle peut servir de
 fondement à une demande en dommages et intérêts. *Quid*
s'il a connu le vice de la chose, et qu'il soit évincé? Du
cas où le vendeur a ignoré qu'il n'était pas propriétaire.
 Dissentiment avec M. Tronchet sur la question de savoir
 quand on est censé avoir cru être propriétaire.

(1) V. Brunemann, sur cette loi, t. 1, p. 129.

(2) Oleva, t. 3, q. 1, n° 32 et suiv.

(3) Idem, n° 48.

(4) Deluca, sur Oleva, q. 26 et 27, dans son *Spicileg. de ces-
 sione jurium*.

(5) Oleva, t. 4, q. 7, n° 25.

232. Le principe que la chose d'autrui ne peut être vendue n'est pas applicable aux matières de commerce.
233. Des cas où il y a vente de la chose d'autrui. Mais il n'y a pas vente de ce genre quand on vend une chose qu'on possède à titre résoluble, ou des biens reçus en avancement d'hoirie, etc.
234. On peut vendre, sans condition, une chose sur laquelle on a un droit suspendu par une condition. On peut vendre *in genere* ce qu'on n'a pas encore, mais qu'on achètera plus tard; on peut vendre la chose d'autrui en se portant fort pour le propriétaire.
235. Effets de la nullité de la vente de la chose d'autrui. Elle n'empêche pas l'acheteur de bonne foi de gagner les fruits et de posséder *animo domini*, à l'effet de prescrire. Elle donne même lieu à l'action publicienne, en vertu de laquelle l'acheteur peut évincer un possesseur sans titre qui a la possession. Explications relatives à l'exercice de cette action.
236. La vente de la chose d'autrui est validée si le vendeur devient propriétaire, et le premier acheteur est préféré à celui qui aurait acquis depuis la consolidation de la propriété. La vente est aussi validée si le véritable propriétaire hérite du vendeur non propriétaire. Rejet d'une distinction de M. Toullier.
237. La vente de la chose d'autrui peut être ratifiée. Époque à laquelle remonte la ratification.
238. Des personnes au profit de qui est ouverte l'action en nullité; le vendeur ne peut l'exercer.
239. De la durée de l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui. Distinction entre la position des parties qui ont concouru à l'acte, et dont l'action est prescriptible par dix ans, et celle du véritable propriétaire, qui est resté étranger à l'acte, et dont le droit n'est prescriptible que par dix, vingt ou trente ans, suivant les cas.
240. Abolition par la Charte du droit qu'avait l'État de comprendre la chose d'autrui dans les ventes de biens nationaux.
241. De la vente d'une chose volée. Position des contractants vis-à-vis l'un de l'autre.
242. Position de l'acheteur à l'égard du propriétaire.
243. Position du vendeur à l'égard du propriétaire.
244. Droit du bailleur sur les meubles de son locataire déplacés par vente.

COMMENTAIRE.

230. La subtilité du droit romain popularisé en France par Pothier, avait fait décider que l'objet précis du contrat de vente n'était pas de rendre l'acheteur propriétaire, mais seulement de l'en mettre en possession, et de le défendre de tous troubles et évictions (1).

De cette théorie, on concluait que la vente de la chose d'autrui était permise (2). Car, le contrat de vente ne consistant pas dans la translation de la propriété, il suffisait, pour qu'il fût valable, que le vendeur se fût obligé à faire avoir la chose; et il atteignait ce but, soit en l'achetant lui-même du véritable propriétaire, soit en obtenant de ce dernier qu'il consentit à la vendre à l'acquéreur. En cas de refus du propriétaire, comme l'obligation consentie par le vendeur était d'un fait licite et possible en soi, elle se résolvait en dommages et intérêts (3).

231. Nous avons démontré ailleurs (4) que le Code Napoléon, plus conforme au droit naturel que le droit romain et l'ancien droit français, a entendu que la vente ait désormais pour effet précis de transporter la propriété. Or, pour transporter la propriété d'une chose, il faut soi-même être propriétaire, car *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (5). La vente de la chose d'autrui n'est donc plus compatible avec le nouveau système du Code Napoléon, et notre article la déclare nulle. *Il est ridicule*, disait M. Tronchet, *de vendre la chose d'autrui* (6), et M. Gre-

(1) *Suprà*, n° 4.

(2) L. 28, Dig. *De cont. empt.* Ulpien. Pothier, Vente, n° 7.

(3) Pothier, Vente, n° 7, et Oblig., n° 433, 436. M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 3, n° 1046. Despeisses, p. 9, n° 7.

(4) *Suprà*, n° 4 et suiv.

(5) L. 54, Dig. *De req. juris.*

(6) Disc. au conseil d'État. Fenet, t. 14, p. 24.

nier, entrant tout à fait dans le vif de cette théorie si raisonnable, ajoutait, comme organe du Tribunal :

« *Le but unique de la vente doit être LA TRANSMISSION D'UNE PROPRIÉTÉ.* Or la vente d'une chose qui n'appartient pas au vendeur ne peut être le germe d'une transmission de propriété (1). »

La vente de la chose d'autrui est donc nulle dans tous les cas, soit que les parties aient su ou non que le vendeur n'en était pas propriétaire. Néanmoins, si l'acquéreur a ignoré cette circonstance (2), s'il a été trompé, notre article lui donne dans ce cas une action en dommages et intérêts. Mais s'il a su que la chose n'appartenait pas à son vendeur, ou si le vice a été dénoncé, il n'a aucun droit pour élever des plaintes; car il y a faute commune (3), il a été de mauvaise foi de même que le vendeur. « *Malæ fidei emptor est, dit Cujas, qui scit rem quam emit non esse vendentis* (4). » Du reste, nous verrons au n° 481 si, lorsqu'il a payé le prix, et qu'il se trouve évincé, la loi ne lui accorde aucune action en répétition.

Quid si le vendeur a ignoré qu'il ne fût pas propriétaire? Son ignorance le dispense-t-elle de payer des dommages et intérêts?

D'abord, reconnaissons qu'il ne faut pas dire, avec M. Tronchet (5), « que le propriétaire qui n'a pas exprimé qu'il vendait la chose d'autrui *doit être réputé n'avoir pas su cette circonstance*; » nul n'est censé ignorer l'état de ses affaires, de son patrimoine, de

(1) Fenet, t. 14, p. 192.

(2) V. sur la bonne foi, n° 235.

(3) M. Berlier, discours au conseil d'État (Fenet, t. 14, p. 24).

(4) Comment. sur la loi 27, Dig. *De cont. empl.* Mais si l'acheteur, quoique sachant que la chose était à autrui, a stipulé garantie en cas d'éviction, il aura droit à des dommages et intérêts. *Infrà*, n° 468, 469.

(5) Fenet, t. 14, p. 25.

l'ensemble de ses droits. A moins d'indices contraires, on doit toujours supposer que celui qui a vendu une chose qui ne lui appartient pas savait qu'il n'en était pas propriétaire.

Mais s'il est prouvé qu'il a été dans l'erreur, son ignorance sera-t-elle une excuse pour qu'il ne paie pas de dommages et intérêts? L'affirmative semblerait résulter de l'opinion de M. Tronchet, qui, à la suite du passage que nous venons de citer, ajoutait : « *Mais celui qui l'a énoncée s'est soumis à des dommages et intérêts, quoique la vente soit nulle.* »

Mais si tel a été le sentiment de M. Tronchet (ce que je n'oserais affirmer), je le repousse comme une erreur. La précipitation du vendeur à ne pas s'enquérir de ses droits est une faute lourde, dont il est responsable, quand elle a porté préjudice à autrui. Outre l'art. 1630, que nous examinerons plus bas, la loi 39, § 3, au Dig. *De evict.*, est formelle. Julien y prévoit le cas où un individu a vendu par erreur (*ignorans*) comme esclave un homme libre, et il décide qu'il est responsable envers l'acheteur (1). Il y a ici une raison *à fortiori* pour décider ainsi. Car l'erreur sur un droit de propriété est moins excusable que l'erreur sur une qualité de la chose.

232. Le principe que la vente de la chose d'autrui est nulle n'est pas applicable aux matières de commerce. Comme le disait M. Béranger au conseil d'État (2), il arrive très souvent dans le commerce qu'on vend par courtier des marchandises dont on n'est pas propriétaire. M. Grenier, orateur du Tribunal, faisait aussi remarquer que la disposition de l'art. 1599 ne doit pas s'appliquer aux objets qui sont la matière des transactions commerciales, et qu'il est au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer (3).

(1) Voyez aussi M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, n° 4045.

(2) Fenet, t. 14, p. 25, 26.

(3) *Id.*, p. 193.

En effet, le but du commerce est de mettre la marchandise en circulation; la chose d'autrui y est toujours vénale, et c'est seconder l'activité des transactions, et se rendre auxiliaire du propriétaire négociant, que de lier des marchés qui favorisent le débit de ce qui est dans ses magasins. D'ailleurs, en vendant des marchandises qui appartiennent à un autre négociant, on est toujours censé s'être chargé de les acheter pour les livrer (1).

Mais revenons à la vente de la chose d'autrui en matière civile.

233. Il y a vente de la chose d'autrui toutes les fois qu'on aliène une chose dont on n'a pas la propriété.

Ainsi, celui qui, étant propriétaire d'une chose par indivis, vend non-seulement sa portion, mais encore celle de son communiste, aliène, en ce qui concerne cette seconde part, la chose d'autrui (2). Ainsi, celui qui pendant l'absence de l'héritier se porte héritier apparent, et vend une chose héréditaire, vend la chose d'autrui (3).

Ainsi, celui qui vend la nue-propriété d'une chose dont il n'a que l'usufruit vend la chose d'autrui.

Mais il n'y a pas vente de la chose d'autrui lorsqu'on vend un objet dont on ne jouit qu'à titre résoluble, soit que la résolution soit certaine, soit qu'elle soit conditionnelle.

Ainsi, celui qui vend les biens qu'il a reçus en avancement d'hoirie dispose de sa propre chose et non de la chose d'autrui (4).

(1) Pardessus, t. 2, p. 287.

(2) Voët, ad Pand., *De legatis*, n° 28. Répert., v° Vente, p. 477.

(3) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 468, et *infra*, n° 960.

(4) Arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1831 (Daloz, 32, 1, 54).

Ainsi, ce n'est pas vendre la chose d'autrui que de vendre un immeuble grevé d'un fidéicommiss (1).

234. On peut vendre sous condition une chose dont on n'est pas propriétaire actuellement, mais sur laquelle on a un droit suspendu par une condition (2). Ce n'est pas là vendre la chose d'autrui.

On peut également vendre du blé ou du vin qu'on n'a pas, pourvu qu'on ne précise pas que c'est le vin appartenant à telle personne. Car, comme le dit très bien M. Duranton (3), ce qui consiste *in genere* n'appartient à personne.

On peut aussi vendre la chose d'autrui en se portant fort de faire ratifier la vente par le propriétaire (4).

235. L'effet de la nullité de la vente de la chose d'autrui, c'est d'empêcher la propriété de passer sur la tête de l'acheteur, c'est de l'obliger de rendre la chose au véritable propriétaire, et de donner à celui-ci un droit de revendication (5).

Mais l'acheteur de bonne foi gagne-t-il les fruits qu'il a recueillis et consommés avant d'être troublé par le véritable propriétaire?

L'affirmative est décidée par le § 35 des Inst. au tit. *De rer. divisione* (6), et a été adoptée par les art. 549, 550 du Code Napoléon. Cela tient à ce que les fruits ne sont pas accordés ici au droit de propriété, mais à la possession de bonne foi (7).

(1) *Suprà*, n° 212.

(2) Voyez mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 468 *ter* et suiv. *Infra*, n° 744, je traite une question de ce genre.

(3) T. 16, n° 181.

(4) Art. 1120 du Code Napoléon. MM. Duranton, t. 16, n° 180. Marcadé, art. 1599, n° 5.

(5) L. 28, Dig. *De cont. empt.*

(6) Cujas, sur la loi 27, Dig. *De cont. empt.* M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 1, p. 296, art. 138 du Code Napoléon.

(7) La théorie de l'attribution des fruits est assez compliquée dans le droit romain. Voyez-en une explication fort plausible dans M. Ducaurroy, *loc. cit.*

Le titre en vertu duquel on vend la chose d'autrui peut aussi servir de base à la prescription si l'acquéreur est de bonne foi (1), et il est toujours de bonne foi s'il ignore le vice de son contrat (art. 550 Code Napoléon). « Bonæ fidei emptor est, dit Cujas (2), » qui existimat rem esse vendentis, aut eum à quo » emit posse vendere et emit quomodo debuit... eum » videri posse esse bonæ fidei emptorem qui non justis rationibus existimat quod existimare debuit, sed cum sine caliditate et dolo id existimet. »

Pothier va même beaucoup plus loin. Il pense que l'acheteur de la chose d'autrui qui est en chemin de prescrire, et qui perd la possession de cette chose, a l'action appelée en droit romain *actio publiciana*, et établie à l'instar de l'action en revendication, à l'effet d'obtenir d'être rétabli dans la jouissance de la chose détenue par un possesseur dont le titre est moins coloré que le sien (3).

Et M. Delvincourt et M. Duranton (4) sont d'avis que le Code Napoléon ne s'oppose pas à l'exercice de cette action pétitoire.

Ainsi, Paul me vend un immeuble dont il n'est pas propriétaire. J'achète de bonne foi, et dans l'ignorance du vice dont la chose est infectée. Si, avant d'avoir prescrit le droit de propriété, je viens à perdre la possession par une cause quelconque, le tiers qui s'en est emparé sans titre, ou en vertu d'un titre moins valable que le mien, doit être évincé par moi sur l'action de revendication que j'exercerai contre lui. A la vérité il est de principe que le demandeur doit prouver son droit de propriété; mais il n'est pas précisément nécessaire que le titre qu'il représente soit

(1) Cujas, *loc. cit.*, art. 2265 et suiv. du Code Napoléon, M. Duranton, t. 16, n° 176.

(2) *Loc. cit.*

(3) De la Propriété, n° 292.

(4) T. 16, n° 21. T. 4, n° 233.

valable. Il suffit que le demandeur ait un juste sujet de le croire bon. L'opinion d'un juste titre, quoique erronée, équipolle au titre, et suffit pour justifier la réclamation.

Je pense que les principes du Code sur la vente de la chose d'autrui ne peuvent ébranler ces opinions, qui reposent sur des idées empruntées à un ordre de choses tout différent, savoir: 1° à l'équité, qui ne veut pas qu'on prive injustement de la faculté de prescrire celui qui était sur la voie pour y parvenir; 2° à la force, qui est inhérente à tout titre qui a pour lui l'apparence de la validité. La subtilité du droit ne va pas jusqu'à exiger que le demandeur en revendication établisse la filiation de la propriété depuis ses auteurs les plus reculés, et justifie qu'ils étaient tous légitimes propriétaires. Tout dépend des circonstances. Lorsque le demandeur en revendication n'a devant lui qu'un usurpateur sans titre, sans qualité, sans apparence de droit, il lui suffit d'exhiber un juste titre qui donne naissance à une possession de nature à fonder la prescription. Ce n'est qu'autant que le défendeur répond à ce titre par des titres plus forts qu'il faut remonter jusqu'à l'examen du droit des précédents propriétaires.

Ainsi donc, la vente de la chose d'autrui, aujourd'hui comme chez les Romains et dans l'ancienne jurisprudence, donne à l'acheteur le droit d'exercer l'action publicienne (1).

Mais prenons garde de ne pas abuser de cette règle. Il ne faudra l'appliquer que lorsque le possesseur sera de bonne foi et aura l'opinion de son juste titre. Il ne faudra l'appliquer que lorsque le possesseur sera

(1) V. le titre du D. *De publicianâ in rem actione*, et le Commentaire de Brunemann et de Voët, qui disent que, dans le droit moderne, cette action se confond avec l'action en revendication.

sans titre, ou aura un titre plus vicieux que le demandeur.

Mais si le demandeur produisait de son côté un contrat d'acquisition qui fût aussi un juste titre, de manière qu'il y eût égalité de droit entre les deux parties, on se prononcerait pour le possesseur. *IN PARI CAUSA melior est causa possidentis* (1).

Par exemple, j'achète la vigne de l'Ormette, de Jacques, qui n'en est pas propriétaire, mais je vois en lui le maître légitime. Mon contrat est du 12 mars 1832.

Plus tard, un autre individu qui se prétend, mais à tort, propriétaire de cet immeuble, le vend à François par contrat du 15 août 1833; puis, celui-ci s'en met en possession. Suivant Ulpien, c'est l'époque de la possession qui doit décider entre nous, et François me sera préféré. *Si à diversis NON DOMINIS emerint, melior causa possidentis* (2).

Mais supposons que le défendeur ait acheté du même propriétaire que moi. Son titre, postérieur au mien, a un vice de plus, puisque le vendeur ne pouvait lui vendre ce qu'il avait déjà aliéné en ma faveur; je pourrai donc agir contre lui en revendication pour reconquerir la possession que j'ai perdue, et je lui serai préféré nonobstant sa possession actuelle. A son égard, je suis le vrai propriétaire; il ne saurait avoir qu'un droit inférieur au mien (3).

236. Tout n'est donc pas radicalement inefficace dans la vente de la chose d'autrui.

(1) Ulpien, l. 9, § 4, D. *De public. act.* Pothier, Propriété, n° 294 et 327.

(2) Loi précitée, et Pothier.

(3) Ulpien voulait que dans ce cas on eût égard à la date de la tradition, et non à la possession actuelle, comme le décidaient les Proculéiens, l. 9, § 4, D. *De public. in rem. act.* L. 31, § fin., D. *De act. empt.* Aujourd'hui, il faut avoir égard à la date des titres; car, dans nos principes, la tradition n'ajoute rien à la vente. Néanmoins ceci doit être conféré maintenant avec la loi sur la Transcription du 23 mars 1855.

On doit même décider que si, avant que la nullité de la vente soit demandée, la propriété vient à se consolider sur la tête du vendeur, soit parce qu'il a acheté la chose, soit parce qu'il en hérite du véritable propriétaire, la vente se trouve validée. La raison et l'équité, conformes en ceci aux textes les plus positifs, conduisent inévitablement à ce résultat. Serait-ce, en effet, l'acheteur qui pourrait se plaindre? Mais la cause du trouble a disparu. Il n'a plus pour adversaire possible que son vendeur, qui est précisément tenu à le garantir et à le faire jouir, et qui désormais a tous les moyens de prêter main-forte au contrat. Les réclamations de l'acheteur seraient donc sans objet. Il demanderait, sans grief, une nullité qui n'est pas d'ordre public et dont la cause a disparu. Serait-ce le vendeur qui argumenterait du vice originaire de la vente? Mais il ne saurait être admis à ébranler son propre fait; comme garant, il serait repoussé dans une action qui aboutirait à l'éviction de celui qu'il doit défendre. D'ailleurs, il est évident qu'en acceptant l'événement qui consolide la propriété sur sa tête, il ratifie les actes dont elle a été l'objet entre ses mains. Sous une législation aussi équitable que la nôtre, on ne conçoit pas la rigueur et la subtilité catoniennes qui voudraient pousser la nullité portée dans notre article jusqu'au point de la faire survivre à l'anéantissement de la cause dont elle serait le produit. Cette exagération serait destructive de la bonne foi et de la stabilité des contrats (1).

(1) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 521 et suiv., et sur l'Échange, n° 35. *Infrà*, n° 645. C'est aussi ce que pensent MM. Duranton, t. 16, n° 179; Duvergier, t. 1, n° 219; Championnière et Rigaud, t. 3, n° 2033; Marcadé, art. 1599, n° 5. V. aussi Bordeaux, 15 août 1834; Rej., 23 juillet 1835; Paris, 25 août 1845; Agen, 1^{er} décembre 1851 (Deville, 36, 1, 470; 46, 2, 161; J. Pal. 1853, t. 2, p. 43); Dijon, 25 avril 1855 (J. P. 1855, t. 2, p. 428). Je m'aperçois cependant que cette proposition est combattue dans le journal mensuel de M. Dal-

La vente est également validée si le véritable propriétaire vient à hériter *ex post facto* du vendeur. On trouvera dans mon commentaire sur les hypothèques (1) les preuves solides de cette proposition (2). Ainsi l'acquéreur conservera la chose sans craindre une éviction, ou même, s'il n'a pas été mis en possession, il pourra exiger de l'héritier qu'il lui en fasse délivrance.

Si le vendeur, étant devenu propriétaire par un moyen légal, vend à un tiers l'immeuble qu'il avait déjà aliéné au profit d'un premier acquéreur à une époque à laquelle il n'était pas investi du domaine de la chose, ce premier acquéreur sera préféré au second. La consolidation de la propriété sur la tête du vendeur a purgé, de plein droit, le vice originaire de la vente. L'acquéreur premier en date est devenu acquéreur incommutable. La vente que son auteur a passée ensuite à un nouvel acheteur est un acte qui ne saurait lui être opposé, en vertu de la règle : *Nemo in alium transferre potest jus quod ipse non habet* (3).

237. On peut aussi ratifier la vente de la chose d'autrui; car elle n'est pas tellement nulle qu'elle ne

loz (33, 2, 153). Mais, pour soutenir son système, l'auteur, M. A. D., est obligé d'aller jusqu'à dire que l'argument tiré de la maxime *Quem de evictione*, etc., ne peut avoir quelque valeur que sous le droit subtil des Romains. Je réponds que cette maxime est de tous les temps et de tous les lieux, et que le droit français est trop équitable pour ne pas en faire son profit. J'ajoute que le reproche de subtilité fait au droit romain est ici sans fondement, surtout de la part d'une opinion qui subtilise sur les mots de l'art. 1599 pour en faire sortir une nullité rigoureuse. — V. encore M. Zachariae, t. 2, p. 502 et Bastia, 15 avril 1855 (J. P. 1855, t. 2, p. 127).

(1) T. 2, n° 527.

(2) M. Toullier, t. 6, n° 437, reproduit ici une distinction du président Favre, que j'ai réfutée *loc. cit.*

(3) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 522. Il reforme la citation des autorités par lesquelles se décide ce point de droit.

puisse servir de base à une ratification (1). Citons un arrêt de la cour de Riom, qui juge ce point de droit (2) dans une espèce remarquable.

Amblard vend, en 1808, à Desribes, une maison appartenant à sa femme à titre paraphernal. Le 28 juin 1822, la femme Amblard ratifie cette vente, voulant qu'elle ait le même effet que si elle avait été consentie par elle. Mais Desribes refuse cette ratification, et demande la nullité de la vente, en se fondant sur l'art. 1599 du Code Napoléon.

Sa prétention, accueillie par les premiers juges, fut repoussée par la cour impériale, qui pensa qu'il ne pouvait refuser une ratification faite dans son unique intérêt, pour consolider son acquisition et en rendre le titre inattaquable.

Cette décision est juste. Desribes n'aurait pu arguer du défaut de consentement de la femme qu'autant que sa plainte en nullité aurait précédé la manifestation de la volonté de celle-ci. Mais au moment où sa résistance prit naissance, il y avait déjà eu concours des trois volontés du mari, de l'épouse et de l'acquéreur. Ce dernier avait pris possession et joui; son repentir était donc tardif.

Lorsque le consentement du véritable propriétaire vient purger la vente du vice dont elle était infectée, sa ratification ne produit pas d'effet rétroactif. La vente ne vaut, à l'égard des tiers, que du jour où sa volonté est venue s'ajouter au contrat qui en était dépourvu. Car, à vrai dire, ce n'est que dès cet instant qu'il y a vente. Ainsi, par exemple, si le véritable propriétaire vend la chose avant de donner sa ratification à l'aliénation qui m'en a été faite à *non domino*, son acquéreur me sera préférable. Car la ré-

(1) Cassat., 23 janvier 1832 (Daloz, 32, 1, 377). Turin, 17 avril 1844 (Daloz, Vente, p. 861, n° 3). Delvincourt, t. 3, p. 132, notes.

(2) 12 janvier 1827 (Dal., 29, 2, 65). *Infra*, n° 615.

troactivité serait ici une véritable fiction, et l'on sait que les fictions ne doivent jamais enlever aux tiers des droits qui leur sont acquis (1).

238. Voyons au profit de qui s'ouvre l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui.

D'abord, nul doute à l'égard de l'acquéreur (2). C'est en sa faveur qu'a été faite la disposition de l'art. 1599. On n'a pas voulu que, comme dans l'ancienne jurisprudence, il restât dans l'état d'incertitude et de crainte que fait peser sur sa tête le droit d'un tiers sur la chose achetée. Le législateur a cru qu'il était juste de lui permettre de prendre l'initiative, afin de se débarrasser des liens d'un engagement qui doit tôt ou tard aboutir à une éviction.

En ce qui touche le propriétaire dont on a usurpé les droits, on ne saurait dire que l'action en nullité est ouverte en sa faveur. Car, ainsi que je le dirai au numéro suivant, il n'a pas même besoin de cette action. Le contrat est pour lui *res inter alios acta*. On ne peut le lui opposer. Il tombe de plein droit en sa présence.

Quand au vendeur, je n'admets pas qu'il puisse jamais se prévaloir de la disposition de l'art. 1549 contre l'acheteur, et je ne parlerais pas même de son irrecevabilité à cet égard, si la Cour de cassation, dans un arrêt du 23 janvier 1832 (3), n'avait sérieusement

(1) C'est encore un point que l'on trouvera accompagné de toutes ses preuves dans mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 495 et suiv. Tiraq., *De retract. genti.*, glose 10, § 1, n° 69 et suiv. Maynard, t. 2, liv. 7, c. 33. Pothier, Orléans, t. 20, n° 24, et Retraits, n° 423, 424. MM. Duranton, t. 16, n° 179; Duvergier, t. 4, n° 249; Championnière et Rigaud, t. 3, n° 2034; Marcadé, art. 1555, n° 6. — V. aussi Tours, 17 avril 1811; Rej. 12 décembre 1810; 6 juillet 1831; 23 janvier 1832; Amiens, 13 août 1840 (Deville, 31, 4, 307; 32, 1, 666; 42, 2, 429).

(2) *Infrà*, n° 613. M. Duranton, t. 40, n° 437, et t. 46, n° 178.

(3) Dal., 32, 2, 377.

discuté la question de savoir par quel délai se prescrit l'action en nullité du vendeur contre l'acheteur; ce qui est implicitement admettre que le premier a une action fondée sur l'article 1599!! Mais ce point de départ de la Cour de cassation est entièrement faux. Par la nature même du contrat de vente, le vendeur doit faire tous ses efforts pour procurer la cessation du trouble ou de la cause de l'éviction. Il ne saurait aller contre son propre fait, et le critiquer pour inquiéter celui qu'il doit garantir. C'est donc bien plutôt contre lui que dans son intérêt que l'article 1599 dispose. Supposons que l'acheteur évincé par le tiers revienne en garantie contre le vendeur: celui-ci pourra donc, en pressant les arguments qui sortent du système de la Cour de cassation, opposer que la vente est nulle, qu'il n'y a rien de fait, et qu'il n'y a par conséquent pas d'action *ex empto* à exercer contre lui!!! Mais que deviendra alors la disposition finale de notre article, et l'art. 1630 du Code Napoléon (4).

239. L'action en nullité de la vente de la chose d'autrui se prescrit-elle par dix ans, conformément à l'article 1304 du Code Napoléon?

Il faut distinguer. Ou c'est l'acquéreur qui, reconnaissant qu'il a été trompé, et que le vendeur ne lui a transmis qu'un objet sujet à éviction, demande la nullité de la vente, comme il en a le droit (2); ou c'est le véritable propriétaire qui se plaint de ce qu'on a disposé de sa chose sans son consentement.

Dans le premier cas, l'action est prescriptible par

(4) D'ailleurs il y a, sur ce point, des systèmes différents. D'après M. Duvergier, le vendeur peut opposer la nullité quand il a vendu de bonne foi, mais non quand il savait que la chose ne lui appartenait pas (v. n° 220); et, d'après M. Zachariæ, le vendeur peut toujours, sans qu'il y ait à distinguer la bonne ou la mauvaise foi, opposer la nullité par voie d'exception, mais jamais par voie d'action (t. 2, p. 501). — V. aussi M. Marcadé, art. 1599.

(2) *Infrà*, n° 613.

dix ans; car l'art. 1304 est général; il ne comporte pas de distinctions, toutes les fois qu'il s'agit d'une nullité susceptible d'être couverte. Il s'applique à toutes les personnes qui ont été parties, ou qui ont été représentées dans un acte entaché de nullité (1). C'est ce qu'on peut inférer d'un arrêt de la Cour de cassation, du 23 janvier 1832 (2), dans une espèce où la dame de La Roche attaquait, après dix ans, comme vente de la chose d'autrui, une vente faite par elle-même. Elle fut déclarée non recevable par la Cour de cassation.

Cet arrêt raisonne à la vérité dans l'hypothèse où c'est le vendeur qui demande la nullité, et nous avons dit, dans le numéro précédent, que la Cour de cassation, sans examiner la question de prescription, aurait dû le déclarer non recevable pour défaut d'intérêt. Mais la solution peut servir de guide, lorsque l'action en nullité est intentée par l'acheteur. Après l'expiration des dix ans, ce dernier se trouve dans la position dans laquelle il était circonscrit par l'ancienne jurisprudence; forcé par la prescription, il ne peut plus prendre l'initiative contre le vendeur, et il doit attendre son éviction pour agir en garantie, conformément à l'art. 1630 du Code Napoléon.

Dans le deuxième cas, l'art. 1304 n'est pas applicable. Le véritable propriétaire ne demande pas la nullité du contrat fait à non domino. Il n'en a pas besoin; c'est pour lui *res inter alios acta* (3). Son action est une action en revendication. Elle prend son fondement dans le droit de propriété, qui, chez lui, est resté sain et sauf, malgré tout ce qui a été fait pour lui porter atteinte, tandis que l'action ouverte par l'art. 1304 est une action personnelle qui tend à faire

(1) M. Toullier, t. 7, nos 597, 598, 604.

(2) Dal., 32, 1, 377. — Junge M. Duvergier, n° 221. — V. cependant M. Marcadé, art. 1599, n° 3.

(3) M. Toullier, n° 604.

tomber le lien personnel, produit par le contrat. Le véritable propriétaire ne perd donc son droit que par la prescription de dix, vingt ou trente ans, suivant les circonstances (1).

240. Avant la Charte, l'art. 94 de la loi du 22 frimaire an VII permettait à l'Etat de comprendre la chose d'autrui dans une vente de biens nationaux. Le tiers dépossédé n'avait qu'une action contre le trésor public pour être indemnisé (2).

Mais la Cour de cassation a jugé que, depuis la Charte, l'inviolabilité des propriétés particulières ayant été consacrée, il n'y avait plus rien d'irrévocable dans la vente des choses d'autrui faite par l'Etat; que pareille vente était nulle, à moins qu'elle n'eût pour cause l'utilité publique légalement constatée (3).

241. Après avoir parlé de la vente de la chose d'autrui, nous sommes naturellement conduits à nous occuper de la vente d'une chose volée. Il faut d'abord fixer la position que tiennent entre eux le vendeur et l'acheteur.

Sur le premier point, le jurisconsulte Paul distingue de la manière suivante :

Si le vendeur et l'acheteur connaissent l'origine furtive de la chose, il n'y a obligation d'aucun côté. *A neutra parte obligatio contrahitur.* (Arg. de l'art. 1599.)

Si l'acheteur est le seul qui en soit instruit, le vendeur ne contracte pas obligation; il n'est pas tenu de livrer la chose, ni de la garantir en cas qu'il l'ait livrée. L'acheteur ne peut répéter ce qu'il a payé. *Emptor solum repetere non potest, et sic emptor agendo ex contractu nihil consequetur.* Ainsi s'exprime Brunemann (4). Quant au vendeur, il peut

(1) M. Grenier, Hypothèques, t. 1, n° 48. M. Duranton, t. 12, nos 544, 550.

(2) Dalloz, 25, 1, 352.

(3) Arrêt du 26 décembre 1825 (Dalloz, 26, 1, 86).

(4) Sur la loi 34, § 3, D. *De cont. empt.*

forcer l'acheteur à accomplir ses promesses ; mais, pour cela, il faut qu'il livre la chose, et que de son côté il satisfasse au contrat.

Si c'est le vendeur qui sait que la chose a été volée, et que l'acheteur l'ignore, le vendeur peut être contraint à purger cette chose du vice qui l'infecte, ou bien il peut être condamné à des dommages et intérêts (1). (Arg. de l'art. 1599.)

Ces distinctions sont conformes à la raison et à l'esprit du Code Napoléon. Elles doivent être suivies.

242. Mais quelle sera la position de l'acheteur à l'égard du propriétaire ?

Les art. 2279 et 2280 du Code Napoléon la définissent nettement.

Celui qui a perdu ou auquel a été volée une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre la personne de qui il la tient. La revendication s'exerce, soit que l'acheteur ait été complice et recéleur du vol, soit qu'il ait été de bonne foi. Dans l'un ni dans l'autre cas, le propriétaire n'est tenu de rendre le prix payé par l'acheteur (2).

Mais si l'acheteur a acheté dans une foire, dans un marché public, ou d'un marchand vendant de pareilles choses, le propriétaire originaire ne peut inquiéter le possesseur de la chose volée ou perdue qu'en lui remboursant le prix qu'il a déboursé.

Le parlement de Paris a jugé, par arrêt du 6 avril 1781, que celui qui avait acheté de bonne foi des

(1) L. 34, § 3, Dig. *De cont. empt.* Voët, n° 16. Brunemann, sur cette loi, p. 700.

(2) Répert., v° Vol, p. 824. M. Merlin cite plusieurs arrêts anciens qui ont servi de modèle aux art. 2279 et 2280 du Code Napoléon. V. aussi Brillou, Achat de chose volée. Bardet, t. 1, liv. 1, ch. 15. Ces arrêts eux-mêmes étaient calqués sur les lois romaines. Cujas, sur la loi 28, Dig. *De cont. empt.*, et Delaurière, sur Loysel, liv. 3, t. 4, n° 3.

huiles d'un voiturier infidèle, qui les avait détournées au préjudice de son commettant, et qui, pour les vendre, avait pris un faux nom, ne devait être exposé à aucune recherche de la part du propriétaire (1). Cette décision se concilie très bien avec l'art 2280 du Code Napoléon, puisque l'acheteur avait eu juste raison de croire que le vendeur était un marchand de profession.

Mais dans une espèce où il résultait des circonstances que l'acheteur avait su que le voiturier n'était pas propriétaire, et qu'il était soupçonné de vol, la cour impériale de Colmar s'est prononcée pour la revendication, par arrêt du 27 mai 1809 (2).

243. Reste à fixer la position du vendeur à l'égard du propriétaire.

Lorsque le vendeur a su que la chose appartenait à autrui, si cette chose est mobilière, c'est un vol qu'il a commis ; il est tenu de restituer cette chose ou sa valeur, en vertu de l'action appelée *condictio furtiva* (3). Il peut même être condamné en des dommages et intérêts.

Il y a plus ; s'il avait vendu la chose pour un prix très avantageux et supérieur à sa valeur intrinsèque, il pourrait être contraint à restituer ce prix entier. *Fraus sua nemini opitulari debet* (4).

On arrive aux mêmes résultats dans le cas où c'est un immeuble appartenant à autrui qui a été vendu sciemment (5). Seulement, on ne peut pas dire qu'il y ait vol.

Il faut même ajouter que, dans l'une et l'autre hypothèse, le propriétaire a le choix entre l'action en revendication de la chose même et l'action contre

(1) Répert., *loc. cit.*

(2) Dalloz, Vente, p. 862, note 1.

(3) Pothier, Vente, n° 271.

(4) Idem, n° 272.

(5) Idem, n° 273.

le vendeur pour obtenir la valeur ou le prix de l'immeuble.

Supposons maintenant que le vendeur soit de bonne foi.

Africain et Julien décident avec raison (1) que, si la chose a péri entre les mains du tiers détenteur, le vendeur doit restituer au propriétaire le prix ou la valeur qu'il en a retirée. Ce qui est fondé sur cette grande règle d'équité naturelle, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Toutefois, cette décision ne doit être adoptée qu'avec un juste tempérament, et il faut la restreindre au cas où la chose serait parvenue dans les mains du vendeur de bonne foi, à titre gratuit. Car, s'il avait payé une somme pour se la procurer, s'il l'avait achetée, croyant que c'était son véritable maître qui la vendait, on ne pourrait plus dire que le prix qu'il en a retiré en la revendant fût pour lui un gain fait aux dépens d'autrui. Il n'aurait fait que recouvrer d'une main ce qu'il aurait déboursé de l'autre; il suit de là que, si la chose était perie, le propriétaire serait sans action contre lui. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que, si le vendeur avait rétrocédé pour un prix beaucoup plus fort que celui de son acquisition, il serait tenu de l'excédant (2).

244. J'ai parlé, dans mon commentaire sur les Hypothèques (3), du droit de revendication accordé au bailleur sur les meubles appartenant à son locataire et déplacés par vente sans son consentement.

ARTICLE 1600.

On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement.

(1) L. 23. *De rebus creditis*.

(2) Pothier, *loc. cit.*, n° 276.

(3) T. 1, n° 162. — Junge, M. Paul Pont, Comment. des privilèges et hypothèques, n° 430 et suiv.

SOMMAIRE.

245. On ne peut vendre la succession d'une personne vivante. Origine de cette disposition. Raisons insuffisantes qu'en donnent les jurisconsultes Pomponius et Paul. Véritable motif.
246. La prohibition de notre article s'étend à la vente d'une universalité, et même à la vente d'un droit particulier dépendant d'une succession. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation.
247. Il ne faut pas confondre la vente d'une succession future avec la vente de la chose d'autrui. Règle pour les distinguer. La vente d'une succession future est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.
248. Erreur de M. Dalloz, qui croit que la vente d'une succession future ne donne pas lieu à des dommages et intérêts. Textes des lois romaines. Autorité de Cujas.
249. De la durée de l'action en nullité provenant de la vente d'une succession future. Dissentiment avec M. Toullier.
250. Il ne faut pas confondre la vente de droits successifs non ouverts avec la vente d'une créance soumise à la condition du prédécès du débiteur.
251. D'une vente qui contient vente de droits successifs échus et non échus.

COMMENTAIRE.

245. Cette disposition est empruntée aux lois romaine. « *Si hæreditas venierit, dit Pomponius, ejus qui vivit, nihil esse acti, quia in rerum naturâ non sit quod venierit* (1). »

« *Quam hæreditatem aliquis vendidit, ajoute le jurisconsulte Paul (2), esse debet hæreditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur ut in venditione et similibus, sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio, et ideò pretium condicetur.* »

La raison que donnent Pomponius et Paul, c'est

(1) L. 1, Dig. *De hæredit. vel act. vendita*.

(2) L. 7, Dig., d. tit.

le vendeur pour obtenir la valeur ou le prix de l'immeuble.

Supposons maintenant que le vendeur soit de bonne foi.

Africain et Julien décident avec raison (1) que, si la chose a péri entre les mains du tiers détenteur, le vendeur doit restituer au propriétaire le prix ou la valeur qu'il en a retirée. Ce qui est fondé sur cette grande règle d'équité naturelle, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Toutefois, cette décision ne doit être adoptée qu'avec un juste tempérament, et il faut la restreindre au cas où la chose serait parvenue dans les mains du vendeur de bonne foi, à titre gratuit. Car, s'il avait payé une somme pour se la procurer, s'il l'avait achetée, croyant que c'était son véritable maître qui la vendait, on ne pourrait plus dire que le prix qu'il en a retiré en la revendant fût pour lui un gain fait aux dépens d'autrui. Il n'aurait fait que recouvrer d'une main ce qu'il aurait déboursé de l'autre; il suit de là que, si la chose était perie, le propriétaire serait sans action contre lui. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que, si le vendeur avait rétrocédé pour un prix beaucoup plus fort que celui de son acquisition, il serait tenu de l'excédant (2).

244. J'ai parlé, dans mon commentaire sur les Hypothèques (3), du droit de revendication accordé au bailleur sur les meubles appartenant à son locataire et déplacés par vente sans son consentement.

ARTICLE 1600.

On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement.

(1) L. 23. *De rebus creditis*.

(2) Pothier, *loc. cit.*, n° 276.

(3) T. 1, n° 162. — Junge, M. Paul Pont, Comment. des privilèges et hypothèques, n° 430 et suiv.

SOMMAIRE.

245. On ne peut vendre la succession d'une personne vivante. Origine de cette disposition. Raisons insuffisantes qu'en donnent les jurisconsultes Pomponius et Paul. Véritable motif.
246. La prohibition de notre article s'étend à la vente d'une universalité, et même à la vente d'un droit particulier dépendant d'une succession. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation.
247. Il ne faut pas confondre la vente d'une succession future avec la vente de la chose d'autrui. Règle pour les distinguer. La vente d'une succession future est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.
248. Erreur de M. Dalloz, qui croit que la vente d'une succession future ne donne pas lieu à des dommages et intérêts. Textes des lois romaines. Autorité de Cujas.
249. De la durée de l'action en nullité provenant de la vente d'une succession future. Dissentiment avec M. Toullier.
250. Il ne faut pas confondre la vente de droits successifs non ouverts avec la vente d'une créance soumise à la condition du prédécès du débiteur.
251. D'une vente qui contient vente de droits successifs échus et non échus.

COMMENTAIRE.

245. Cette disposition est empruntée aux lois romaine. « *Si hæreditas venierit, dit Pomponius, ejus qui vivit, nihil esse acti, quia in rerum naturâ non sit quod venierit* (1). »

« *Quam hæreditatem aliquis vendidit, ajoute le jurisconsulte Paul (2), esse debet hæreditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur ut in venditione et similibus, sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio, et ideò pretium condicetur.* »

La raison que donnent Pomponius et Paul, c'est

(1) L. 1, Dig. *De hæredit. vel act. vendita*.

(2) L. 7, Dig., d. tit.

qu'on ne peut vendre ce qui n'existe pas; mais, à elle seule, cette raison est insuffisante, puisqu'on peut vendre une chose future, comme nous l'avons dit ci-dessus (1). Un motif plus sérieux et plus décisif, c'est l'immoralité de tous les pactes sur la succession d'un homme vivant; c'est l'indécence qu'il y a à spéculer sur la mort de celui dont on attend la dépouille (2). Une vente de succession future a donc une cause illicite; elle est contraire aux bonnes mœurs, et comme les conventions des particuliers ne peuvent déroger à ce qui est d'ordre public, le consentement de la personne vivante ne pourrait la valider (3).

246. Pour qu'il y ait vente d'une succession future et cession illicite de droits successifs non encore ouverts, il n'est pas nécessaire qu'on ait stipulé sur l'universalité ou du moins sur une partie aliquote de la succession. Il suffit que la cause du contrat soit une chose, même individuelle, même précise, à laquelle on n'a droit qu'en qualité d'héritier présomptif. La Cour de cassation a cependant paru croire le contraire dans un arrêt du 23 janvier 1832 (4). Mais l'art. 1600 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 790 du même Code, démontre la fausseté de cette opinion. Si le premier parle de succession en général, le second, plus restreint et plus limité, englobe dans la prohibition toute cession de droits éventuels qu'on a dans une succession. L'accord de ces dispositions frappe donc sur la vente d'un droit particulier éventuel, comme sur la vente d'une universalité. S'il en était autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder la disposition de la loi; on vendrait séparément des

(1) N° 203.

(2) L. 15 et 19, C. De pact. M. Portalis a exprimé cette idée en style déclamatoire dans son exposé des motifs. (Fenet, t. 44, p. 119. Art. 791 du Code Napoléon.)

(3) Polhier, Vente, n° 527. Despeisses, t. 5, n° 5. M. Toullier, t. 6, n° 115, 116, 117. M. Duranton, t. 10, n° 310, 311.

(4) Dalloz, 52, 4377.

choses de la succession, et quand on aurait épuisé en détail la totalité de l'hérédité, on braverait la nullité d'ordre public prononcée par notre article; on se placerait dans la position favorable où nous allons montrer au numéro suivant que le vendeur d'une succession future ne peut jamais se réfugier (1).

247. Quelquefois des apparences trompeuses ont fait confondre la vente de la chose d'autrui avec la vente d'une succession future. Il faut s'appliquer à discerner les caractères qui les distinguent. Toute vente d'une succession future contient nécessairement en soi une vente de la chose d'autrui; mais la réciprocité n'a pas lieu. La vente de la chose d'autrui est le genre; la vente d'une succession non ouverte est l'espèce, mais une espèce environnée de circonstances aggravantes; le caractère d'immoralité dont elle est entachée la rejette dans une classe à part; il la met en lutte avec l'ordre public, tandis que, par elle-même, la simple vente de la chose d'autrui n'est en opposition qu'avec le droit civil.

Ainsi, que des enfants, créanciers hypothécaires de leur père, vendent à l'amiable, pour éviter les frais, l'immeuble qui leur est engagé, ce sera bien là une vente de la chose d'autrui, mais ce ne sera pas une vente d'un droit successif; car la qualité de créanciers domine sur celle d'héritiers présomptifs; c'est elle qui a été seule le motif de l'acte, tandis que celle d'héritier n'a pas été prise en considération, et qu'on pourrait l'effacer sans rien changer au rôle des parties (2).

Cette distinction est importante à faire; car la vente de la chose d'autrui est susceptible de ratification, comme nous l'avons dit ailleurs (3); elle peut

(1) C'est, du reste, ce que la Cour de cassation a reconnu elle-même dans un arrêt ultérieur. Req., 11 novembre 1845 (Deville, 45, 1, 785). Sic, M. Marcadé, art. 1600, n° 1.

(2) Arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1832 (Dalloz, 32, 1, 377).

(3) Suprà, n° 227.

être consolidée *ex post facto*, si le vendeur devient propriétaire (1).

Mais, dans la vente d'une chose appartenant à une succession future, rien de tout cela n'est possible. L'ordre public milite sans cesse contre un pareil traité; il le déclare infecté d'une nullité radicale.

248. M. Dalloz, justement frappé de cette différence essentielle, en a tiré d'autres conséquences auxquelles nous ne saurions donner les mains.

Il prétend que la vente d'une chose dépendant d'une succession non ouverte ne peut jamais donner lieu à des dommages et intérêts au profit de l'acheteur de bonne foi; car la cause illicite d'une pareille convention empêche qu'elle ne puisse être garantie par aucune obligation accessoire; ce qui n'a pas lieu dans la vente de la chose d'autrui, qui peut ouvrir une action en dommages et intérêts (2).

M. Dalloz ne fait pas attention que l'acheteur de bonne foi n'a pas besoin de demander au contrat de vente l'action en réparation du dommage que lui a causé la fraude du vendeur. Il peut puiser cette action dans l'art. 1382 du Code Napoléon, et alors ce sera la nullité même de la vente qui sera la base de sa demande. Ulpien nous fournit un texte positif à l'appui de cette décision. Une chose sacrée est vendue à un acheteur de bonne foi comme chose étant dans le commerce. La vente est nulle, mais cet acheteur sera-t-il destitué d'action pour se faire dédommager du préjudice souffert? Non, sans doute. Il aura l'action *in factum*, à l'imitation de l'action *ex empto* (3), et Cujas a fait ressortir avec force le motif de cette décision. « Respondeo, dit-il, jurisconsultum consi-
» derasse *emptionem non esse perfectam ut res acquiri*
» *possit emptori. Itaque dixit tantum competere ac-*

(1) N° 236.

(2) Au mot Oblig., p. 461, n° 9, et note, au vol. 25, 1, p. 205.

(3) L. 8, § 1, Dig. *De relig. et impensis funer.*

» *tionem in factum* (4). » Ainsi, à défaut de l'action *ex empto*, qui manque puisqu'il n'y a pas vente, l'acheteur recourra à l'action *in factum* accordée par le droit pour faire réparer tout dommage donnant ouverture à une action qui n'avait pas de nom. « Non-
» nunquam, dit Papinien (2), evenit ut, cessantibus
» *judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum*
» *proprium nomen invenire non possumus, facile*
» *descendamus ad eas quæ in factum appellantur. »*

Par la même raison, l'acheteur de bonne foi peut stipuler que celui qui lui vend à son insu une chose faisant partie d'une succession future lui paiera, en cas d'inexécution du marché, des dommages et intérêts. Cette stipulation, autorisée par l'art. 1152 du Code Napoléon, doit être respectée par les tribunaux, car elle est l'évaluation anticipée et à forfait de dommages et intérêts ayant une cause légitime. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 17 mars 1825 (3). Pour expliquer cette décision, il n'est pas nécessaire de recourir à l'interprétation détournée de M. Dalloz, qui convertit la stipulation en une vente de la chose d'autrui. La bonne foi de l'acheteur suffit à tout; elle est le véritable fondement de cette opinion juridique.

249. L'action en nullité de la vente des biens héréditaires faite avant l'ouverture de la succession se prescrit-elle par le délai de dix ans déterminé par l'art. 1304 du Code Napoléon (4)?

La Cour de Bordeaux s'est prononcée pour la négative par arrêt du 20 août 1828 (5) par la raison

(1) Sur les lois 4, 5, 6, Dig. *De cont. empt.*

(2) L. 1, Dig. *De prescript. verbis.*

(3) Dalloz, 25, 1, 205.

(4) Avant le Code Napoléon, il fallait trente ans. Arrêt de la cour de Montpellier du 3 juin 1830 (Dalloz, 31, 2, 31).

(5) Dalloz, 32, 1, 377. Cet arrêt a été cassé, mais par d'autres motifs.

qu'il s'agit d'une nullité absolue, engendrée par une cause illicite.

Mais M. Toullier veut qu'on s'en tienne à la disposition de l'art. 1304, qui est générale, et qui, embrassant TOUS LES CAS, ainsi que le porte le texte lui-même, ne place dans une classe à part ni les nullités absolues, ni celles qui découlent d'une cause contraire aux bonnes mœurs (1).

Je pense qu'on doit préférer la décision de la cour de Bordeaux. Elle se fortifie de la doctrine que M. Duranton a présentée sur ce point important, et qui me semble parfaitement satisfaisante (2).

L'art. 1304 n'a de portée qu'autant qu'il s'agit d'un acte annulable ou rescindable, à raison d'un vice de nature à se purger. C'est alors que l'action en nullité ou en rescision dure dix ans. Mais quand une convention est contraire aux bonnes mœurs, quand elle est fondée sur une cause qui blesse l'ordre public, on ne conçoit pas que le laps de dix ans la rende inattaquable. Elle ne pourrait être ratifiée par un acte exprès. Comment le silence des parties aurait-il produit plus d'effet?

C'est cette idée qu'exprimait M. Jaubert dans son rapport au Tribunal.

« Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté sans
 » objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est
 » tout simple que celui qui a souscrit l'engagement
 » n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se
 » faire dégager, ou que, du moins, à quelque époque
 » qu'il soit poursuivi, il soit toujours admis à répondre qu'il
 » n'y a pas obligation. Mais lorsqu'il s'agit d'un mineur,
 » d'une femme mariée, ne serait-il pas extraordinaire
 » que le temps de la restitution ne fût pas limité? »

(1) T. 7, n° 599. — M. Duvergier a émis le même avis, t. 1, n° 130.

(2) T. 12, n° 523, 224. — Junge, M. Marcadé, art. 1600, n° 2.

Ainsi, je vous vends la succession d'une personne vivante, et, au bout de vingt ans, vous me demandez l'exécution de cette vente. Je vous répondrai qu'il n'y a pas eu d'engagement, et que le contrat, étant contraire aux bonnes mœurs, ne saurait produire aucun effet.

Il en est de même si le contrat est exécuté, et que l'on en demande la nullité (1). Le laps de dix ans ne rendra pas non recevable.

Si l'on devait admettre le système de M. Toullier, il faudrait aller jusqu'à dire que le propriétaire dont la succession a été l'objet d'une vente illicite, et qui y a donné son consentement (2), n'a que dix ans pour échapper à cette convention. Ainsi, ce consentement, que notre article repousse comme une ruse pour échapper à ses dispositions, produirait un effet très réel; il forcerait un propriétaire à respecter au bout de dix ans des aliénations frauduleuses que, sans cette circonstance, il aurait eu tout le temps de la prescription ordinaire pour faire révoquer (3)!! Il n'en saurait être ainsi. Le consentement donné à cet acte contraire aux bonnes mœurs est impuissant pour changer la position des parties, et, puisque l'un des contractants, le propriétaire, a trente ans pour rentrer dans ses biens aliénés, encore bien qu'il ait parlé dans l'obligation, il faut en conclure que l'art. 1304, ne lui étant pas applicable, ne doit pas avoir plus de force à l'égard des autres personnes qui y ont figuré.

250. Il ne faut pas confondre la vente des droits successifs non ouverts avec la vente d'une créance soumise à la condition du prédécès du débiteur; car le créancier qui, lors de l'évènement de la condition, fera valoir ses droits sur la succession, n'agira

(1) M. Duranton, *loc. cit.*, n° 524. Arr. précité de Bordeaux.

(2) L'art. 1600 suppose que ce consentement peut intervenir.

(3) N° 259, *suprà*.

pas en qualité d'héritier, mais bien en qualité de créancier.

Par exemple, si un mari promet à sa femme, par contrat de mariage, un gain de survie, la femme pourra, pendant la vie de son mari, en disposer, soit par cession, soit par transaction ou autrement. Ce ne sera pas là un pacte sur une succession future; ce ne sera pas un usage anticipé et immoral de la qualité d'héritier; il y aura tout simplement un contrat sur une créance conditionnelle et disponible (1).

On peut dire la même chose du droit de retour, tel que celui qui est autorisé par l'art. 951 du Code Napoléon.

Mais l'ascendant qui, pendant la vie du donataire, traiterait sur l'éventualité du retour d'un objet donné à son descendant (art. 747 du Code Napoléon), tomberait dans la prohibition portée par notre article; car ce droit de retour légal est un droit successif (2).

251. Il y a une règle fondée sur la raison, « *Utile non vitatur per inutile.* » Ainsi une vente de droits successifs échus, étant utile et valable par elle-même, ne peut en général recevoir d'atteinte de ce que les parties auraient à la même occasion traité des droits successifs à venir.

Mais si la vente des droits successifs échus est tellement liée à la vente des droits successifs futurs que ces deux ventes ne forment qu'un tout indivisible, si elles constituent une seule et même opération réglée par un prix unique, on doit décider que le traité est nul pour le tout. Ainsi jugé par arrêt de la cour de Limoges du 13 février 1828 (3).

(1) Ainsi jugé par arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1831 (Dalloz, 31, 4, 402). — Combiner ceci avec ce que je dis au Comment. des donat. et test., n^{os} 2546 et 2550.

(2) C'est l'opinion de M. Chabot, art. 747, n^o 7.

(3) Dalloz, 29, 2, 61. — *Junge* Montpellier, 4 août 1832; Toulouse, 27 août 1833; Limoges, 6 avril 1838; Req., 14 nov.

ARTICLE 1601.

Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation.

SOMMAIRE.

252. Si, au moment de la vente, la chose est périe, la vente manque de sujet; elle n'a pas d'existence. L'acheteur a trente ans pour répéter ce qu'il a payé. Raisons pour lesquelles l'art. 1304 du Code Napoléon n'est pas applicable ici. *Quid* si la chose n'est périe qu'en partie? Rejet des distinctions du droit romain par l'art. 1601.
253. Des dommages-intérêts 1^o quand le vendeur connaissait la non-existence de la chose; 2^o quand c'est l'acheteur qui la connaissait; 3^o quand ils la connaissaient tous les deux.
254. L'art. 1601 est applicable quand il y a vente de deux objets achetés pour ne pas être séparés, et dont l'un vient à périr.
255. L'art. 1601 s'applique aux matières de commerce.

COMMENTAIRE.

252. Nous avons dit ailleurs (1) qu'il n'y a pas de vente sans une chose qui en fasse le sujet.

Il suit de là que si la chose que les parties ont eu l'intention de vendre et d'acheter est périe à leur

1843; Orléans, 24 mai 1849 (Devill. 38, 2, 501; 44, 1, 229; 49, n^o 600).

(1) *Suprà*, n^{os} 6 et 202.

insu, au moment où elles contractent, la vente est nulle (1).

J'achète une maison, et j'ignore, ainsi que le vendeur, que cette maison a été dévorée par les flammes.

Le contrat manque de base. Il n'y a plus de sujet à nos conventions. L'existence du sol, qui est tout ce qui reste de la vente, ne peut la faire subsister, car c'est une maison et non un site vide qu'il était dans mon intention d'acheter (2). Je puis donc me faire rendre le prix que j'ai payé; et mon action, quoique fondée sur une nullité de la vente, ne sera pas limitée par l'art. 1304 au laps de dix années; elle ne s'éteindra que par le temps ordinaire de la prescription. L'art. 1304 ne saurait s'appliquer à un cas où, comme dans l'espèce, il n'y a qu'une vente sans sujet (*imperfectum negotium*), ou qu'un contrat auquel il manque un de ses termes. La vente, en effet, est plus que nulle, si je peux parler ainsi; elle n'a pas d'existence, elle n'est pas née viable, il n'est pas nécessaire de la faire annuler, parce que l'action en nullité n'a d'utilité que contre ce qui existe. Il lui manque ce qui est de l'essence d'une convention de ce genre, c'est-à-dire l'objet, la chose dont traitent les parties. C'est un engagement sans cause; il y a lieu tout simplement à répétition de ce qui a été payé par erreur; c'est l'action connue sous le nom de *condictio indebiti*, qui dure trente ans (3).

Si une partie seulement de la maison a été brûlée, les jurisconsultes romains font une distinction. Est-ce la partie la plus considérable de l'édifice qui a été détruite? Alors l'acheteur n'est pas obligé à tenir son marché. Est-ce, au contraire, la moitié ou une moindre partie? L'acheteur doit être forcé d'accomplir la

(1) L. 15, Dig. *De cont. empt.* Paul.

(2) Paul, l. 57, id.

(3) C'est ce que M. Duranton prouve très bien contre M. Delvincourt, t. 12, n° 55, p. 672.

vente (*coarctandus venditionem adimplere*) sauf à lui tenir compte, à dire d'experts, des dommages reçus par le bâtiment (1). En effet, il a voulu acheter une maison, et c'est une maison qui lui est vendue, car la ruine d'une portion égale ou inférieure à la moitié n'ôte pas à la chose cette qualité.

Ces principes sont peut-être fondés sur une interprétation littérale des mots; mais il est certain qu'ils peuvent conduire à faire violence à l'intention qui a présidé à la vente. N'arrive-t-il pas presque toujours, en effet, que l'acheteur n'eût pas voulu acheter s'il eût su que la maison n'était pas entière?

Pothier l'avait senti, et il proposait en conséquence d'admettre l'acheteur à demander la résolution de la vente (2); mais c'est à tort, ce me semble, qu'il cherchait à appuyer ce sentiment équitable sur la loi 58, Dig. *De cont. empt.*; car cette loi, empruntée aux écrits de Papinien, ne me paraît pas conduire à un résultat plus doux que la loi 57, dont nous venons de faire connaître la disposition (3).

Le Code Napoléon est venu au secours de la justice, qui parle si hautement en faveur de l'acheteur, en adoptant le sentiment de Pothier. En conséquence, il laisse à cet acheteur le choix ou d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée en en faisant déterminer le prix par ventilation.

Par-là, la vente, qui dans l'origine était pure et simple, se trouve soumise à une condition potestative résolutoire (4).

(1) Paul, l. 57, Despeisses, p. 10, n° 12. Voët, ad Pand., *De coul. empt.*, n° 21. Pothier, Vente, n° 4.

(2) *Loc. cit.* Arrêt de Bruxelles du 18 mars 1809 (Dalloz, Vente, p. 859, n° 3).

(3) M. Dalloz n'a pas fait attention à toutes ces différences. Sans quoi, il n'eût pas dit que les principes consacrés par l'article 1601 ont toujours été suivis (Vente, p. 859, n° 53). Au moins M. Dalloz devra-t-il accorder que Paul ne les suivait pas.

(4) Godefroy, sur la loi 55, Dig. *De coul. empt.*

Néanmoins, je crois que l'acheteur ne doit pas abuser de l'art. 1601, et qu'il ne serait recevable à demander la résolution que s'il résultait des circonstances qu'il n'eût pas acheté s'il eût connu la perte. L'art. 1636 du Code Napoléon fournit un argument puissant en faveur de ce tempérament équitable. Le juge pèsera donc les circonstances, et il ne permettra pas qu'on résolve sans motifs un contrat qui a été formé de bonne foi, et qui doit être loyalement exécuté. Cependant la perte, quelle qu'elle soit, devra faire l'objet d'une diminution de prix en faveur de l'acheteur (1).

253. Si le vendeur savait que la chose était périe, il pourra être condamné à des dommages et intérêts envers l'acheteur qu'il a laissé dans une ignorance fâcheuse (2). Mais si c'était l'acquéreur qui fût informé de la perte de la chose, tandis que le vendeur l'ignorait, il ne pourra dans ce cas répéter le prix qu'il aura payé sciemment. Que s'il n'a pas encore payé le prix, il pourra être contraint par le vendeur de bonne foi à le payer en totalité, soit en punition de son dol, soit parce qu'il est censé avoir voulu ou gratifier le vendeur (3), ou du moins avoir pensé que ce prix n'était pas exorbitant eu égard même à la détérioration. Enfin si les deux parties, voulant se tromper respectivement, ont connu la non-existence de la chose, *dolus cum dolo compensatur* (4); il n'y aurait par

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 184. — V. néanmoins MM. Zachariæ, t. 2, p. 496; Duvergier, t. 1, n° 237; Mareadé, art. 1601, n° 2, d'après qui le juge devra écarter la demande de l'acheteur si la portion périe est d'une importance relative assez faible pour que la perte puisse n'être envisagée que comme un prétexte pris par l'acheteur pour se soustraire à son engagement.

(2) L. 57, § 1, Dig. *De cont. empt.* Voët, sur ce titre, n° 21.

(3) L. 57, § 1, Dig. *De cont. empt.* Voët, *loc. cit.*, Despeisses, p. 10, n° 21.

(4) Brunemann, sur la loi 57, § 2, p. 703.

conséquent pas lieu à des dommages et intérêts et à la répétition de ce qui aurait été déboursé (1). Mais remarquons que ces hypothèses sont de nature à se présenter rarement.

254. Ce que nous venons de dire du cas où il y a détérioration de l'objet vendu au moment de la vente s'applique au cas où il s'agit de la vente de deux objets dont l'un n'aurait pas été acheté sans l'autre. La perte de l'un de ces objets donne lieu à l'application de l'art. 1601 (2).

255. On a agité la question de savoir si notre article est applicable aux matières de commerce.

M. Portalis soutint l'affirmative au conseil d'État. « Dans le commerce même, il faut, disait-il, une matière au contrat de vente. Or, il n'y a point de contrat lorsque le navire vendu est péri avant la vente. La vente est pour ce cas soumise aux mêmes principes que le contrat d'assurance.... Trois fois cette question a été jugée au parlement d'Aix d'après mes défenses ou sur mes consultations (3). »

M. Regnaud et M. Begouen prétendirent que les principes exposés par M. Portalis étaient contraires à ceux qu'on suivait généralement en pareil cas (4).

Mais la question resta pour lors indécise, et le Code de commerce, promulgué depuis, n'a apporté aucune dérogation à l'art. 1601. On ne doit donc pas hésiter à donner la préférence à l'opinion de M. Portalis. C'est même ce qu'avait jugé la Cour de cassation, par arrêt du 5 frimaire an xiv, antérieur au Code de commerce (5).

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 183.

(2) Marcianus, l. 44, Dig. *De cont. empt.*

(3) Fenet, t. 14, p. 26.

(4) *Idem.*

(5) Merlin, Répert., p. 475, v° Vente.

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

SECTION I^{re}.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

ARTICLE 1602.

Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.

Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

SOMMAIRE.

256. C'est au vendeur à s'expliquer le premier. Il doit poser en termes clairs les bases du contrat. Pourquoi les pactes obscurs s'interprètent contre lui.
257. Tempérament recommandé par le président Favre dans l'application de cette règle d'interprétation. Examen de quelques solutions données par les lois romaines, et qui paraissent trop rigoureuses.
258. Il y a des cas où les clauses douteuses s'interprètent contre l'acheteur, par exemple quand il a fait insérer quelque condition dans son intérêt.
259. Portée de l'obligation du vendeur d'expliquer clairement ses obligations. Renvoi.
260. C'est avec raison que la loi fait pencher la balance contre le vendeur, puisqu'il connaît la chose, et que l'acheteur ne la connaît pas. *Il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs.*
261. Précautions que doit prendre l'acheteur pour acheter sûrement. Exemple de déception.

COMMENTAIRE.

256. C'est au vendeur à s'expliquer le premier (1). Le vendeur doit donc définir clairement ce à quoi il s'engage; il doit poser en termes précis les bases du marché, et dire explicitement la loi qu'il impose à l'aliénation de sa chose (2). S'il le fait mal, *c'est à son préjudice*, dit Delaurière (3), et il doit s'en imputer la faute.

Un langage obscur est souvent un artifice. « Qui » obscurè loquitur, ce sont les paroles de Cujas (4), » fallendi causà id facere videtur, et ab eo dolus non » abest. »

Il y a plus : dans la vente, qui est un contrat commutatif, le vendeur ne figure pas seulement comme obligé, il figure aussi comme créancier. Mais ici, comme tout à l'heure, c'est encore contre le vendeur que se résolvent les doutes. Car « quùm quæritur in » stipulatione quid acti sit, ambiguitas contrà stipu- » latorem est (5). » L'article 1162 du Code Napoléon est positif pour le condamner.

De là donc cette règle générale, que les pactes obscurs (6) et ambigus (7) s'interprètent contre le vendeur. C'est une disposition que notre article a empruntée aux lois romaines. « Veteribus placet, » dit Papinien, pactionem obscuram vel ambiguum

(1) C'est ce qui fait dire à Loisel, dans ses *Inst. cout.*, *Qui vend le pot dit le mot*, l. 3, t. 4, n° 1, des Ventes.

(2) *In venditionibus* (dit Cujas) SEMPER legem dicet venditor rei suæ (sur la loi 39, Dig. *De pactis*, lib. 5, Quest. Papinianeæ).

(3) Sur Loisel, liv. 3, t. 4, n° 1.

(4) Sur la loi 21, Dig. *De cont. empt.*

(5) L. 27, Dig. *De reb. dubiis*.

(6) *Obscurè loquitur qui quod dixerit non apparet* (Cujas, sur la loi 39 précitée).

(7) *Ambiguè, loquitur si utrùm dixerit non appareat. Nam ambigua oratio est quæ pluribus modis accipi potest* (Cujas, *loc. cit.*).

» venditori et ei qui locavit nocere, in quorum fuit » potestate legem apertius conscribere (1). » Le même principe se trouve répété au Digeste dans les lois *De reg. juris*, et 21, *De cont. empt.* (2).

Il est d'autant plus rationnel, que, les contrats n'étant valables qu'autant que les deux parties y ont consenti, l'acheteur est censé avoir adhéré à la clause obscure parce qu'elle lui nuisait moins (3).

Les exemples de cette règle se présentent naturellement. Je vous vends un fonds de terre, et je dis qu'un cheval de travail nommé Zéphyr y sera attaché comme accessoire. S'il se trouve dans ce domaine deux chevaux ayant le même nom, je ne serai pas fondé à dire que j'ai entendu parler de celui-ci plutôt que de celui-là. C'est à l'acheteur qu'appartiendra le choix (4).

Je vous vends un domaine et je me réserve les carrières de pierre, là où elles sont, *UBICUMQUE ESSENT*. Longtemps après, on vient à découvrir dans ce fonds de nouvelles carrières; je ne pourrai pas y prétendre un droit de propriété; car, dans le doute, je ne suis pas censé avoir excepté de la vente ce que je ne savais pas exister. Si l'on venait à découvrir des carrières dans tout le domaine vendu, faudrait-il donc livrer ce domaine tout entier au vendeur (5)? Ne serait-il pas absurde (6) de vouloir que tout le fonds eût été réservé et mis en dehors de la vente?

Je vous vends à Paris 100 pièces d'eau-de-vie li-

(1) L. 39, *De pactis*.

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 82, n° 70.

(3) Despeisses, p. 35, n° 24. — V. cependant la critique de ce principe par M. Duvergier, t. 1, n° 242.

(4) C'est ce qu'a prouvé Cujas, en corrigeant le texte de la loi 34, *Dig. De cont. empt.* (observ., lib. 1, c. 10, et lib. 33, *Pauli ad edict.*, ad *Dict.*, leg. 54). Despeisses est aussi de ce sentiment, *loc. cit.*

(5) L. 77, *Dig. De cont. empt.* Javolenus.

(6) C'est le mot de Cujas sur cette loi.

vrables hors barrières, sans désigner laquelle. L'obscurité sur l'énonciation du lieu tournera contre moi, et, faute par vous de prendre livraison dans le délai déterminé, je ne pourrai pas profiter de l'art. 1657 et demander la résolution du marché (1).

On pourra voir enfin une autre application remarquable de ce principe dans un arrêt de la cour de Riom du 5 janvier 1829 (2).

257. Mais ce qui est décidé dans les lois que nous venons de citer doit être entendu suivant cette explication du président Favre (3). « *Illud plenè verum est non statim faciendam esse interpretationem contra venditorem aut locatorem, sed ita demùm si nihil sit quod meliùs dici possit. Id est, si neque probari possit quid actum fuerit, neque verisimiliter conjici. Certior enim et prior, et generalior illa regula est in obscuris inspiciendum esse quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.* » L. 114, *Dig. De reg. juris* (4).

Ainsi, l'interprétation ne tourne contre le vendeur que lorsque les autres présomptions admises par le droit commun pour découvrir le sens caché des actes viennent à manquer. Avant tout, il faudra s'attacher à la volonté des parties, aux vraisemblances, aux usages locaux (art. 1159 et suiv.). Notre article n'est qu'un remède extrême, dont on ne doit user qu'à défaut des moyens ordinaires d'investigation.

Je ne sais si les jurisconsultes romains se sont toujours montrés fidèles à ce système de réserve. Je trouve au contraire dans le Digeste quelques exemples d'interprétations tellement sévères que les droits évidents du vendeur me paraissent avoir été sacrifiés.

Par exemple : un propriétaire de deux domaines

(1) Arrêt de la Cour de Paris du 20 novembre 1810 (*Journal du Palais*, 1811, p. 238).

(2) Dalloz, 29, 2, 208. — *Junge* M. Marcadé, art. 1602, n° 1.

(3) *Rationalia*, sur la loi 39, *Dig. De pactis*.

(4) Cujas fait la même observation, *loc. cit.*

contigus aliène l'un d'eux et excepte de la vente une source d'eau qui jaillissait dans le fonds vendu, plus, un espace de dix pieds autour de cette eau. Il s'élève la question de savoir si le vendeur ne s'était réservé qu'un droit de servitude sur l'eau et un droit de passage pour y arriver, ou bien s'il s'en était réservé la propriété. Les jurisconsultes Alfenus et Paul décident qu'il ne doit avoir qu'un droit de passage et de servitude (1)!! Mais, en exceptant de la vente la source et un espace de dix pieds, le vendeur n'avait-il pas fait tout ce qu'il fallait faire pour établir qu'il ne se dépoillait de rien à cet égard, que l'acquéreur n'était investi d'aucun droit, qu'en un mot il n'y avait pas de vente relativement à cet objet réservé?

Dans une autre espèce, un propriétaire, en vendant une maison, avait dit : *Les servitudes de gouttières demeureront dans l'état où elles sont.* *STILICIDIA UTI NUNC SUNT, UT ITA SINT.* Suivant Ulpien (2), cette clause doit être interprétée en ce sens qu'il n'a été question que du droit de gouttière exercé par la maison vendue sur les édifices voisins, mais non pas des servitudes du même genre que les maisons contiguës pourraient avoir à exercer sur la maison vendue; en un mot, que le vendeur promet qu'il lui est dû une servitude et qu'il n'en doit à personne. Pour moi, je crois qu'aujourd'hui personne n'hésiterait à donner à cette clause un autre sens, et qu'on y verrait une allusion suffisante aux servitudes tant actives que passives.

258. Mais quand nous disons que les choses obscures et ambiguës s'interprètent contre le vendeur, nous entendons que cette peine ne doit lui être appliquée que lorsqu'il s'agit de la chose même, du prix, et des deux obligations principales de délivrance et de garantie que le contrat de vente lui impose.

(1) L. 30, Dig. *De servit. prædior. rustic.*

(2) l. 17, § 3, Dig. *De servit. urbanor. præd.*

Car s'il s'agissait d'autres clauses de la vente, dans lesquelles l'acheteur aurait introduit des droits particuliers, aurait stipulé quelques conventions exceptionnelles, et figurerait comme créancier et comme ayant dicté la loi, on rentrerait dans les règles d'interprétation établies par le droit commun (1).

259. L'obligation imposée au vendeur, d'expliquer clairement ce à quoi il s'engage, a une grande portée. Elle l'oblige, non-seulement à rejeter toutes les paroles obscures qui peuvent tromper l'acheteur, mais encore à ne pas se renfermer dans une dissimulation non moins insidieuse sur les défauts de la chose qu'il vend. « *Dolum malum à se abesse præstare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causâ obscurè loquitur, sed etiam qui insidiosè obscureve dissimulat* (2). »

Nous reviendrons plus au long sur ce sujet en nous occupant de l'art. 1644.

260. C'est avec d'autant plus de raison que la loi s'est montrée sévère contre le vendeur, qu'il n'y a pas égalité de position entre lui et l'acheteur; car il connaît exactement l'état de la chose vendue, tandis que l'acheteur, n'ayant sur elle que des notions peu précises et incomplètes, court beaucoup plus de chances d'erreur. Aussi l'expérience prouve-t-elle qu'il y a beaucoup plus d'acheteurs trompés ou imprudents que de vendeurs téméraires. Loisel a dit dans ses *Institutes coutumières*, qui ne sont qu'un recueil de proverbes et de maximes populaires au barreau (3): « *Il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs;* » et

(1) C'est l'observation que faisait M. Grenier, orateur du Tribunal (Fenet, t. 14, p. 194). Elle avait déjà été faite par Despeisses, p. 35, n° 24, sur le fondement de la loi 34, Dig. *De cont. empt.* Junge MM. Duranton, t. 16, n° 187; Marcadé, art. 1602, n° 4.

(2) Florentinus, l. 43, § 2, Dig. *De cont. empt.* Pothier, Vente, n° 234.

(3) L. 3, t. 4, n° 2.

Loyseau (1), commentant le même adage, a montré les dangers dont est menacé l'acquéreur qui ne prend pas de minutieuses précautions, et qui, exposé à des troubles pour cause d'hypothèques antérieures ou de charges réelles, se trouve ruiné, *non par mauvais ménage, mais pour les dettes d'autrui et pour n'avoir pas assez sûrement acheté.*

261. L'acheteur ne devra donc pas s'en rapporter exclusivement à la protection dont l'environne la loi; il s'aidera lui-même par de soigneuses investigations; il fera expertiser la chose pour en connaître la valeur; il se fera représenter les baux; il prendra connaissance des titres pour constater l'origine de la propriété et pour s'assurer si elle est arrivée pure entre les mains de son vendeur; il consultera les registres hypothécaires pour savoir à quoi s'en tenir sur les charges dont elle est grevée depuis que le vendeur la possède; il ne se dessaisira du prix qu'autant qu'il sera sûr que des tiers n'auraient pas droit à l'inquiéter, etc. (2).

J'ai vu un exemple frappant de l'imprudence qu'il y a à acheter sans prendre connaissance des titres, et particulièrement des baux anciens.

Pierre avait acheté une ferme, et le vendeur lui avait représenté un bail fait pour plusieurs années et mentionnant un canon annuel de 1,800 francs. Pierre fut convaincu que la propriété était d'un produit annuel de 1,800 francs. A l'expiration du bail, il crut qu'il renouvelerait au même taux; mais, à sa grande surprise, il apprit alors que la ferme ordinaire n'était que de 1,200 francs, et que si le bail qui avait été produit parlait de 1,800 francs, c'est que le propriétaire, étant créancier de son fermier d'une somme

(1) Déguerpissement, liv. 3, ch. 4, n° 49.

(2) Voir mon Comment. sur les Hypothèques, t. 2, n° 433 *ter*, 468, 468 *bis*, 565, 584, 609 *bis*; t. 3, n° 722, 726 *bis*; t. 4, n° 907, 908, 920, et la préface de ce même ouvrage.

de 3,400 fr., et ne pouvant s'en faire payer, avait réparti cette somme sur les années du bail.

Si Pierre avait eu le soin de se faire représenter les baux anciens, il n'aurait pas été victime de cette tromperie.

ARTICLE 1603.

Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

SOMMAIRE.

262. Le vendeur a deux obligations principales : 1° délivrer la chose; 2° la garantir. De l'obligation de délivrer considérée sous le rapport de la divisibilité. Renvoi pour l'obligation de garantir. Ces deux obligations produisent au profit de l'acheteur l'action *ex emptio*. Cette action était pure personnelle dans l'ancien droit. Il n'en est plus de même aujourd'hui que la vente transfère la propriété. L'action en délivrance *ex emptio* peut être réelle. Elle est mixte contre le vendeur. Arrêt de la Cour de cassation qui le décide ainsi. Mauvaises critiques dont cet arrêt a été l'objet, et réfutation de MM. Poncet et Carré. L'action *ex emptio* est, suivant les cas, mobilière ou immobilière.

COMMENTAIRE.

262. Le contrat de vente impose de droit au vendeur deux obligations principales :

La première c'est de délivrer la chose qu'il vend ;
La seconde, c'est de la garantir.

L'obligation de livrer la chose est divisible quand cette chose est divisible; elle est indivisible, quand la chose est indivisible. Ainsi, si le vendeur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux ne sera tenu, dans le premier cas, que de délivrer la chose pour sa part et portion (1). Il aura satisfait à son obligation en faisant tradition de sa portion virile.

(1) Pothier, Vente, n° 174, et surtout Obligat., n° 296. *Infrà*, n° 457. Dumoulin, *De dividuo*, n° 278 et suiv.

Mais, dans le second cas, il sera tenu pour le total. Quant à l'obligation de garantir, elle est indivisible. C'est ce que nous aurons occasion de développer plus tard (1).

Nous verrons dans les articles suivants l'étendue de ces deux obligations. Pour contraindre le vendeur à les remplir, l'acheteur a une action connue en droit romain sous le nom d'action *ex empto*. « *EX EMPTO ACTIONE IS QUI EMIT UTITUR* (2). » Cette action était, dans notre ancien droit, pure personnelle; elle ne pouvait avoir lieu que contre le vendeur et ses héritiers. Elle ne donnait aucun droit contre la chose ni contre le tiers qui la détenait (3).

Il n'en est plus tout-à-fait de même aujourd'hui.

L'action *ex empto* participe essentiellement de la nature de l'action réelle, lorsqu'elle a pour but d'obtenir la délivrance de la chose. La raison en est simple. L'obligation, qui, dans le vieux droit, ne produisait jamais que le *jus ad rem*, est aujourd'hui un moyen de transférer la propriété même. Elle engendre le *jus in re* (4); et, dans la vente, l'acquéreur devient immédiatement et pleinement propriétaire par le consentement. Et comme le *jus in re* a toujours pour sanction une action réelle, il est clair que l'acquéreur peut se poser comme maître de la chose, et la réclamer, soit contre le vendeur direct, soit contre tous ceux à qui ce dernier l'aurait revendue ultérieurement (5), en exerçant une action marquée au coin de la réalité la plus évidente.

(1) *Infra*, nos 434, 438, 457.

(2) L. 41, Dig. *De act. empt.* Ulpien. Pothier, Vente, nos 40, 41 et suiv.

(3) Pothier, Vente, n° 62.

(4) *Supra*, nos 37, 38 et 40.

(5) Ceci se trouve modifié par la loi du 23 mars 1855 qui rétablit la transcription comme moyen de transférer la propriété à l'égard des tiers. V. mon Commentaire de cette loi, notamment à l'art. 3.

Néanmoins, à côté du caractère réel de cette action, se trouve un caractère personnel non moins frappant. Le vendeur est obligé personnellement, en vertu du contrat, à livrer la chose. Il est astreint à cette obligation par un lien qui saisit sa personne et engage aussi celle de ses héritiers. Il ne ressemble pas à un tiers détenteur que l'on n'actionne qu'à cause de la chose et quoiqu'on n'ait jamais contracté avec lui. Il y a ici un *vinculum juris* qui enchaîne le vendeur et qui tient sa personne sous le joug.

Il suit de là que l'action de l'acheteur pour obtenir la délivrance est mixte à l'égard du vendeur; car elle est partie personnelle et partie réelle. Les deux natures d'action y sont jointes et se prêtent un mutuel appui. Mais elle est purement réelle à l'égard du tiers détenteur, auquel la chose aurait été indûment revendue par le vendeur commun.

Cette qualification d'action mixte, que je donne à l'action *ex empto*, a soulevé dans l'école de nombreuses critiques, lorsque, pour la première fois, elle lui fut attribuée par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 février 1809 (1). Cependant cet arrêt n'avait qu'un tort en la forme, c'est de statuer par voie de pétition de principe, ce qui n'est pas le moyen de donner à une décision judiciaire cette autorité imposante qui ne s'attache de nos jours qu'à des enseignements sérieux. Mais, au fond, jamais arrêt ne fut plus juridique, et il faut rendre hommage à la sagacité des magistrats de la Cour de cassation, qui ont vu que les anciennes doctrines du droit romain et de Pothier ont été mises au néant par les innovations du Code Napoléon et que c'était un étrange anachronisme que de vouloir les exhumer.

Néanmoins, un docte professeur, M. Poncet (2), s'est élevé avec force contre cette dénomination d'ac-

(1) Dalloz, Action, p. 229.

(2) Traité des Actions, p. 180.

tion mixte qui renverse toutes les vieilles idées. « Quel est l'objet, dit-il, quelle est la nature de cette action ? Son objet est de poursuivre l'exécution d'un contrat contre la personne engagée. Sa nature est de résulter *uniquement et exclusivement* de l'obligation contractée. Non-seulement une pareille action ne peut pas être mixte, mais elle n'est pas même mélangée de la plus légère apparence de réalité ! » Puis est venu M. Carré (1), qui a fait cause commune avec M. Poncez ; et voici comment il cherche à justifier la thèse de ce jurisconsulte : « Il nous suffira d'invoquer la doctrine de Pothier, suivant laquelle toute action personnelle naît d'un droit à la chose (*jus ad rem*) conféré par un contrat ; raison pour laquelle l'auteur place parmi les actions personnelles, qu'il appelle *personnelles et mobilières*, celles qui ont pour objet un immeuble, comme celle, dit-il, qu'a l'acheteur d'un héritage contre le vendeur pour se le faire livrer (2). »

Mais, de bonne foi, la distraction de ces savants auteurs n'est-elle pas un peu forte ? Quelle autorité peut avoir Pothier, d'ailleurs si respectable dans ses décisions, lorsque le législateur a précisément voulu fonder un état de choses tout-à-fait opposé à celui sur lequel ce jurisconsulte avait basé ses doctrines ? Pothier peut-il faire la loi dans les cas où le Code Napoléon l'a sciemment condamné, et n'est-il pas inopportun de ressusciter, pour interpréter la législation

(1) De la compèt, t. 1, p. 517 et 518.

(2) Sur Orléans, introduction générale, n° 149. — *Junge* M. Duvergier t. 1, n° 258) qui enseigne que si l'acheteur est propriétaire et a par suite une action réelle, cette action n'existe que vis-à-vis des tiers, et que de l'acheteur au vendeur il n'y a que l'action personnelle résultant de l'obligation que le contrat impose au vendeur d'opérer la délivrance. L'inexactitude de cet aperçu me paraît démontré par les observations que je présente ci-dessus. V. aussi dans le sens de ces observations M. Marcadé, art. 1603, n° 4.

nouvelle, des théories qu'elle a déclarées mortes pour l'avenir ? Que sert de nous dire que l'action personnelle naît d'un droit à la chose (*jus ad rem*) conféré par contrat, quand il est connu de tous (*tonsoribus atque lippis*) que le contrat confère aujourd'hui le *jus in re* ? S'il engendre le *jus in re*, il faut donc reconnaître aussi que l'action réelle marche à sa suite, et dès lors la question doit être envisagée sous un aspect tout nouveau, et nullement du point de vue du droit romain et de l'ancien droit français, désormais suranné à cet égard. MM. Poncez et Carré, si estimables d'ailleurs, ont, ce me semble, le tort de faire tout le contraire. Ils n'ont pas tenu compte d'une révolution fondamentale opérée par le Code Napoléon, et ils se sont laissé dominer par des principes dont l'autorité a été renversée par les progrès du droit nouveau (1).

L'action *ex empto* est mobilière ou immobilière, suivant que la chose qui en fait l'objet est meuble ou immeuble (2).

SECTION II.

DE LA DÉLIVRANCE.

ARTICLE 1604.

La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (3).

SOMMAIRE.

263. La définition de la délivrance sous le Code Napoléon n'est plus la même que sous le droit romain et l'ancienne ju-

(1) Voyez, sur l'action mixte, les développements que je donne *infra*, n° 264 et suiv. et 307 et suiv.

(2) Pothier, Vente, n° 62.

(3) Ce texte est emprunté, mot pour mot, à Domat, p. 32, n° 5.

tion mixte qui renverse toutes les vieilles idées. « Quel est l'objet, dit-il, quelle est la nature de cette action ? Son objet est de poursuivre l'exécution d'un contrat contre la personne engagée. Sa nature est de résulter *uniquement et exclusivement* de l'obligation contractée. Non-seulement une pareille action ne peut pas être mixte, mais elle n'est pas même mélangée de la plus légère apparence de réalité ! » Puis est venu M. Carré (1), qui a fait cause commune avec M. Poncez ; et voici comment il cherche à justifier la thèse de ce jurisconsulte : « Il nous suffira d'invoquer la doctrine de Pothier, suivant laquelle toute action personnelle naît d'un droit à la chose (*jus ad rem*) conféré par un contrat ; raison pour laquelle l'auteur place parmi les actions personnelles, qu'il appelle *personnelles et mobilières*, celles qui ont pour objet un immeuble, comme celle, dit-il, qu'a l'acheteur d'un héritage contre le vendeur pour se le faire livrer (2). »

Mais, de bonne foi, la distraction de ces savants auteurs n'est-elle pas un peu forte ? Quelle autorité peut avoir Pothier, d'ailleurs si respectable dans ses décisions, lorsque le législateur a précisément voulu fonder un état de choses tout-à-fait opposé à celui sur lequel ce jurisconsulte avait basé ses doctrines ? Pothier peut-il faire la loi dans les cas où le Code Napoléon l'a sciemment condamné, et n'est-il pas inopportun de ressusciter, pour interpréter la législation

(1) De la compèt, t. 1, p. 517 et 518.

(2) Sur Orléans, introduction générale, n° 149. — *Junge* M. Duvergier t. 1, n° 258) qui enseigne que si l'acheteur est propriétaire et a par suite une action réelle, cette action n'existe que vis-à-vis des tiers, et que de l'acheteur au vendeur il n'y a que l'action personnelle résultant de l'obligation que le contrat impose au vendeur d'opérer la délivrance. L'inexactitude de cet aperçu me paraît démontré par les observations que je présente ci-dessus. V. aussi dans le sens de ces observations M. Marcadé, art. 1603, n° 4.

nouvelle, des théories qu'elle a déclarées mortes pour l'avenir ? Que sert de nous dire que l'action personnelle naît d'un droit à la chose (*jus ad rem*) conféré par contrat, quand il est connu de tous (*tonsoribus atque lippis*) que le contrat confère aujourd'hui le *jus in re* ? S'il engendre le *jus in re*, il faut donc reconnaître aussi que l'action réelle marche à sa suite, et dès lors la question doit être envisagée sous un aspect tout nouveau, et nullement du point de vue du droit romain et de l'ancien droit français, désormais suranné à cet égard. MM. Poncez et Carré, si estimables d'ailleurs, ont, ce me semble, le tort de faire tout le contraire. Ils n'ont pas tenu compte d'une révolution fondamentale opérée par le Code Napoléon, et ils se sont laissé dominer par des principes dont l'autorité a été renversée par les progrès du droit nouveau (1).

L'action *ex empto* est mobilière ou immobilière, suivant que la chose qui en fait l'objet est meuble ou immeuble (2).

SECTION II.

DE LA DÉLIVRANCE.

ARTICLE 1604.

La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (3).

SOMMAIRE.

263. La définition de la délivrance sous le Code Napoléon n'est plus la même que sous le droit romain et l'ancienne ju-

(1) Voyez, sur l'action mixte, les développements que je donne *infra*, n° 264 et suiv. et 307 et suiv.

(2) Pothier, Vente, n° 62.

(3) Ce texte est emprunté, mot pour mot, à Domat, p. 32, n° 5.

risprudence. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation qui a méconnu le nouvel état des choses.

264. Si donc l'acheteur trouve quelqu'un en possession de la chose, il a droit de demander la résolution. Il en est de même s'il trouve la chose grevée d'un usufruit non déclaré, ou d'une hypothèque occulte, d'un bail qui lui a été caché. *Quid d'une servitude ?*

COMMENTAIRE.

263. La définition que les lois romaines, adoptées par Pothier (1), donnent de la délivrance, n'est plus exacte sous le Code Napoléon. Elles disent, en effet, que le vendeur, en délivrant la chose, n'est pas tenu de la livrer à titre de propriétaire à l'acheteur, qu'il suffit qu'il l'en fasse jouir sans trouble (2). Nous avons démontré que le Code, plus rapproché du droit naturel et de la raison, a voulu que le vendeur fût précisément tenu de transférer la propriété de la chose qu'il vend. C'est ce qui résulte de l'art. 1583, des opinions des orateurs du Tribunat, du rapprochement de plusieurs textes que nous avons comparés, et enfin des paroles énergiques de notre article, qui veut que la chose soit transportée en la *puissance et possession* de l'acheteur, ce qui indique ce qu'il y a de plus éminent et de plus absolu dans les rapports de l'homme avec la chose, c'est-à-dire le droit de propriété (3).

Il semble que la Cour de cassation n'a pas aperçu ce notable changement de système, dans un arrêt qu'elle a rendu à la date du 12 avril 1831 (4). Le demandeur en cassation s'était plaint que son vendeur, en ne lui remettant que des titres *provisaires, contesta-*

(1) Vente, n° 48.

(2) *Suprà*, nos 4 et 231. L. 11, § 1, Dig. *De cont. empt.* L. 25, § 1, Dig. *De cont. empt.* L. 188, Dig. *De verbor. signif.*

(3) *Suprà*, n° 4.

(4) Dalloz, 32, 1, 54.

bles et résolubles, ne remplissait pas les conditions de l'art. 1604; mais la section des requêtes rejeta son pourvoi par ces motifs évidemment empruntés à l'ancienne doctrine : « Attendu, en droit, que la délivrance que le vendeur est dans l'obligation de faire n'est que (1) le transport de la chose vendue en la *JOUISSANCE* (2) et possession de l'acheteur; et attendu qu'il n'a jamais été contesté, en fait, que le transport des biens vendus a eu lieu, dans l'espèce, et que l'acheteur demandeur en cassation n'a jamais été troublé dans la possession et jouissance de ces mêmes biens; qu'ainsi le vœu de la loi a été rempli. »

N'en déplaise à la Cour de cassation, le vœu de l'art. 1604 n'est pas rempli lorsque l'acheteur, quoique non encore troublé dans sa jouissance et possession, a juste sujet de l'être. (Article 1653 du Code Napoléon.) Il est faux que la chose soit transportée en sa *puissance*, lorsqu'il est menacé d'une action en revendication ou en résolution. La Cour de cassation n'aurait pas autrement motivé son arrêt, si l'influence des lois romaines et de Pothier fût restée entière et n'eût pas été ébranlée par des dispositions législatives mieux en harmonie avec la saine raison et la critique.

Ce qui rend ce considérant d'autant plus extraordinaire et inopportun, c'est qu'il résultait des faits de la cause, constatés par le tribunal et la cour de Lyon, qu'il était impossible que le demandeur en cassation fût évincé, et qu'aucune action en résolution n'était recevable contre lui. Comment la Cour suprême, ordinairement si clairvoyante, a-t-elle laissé échapper cette réponse péremptoire au moyen de cassation? Comment a-t-elle préféré lui opposer une doctrine surannée et fautive désormais? Le tribunal

(1) On dirait, à la vue de cette tournure de phrase, que c'est là peu de chose!

(2) Pourquoi substituer *jouissance* à *PUISSANCE*, dont l'art. 1604 se sert si énergiquement?

et la cour de Lyon avaient porté dans l'examen de la cause plus de précision et d'intelligence du droit actuel, en faisant dépendre leur décision du point de savoir s'il y avait ouverture à troubles ultérieurs pour l'acquéreur.

264. Puisque la possession qui doit être donnée à l'acquéreur est une possession à titre de propriétaire, il s'ensuit que ce dernier doit l'avoir exclusivement à tout autre, et que nul ne doit la partager avec lui ou la lui disputer. Il faut, en un mot, que ce soit une possession telle que celle que les lois romaines appelaient *vacua possessio*, c'est-à-dire une possession vide ou dégagée d'obstacle (1).

Si donc l'acheteur à qui le vendeur fait la délivrance trouvait quelqu'un déjà en possession de la chose à un titre rival ou restrictif du sien, il serait fondé à se plaindre et à recourir à l'action en résolution, ou à l'action en dommages et intérêts, autorisées par les art. 1610 et 1611, ci-après : « *Vacua possessio emptori tradita non intelligitur, si alius in eâ legatorum servandorum causâ, in possessionem sit, aut creditores bona possideant* (2). » C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles par arrêt du 3 avril 1816 (3), dans une espèce où les acheteurs, nantis des titres, avaient trouvé en possession des tiers qui se refusaient à abandonner la chose.

Il en serait de même si la chose était grevée d'un usufruit non déclaré (4), ou d'une hypothèque occulte que le vendeur aurait tenue célée (5), ou d'un bail qui empêcherait le vendeur de prendre possession lui-même (6).

(1) L. 2, § 1, Dig. *De act. empt.* Paul.

(2) Paul, même loi.

(3) Dalloz, Vente, p. 864, note 3.

(4) Pomponius, l. 7, Dig. *De act. empt.*

(5) Scævola, l. 52, § 1, Dig. *De act. empt.*

(6) Arrêt de la cour de Metz du 20 août 1818 (Dalloz, Oblig., 484, note 1).

À l'égard des servitudes, il faut voir mon commentaire sur l'art. 1638.

ARTICLE 1605.

L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété.

ARTICLE 1606.

La délivrance des effets mobiliers s'opère,
Ou par la tradition réelle,
Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent,

Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

ARTICLE 1607.

La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur (1).

SOMMAIRE.

265. Liaison.

266. La tradition n'est pas nécessaire pour déplacer la propriété. Elle n'a plus pour but aujourd'hui que de dé-

(1) Ces trois articles sont extraits de Domat, p. 32, nos 6, 7, 8, 9.

et la cour de Lyon avaient porté dans l'examen de la cause plus de précision et d'intelligence du droit actuel, en faisant dépendre leur décision du point de savoir s'il y avait ouverture à troubles ultérieurs pour l'acquéreur.

264. Puisque la possession qui doit être donnée à l'acquéreur est une possession à titre de propriétaire, il s'ensuit que ce dernier doit l'avoir exclusivement à tout autre, et que nul ne doit la partager avec lui ou la lui disputer. Il faut, en un mot, que ce soit une possession telle que celle que les lois romaines appelaient *vacua possessio*, c'est-à-dire une possession vide ou dégagée d'obstacle (1).

Si donc l'acheteur à qui le vendeur fait la délivrance trouvait quelqu'un déjà en possession de la chose à un titre rival ou restrictif du sien, il serait fondé à se plaindre et à recourir à l'action en résolution, ou à l'action en dommages et intérêts, autorisées par les art. 1610 et 1611, ci-après : « *Vacua possessio emptori tradita non intelligitur, si alius in eâ legatorum servandorum causâ, in possessionem sit, aut creditores bona possideant* (2). » C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles par arrêt du 3 avril 1816 (3), dans une espèce où les acheteurs, nantis des titres, avaient trouvé en possession des tiers qui se refusaient à abandonner la chose.

Il en serait de même si la chose était grevée d'un usufruit non déclaré (4), ou d'une hypothèque occulte que le vendeur aurait tenue célée (5), ou d'un bail qui empêcherait le vendeur de prendre possession lui-même (6).

(1) L. 2, § 1, Dig. *De act. empt.* Paul.

(2) Paul, même loi.

(3) Dalloz, Vente, p. 864, note 3.

(4) Pomponius, l. 7, Dig. *De act. empt.*

(5) Scævola, l. 52, § 1, Dig. *De act. empt.*

(6) Arrêt de la cour de Metz du 20 août 1818 (Dalloz, Oblig., 484, note 1).

À l'égard des servitudes, il faut voir mon commentaire sur l'art. 1638.

ARTICLE 1605.

L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété.

ARTICLE 1606.

La délivrance des effets mobiliers s'opère,
Ou par la tradition réelle,
Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent,

Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

ARTICLE 1607.

La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur (1).

SOMMAIRE.

265. Liaison.

266. La tradition n'est pas nécessaire pour déplacer la propriété. Elle n'a plus pour but aujourd'hui que de dé-

(1) Ces trois articles sont extraits de Domat, p. 32, nos 6, 7, 8, 9.

- placer la possession, et de rendre le propriétaire de droit propriétaire de fait.
267. Éléments dont se compose le fait de la tradition. Distinction des interprètes du droit romain entre la tradition réelle et la tradition feinte. Fausse intelligence de cette partie du droit par l'ancienne école.
268. Véritable théorie du droit romain à cet égard. Il veut que la volonté soit accompagnée d'un acte corporel. Mais cet acte corporel est souvent allégorique. Dissentiment avec l'école moderne, qui pense qu'il n'y a rien de figuré dans le système de tradition des Romains.
269. En quoi consiste l'erreur des juriconsultes de l'ancienne école? Ils voient la fiction là où elle n'est pas, et ils ne l'aperçoivent pas là où elle est. Première preuve.
270. Deuxième preuve, empruntée à la tradition *brevi manu*.
271. Raison de ces fausses conceptions des juriconsultes du moyen âge. Il faut les attribuer à l'esprit empirique de cette époque, encore plus formaliste que l'époque romaine.
272. Le Code Napoléon a rendu aux faits moraux leur puissance. Cependant on trouve dans l'art. 1606 une expression équivoque qui rappelle d'anciennes erreurs. Mais c'est un vice de rédaction plutôt qu'un vice de système. Sous le Code Napoléon, il n'y a que des traditions réelles, même celles qui ne sont pas accompagnées du contact matériel de la chose.
273. Le pouvoir de manier la chose a le même effet que le maniement même.
274. Dans ce système, tout spiritualiste, le Code n'a fait que rendre hommage à la puissance de la volonté, qui est le plus noble attribut de l'homme.
275. Mode de tradition des *immeubles*, 1° Remise des clefs. Il n'y a là rien d'allégorique.
276. 2° Remise des titres de propriété. C'est là encore une tradition réelle, et nullement symbolique. Quels titres doivent être remis pour qu'il y ait tradition? Erreur de Pothier et de Gorvinnus.
277. 3° Clause de constitut ou de précaire. Elle engendre une possession réelle et positive, sans qu'il soit besoin de recourir à la fiction.
278. 4° Il y a aussi tradition réelle quand l'acheteur est en possession de la chose à un titre qui a précédé la vente.
279. Mode de la tradition des *meubles*. Ici la tradition est bien plus importante. 1° Remise manuelle.

280. 2° Remise des clefs. Cette délivrance est réelle. Sens de l'article 1141 du Code Napoléon.
281. 3° Consentement. Quelquefois ce mode de tradition suffit pour satisfaire aux conditions de l'article 1141. Quelquefois il ne suffit pas.
282. 4° Remise des titres.
283. 5° Apposition d'un signe.
284. 6° Pesage, comptage, mesurage.
285. Du mode de délivrance des droits incorporels.
286. Comment le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers.
287. C'est la signification du transport qui règle les rangs entre divers cessionnaires.

COMMENTAIRE.

265. Je réunis dans un même commentaire les trois articles 1605, 1606, 1607, afin de ne pas scinder la matière de la tradition dont ils s'occupent, le premier pour ce qui concerne les immeubles, le second pour ce qui concerne les meubles, le troisième pour ce qui concerne les droits incorporels.

266. L'obligation de délivrer la chose s'exécute par la tradition. Ce n'est pas que la tradition soit nécessaire pour transporter la propriété. Nous avons expliqué ci-dessus (1) comment le transport de la propriété s'opère par la seule énergie du consentement. Mais la propriété ne serait qu'un droit abstrait et stérile sans la possession, et c'est précisément pour déplacer la possession que la tradition est nécessaire. C'est par elle que l'acquéreur, déjà propriétaire de droit, devient propriétaire de fait, et que, prenant la place du vendeur, il détient la chose, et la possède au plus haut titre, c'est-à-dire à titre de propriétaire.

267. La tradition dont il est ici question se compose de trois éléments : 1° l'abandonnement volontaire de la chose par le propriétaire (2); 2° l'appré-

(1) N° 36 et suiv.

(2) L. 18, § 2, Dig. De acq. possessione. « Vacuam se possessionem tradere dicat. »

hension de cette chose par l'acquéreur (1); 3° l'intention de la part de ce dernier de se l'approprier (2). Nous verrons plus bas que ces trois conditions se réalisent, alors même que la tradition s'opère par le seul consentement et par la seule force de la volonté.

Tous les anciens commentateurs (3), en s'occupant de l'appréhension, ont écrit qu'il y a deux sortes de prises de possession : l'*appréhension réelle* et l'*appréhension feinte*. Ils ont enseigné que l'appréhension réelle consiste exclusivement, soit dans l'action de prendre la chose avec la main (4), soit dans l'action de la fouler aux pieds et de la parcourir (5). Mais, comme il arrive très souvent que ces deux actes, qui tirent leur énergie du maniement et du toucher de la chose elle-même, sont remplacés, dans l'usage, par des actes corporels moins directs, mais approuvés par les lois romaines, les interprètes ont imaginé, à côté de ce qu'ils appellent la tradition réelle, une tradition feinte (*traditio ficta*), qui ne saisit la chose que par des actes symboliques (6).

Comme exemple de tradition symbolique, ils citent la remise des clefs d'un magasin pour opérer la tradition des vins ou des blés contenus dans ce magasin (7); la remise du titre pour signifier la délivrance de la chose à laquelle il s'applique (8); la clause de cons-

(1) L. 3, § 1, Dig. *De acq. possessione*.

(2) *Idem*.

(3) Et même Doneau (lib. 5, cap. 9), celui d'entre eux qui, au témoignage de M. de Savigny (dans son célèbre *Traité de la Possession*), a le mieux écrit sur cette matière. — V. encore là-dessus mon *Comment. de la transcription*, n° 3.

(4) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 108, n° 43.

(5) *Idem*, n° 41. Arg. des lois 2, C. *De acq. possess.*, et 12, C. *De cont. empt.*

(6) Pothier, *loc. cit.*, n° 44.

(7) Pothier, *loc. cit.*, n° 45.

(8) *Idem*, *loc. cit.*

titut et de précaire (1); le placement d'une chose en présence de celui à qui elle est due, de telle sorte que, s'il ne la touche pas, il puisse du moins la voir, la saisir des yeux (2); enfin la tradition *brevi manu*, lorsqu'un individu, possédant déjà à un titre précaire, est investi de la chose à titre de propriétaire (3),

Mais il est à remarquer que les mots de *tradition feinte* ne se trouvent pas dans les textes des jurisconsultes romains relatifs à la tradition et à la possession.

Aussi l'école moderne considère-t-elle la distinction entre la tradition réelle et la tradition feinte comme une imagination des docteurs. Elle la rejette comme inutile, contraire aux faits et à l'esprit général du droit romain (4).

Cette opinion ne me paraît pas parfaitement exacte, et, quoiqu'elle combatte avec succès la fausse intelligence du droit romain, assez mal conçue par l'ancienne école, je ne la crois pas elle-même exempte de reproches et d'erreurs. Je vais essayer de le démontrer.

268. D'abord je conviens que, quoique le droit romain ne se soit jamais élevé à des formes aussi abstraites que le Code Napoléon, il n'était cependant pas tellement courbé sous le joug des formes matérielles, qu'il ne pût détacher la prise de possession d'une chose de l'obligation de la toucher ou de la manier.

Sous l'influence des grands génies qui portèrent la jurisprudence à un si haut degré de perfectionne-

(1) *Idem*, n° 46.

(2) *Idem*, n° 44. C'est ce que Javolenus appelle *Traditio longâ manu*.

(3) *Idem*, n° 47.

(4) M. de Savigny, *Traité de la Possession*, § 14-17. M. Ducaurroy, *Ins. expliquées*, t. 1, p. 31, n° 403, note 1. M. Blondeau énonce cette idée, mais avec quelque hésitation (*Chrestomathie*, p. 285, note, et p. 295).

ment, la métaphysique du droit avait fait comprendre que le toucher n'est pas la seule manière dont l'homme puisse se saisir de la matière; pour posséder une chose, pour la détenir, on concevait qu'il n'est pas nécessaire de la placer sous ses doigts ou de la parcourir dans tous les sens, et l'on était bien près de reconnaître qu'il suffit de la dominer par sa volonté, et de pouvoir étendre jusqu'à elle la puissance morale de disposer.

Néanmoins, on n'était pas tout à fait arrivé jusque-là, et, par une sorte de respect pour l'occupation manuelle, que l'on croyait la plus conforme au droit naturel (1), on voulait qu'à la volonté se joignît un fait corporel qui saisît, pour ainsi dire, la chose, et lui imprimât le cachet physique de l'homme (2). Il ne suffisait pas que l'on fût mis à même de se servir d'une chose, il fallait qu'un acte corporel, sinon manuel, fit suivre le droit du fait, et lui donnât une exécution au moins fictive.

Parcourons quelques textes aussi curieux que décisifs.

Ce n'est pas seulement par le toucher, dit Paul (3), qu'on appréhende la possession, c'est encore par les yeux et par l'intention. « Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu!!! »

Mais la volonté seule ne suffit pas : « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore (4). »

Celsus a écrit : Si le vendeur me montre du haut

(1) Paul, l. 1, Dig. De acq. possess. « Possessio appellata est a sedibus, quasi positio; quia NATURALITER tenetur ab eo qui EI INSISTIT. »

(2) M. Blondeau, dans son intéressant ouvrage intitulé *Chrestomathie*, reconnaît que, dans le droit romain, la tradition exigeait le contact de l'homme (p. 247, 284).

(3) L. 1, § 21, Dig. De acq. possess.

(4) L. 3, § 1, Dig. De acq. possess.

d'une tour le fonds que je lui ai acheté, il me le livre et je le possède aussi bien que si je l'avais parcouru de mes pieds. NON MINUS POSSIDERE COEPI QUAM SI PEDEM FINIBUS INTULISSEM (1).

Mais écoutons Javolenus, dont les paroles sont devenues célèbres : Vous me devez une somme d'argent ou toute autre chose; vous la déposez, par mon ordre, dans un lieu d'où je peux l'apercevoir, mais non la toucher; n'importe : je la possède; elle m'est acquise, comme l'ayant, en quelque sorte, saisie par une longue main. « Adquisita mihi et quodam modo MANU LONGA tradita existimanda est (2). » Le mot est resté, et la tradition MANU LONGA a fait fortune. Mais faisons bien attention à l'idée cachée sous cette image pittoresque. Javolenus assimile l'œil et la volonté de l'homme à une main qui, de loin, saisit la chose. L'œil se fixe sur elle, et la pensée qui le suit immédiatement dit : *cela m'appartient*; elle le peut. Mais si la pensée eût agi seule sans le secours de l'œil, elle eût tenté un effort supérieur à la portée de l'homme. Le droit fût resté sans exécution, l'abstraction seule se serait portée sur la chose, et, d'après les idées des jurisconsultes romains, l'abstraction demeure impuissante, si elle ne revêt une forme corporelle. Il faudra donc qu'à la pensée se réunisse l'action. A la vérité, il ne sera pas nécessaire d'aller sur les lieux et de les fouler aux pieds. Un coup d'œil qui embrasera la chose équivaldra à une main-mise.

Maintenant je demanderai si ce coup d'œil qu'on compare à une longue main, si cette imitation d'une prise de possession manuelle par une sorte de geste, ne sont pas quelque chose d'allégorique et de fictif. L'école moderne peut-elle nier ce qu'il y a de symbolique là-dedans !!

Allons plus loin.

(1) L. 18, § 2, Dig. De acq. possess.

(2) L. 79, Dig. De solut.

Je vous vends du vin contenu dans un cellier, et, pour vous le livrer, je vous donne la clef qui sert à ouvrir ce cellier. Sans doute, une fois que j'aurai cette clef, je pourrai disposer de cette chose à mon gré; mais tout ne sera pas encore accompli; il faudra, pour qu'il y ait tradition, que la clef me soit remise *in re presenti, apud horrea* (1). Pourquoi cela? parce qu'il faut que je voie la chose pour que je sois censé la posséder, parce qu'il faut que je lui donne un coup d'œil pour la saisir. Or, si ce coup d'œil n'est pas une fiction, si ce n'est pas une allégorie pour signifier la prise de possession manuelle, quel sens donnera-t-on à cet acte corporel?

Je crois ces observations suffisantes pour montrer que l'école moderne n'est pas complètement irréprochable dans le procès qu'elle fait aux anciens jurisconsultes.

269. Voyons maintenant en quoi consiste l'erreur de ceux-ci. Je la trouve surtout en ce qu'ils ont vu la fiction là où elle n'était pas, et qu'ils ne l'ont pas aperçue là où elle était.

Par exemple, dans l'espèce de tradition qui consiste dans la remise des clefs, à l'effet de livrer la chose contenue dans le magasin qu'elles ouvrent, les interprètes veulent que les clefs soient un symbole de la chose délivrée (2). Mais (comme le fait remarquer M. Ducaurroy) une clef ne représente pas du vin, du blé, des marchandises (3); ou bien si, par je ne sais quelle bizarrerie, on eût adopté un pareil symbole, l'acquéreur eût été quitte pour le prendre de sa main ou pour lui donner le coup d'œil sacramentel, et il n'eût pas été nécessaire de se transpor-

(1) L. 1, § 2, Dig. *De acq. possess.*

(2) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 108, n° 45. Voët, *ad Pand.*, *De acq. rer. dom.*, n° 34; l. 9, § 6, *De acq. possess.*; l. 74, Dig. *De cont. empt.*

(3) *Inst. expliq.*, t. 1, p. 313, n° 403.

ter près de la chose elle-même pour en prendre physiquement possession par la vue. La fiction ne consiste donc pas dans la remise des clefs; car c'est là un acte dont l'utilité est des plus réelles. Elles gît toute entière (nous l'avons dit) dans cette pantomime d'un regard qu'il faut jeter sur la chose même, pour y graver le sens de l'homme.

270. Voici une seconde erreur. La tradition *brevi manu*, dont les docteurs ont fait le *nec plus ultra* de la fiction, a reçu son nom d'un texte d'Ulpien (1). Elle a lieu, d'après ce jurisconsulte, lorsque, voulant transférer à Titius la chose que vous devez me livrer, je vous charge de la livrer directement à ce même Titius. Dans ce cas et autres semblables, deux traditions se confondent en une: *Celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari* (2). Mais néanmoins il se fait une tradition réelle: rien n'est plus certain. Ulpien n'a donc appelé ainsi qu'un mode d'appréhension plus bref, mais non moins réel que les autres.

Mais voilà que les partisans de la fiction se sont emparés de la dénomination d'Ulpien, et l'ont arbitrairement étendue à d'autres cas auxquels ce jurisconsulte était loin de penser. Par exemple, je vous ai loué une maison, et pendant que vous en jouissez à titre de fermier, je vous la vends. Suivant Caius, la tradition est inutile dans ce cas (3); car la possession existe de fait, et tout est accompli par le consentement du propriétaire qui se démet de la propriété. Il en est de même dans le cas de *constitut* et de *præcaire* (4). Eh! bien, malgré cette décision si claire de

(1) L. 43, § 4, Dig. *De jure dotium*.

(2) Ulpien, l. 3, § 12 et 13, Dig. *De donat. inter. vir. et uxor.*

(3) *Interdum sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam*, etc. (l. 9, § 5, Dig. *De acq. rer. dom.*). M. Blondeau rapporte ce texte et d'autres (*Chrestomathie*, p. 293).

(4) Ulpien, l. 77, Dig. *De rei vindicat.* M. Ducaurroy, *Inst.*

Caius, les interprètes, voulant à toute force trouver une tradition quelconque là où ce jurisconsulte disait qu'il n'en était pas besoin, imaginèrent de dire qu'il fallait supposer que le fermier restituait la chose au propriétaire; que le propriétaire la délivrait ensuite à ce même fermier, devenu acheteur; que ces deux traditions se compensaient, et que de cette compensation résultait une tradition fictive dite *brevi manu*; car elle était plus prompte et plus expéditive que toute autre (1). Ainsi, après avoir dérobé à Ulpien une dénomination faite pour un autre cas, ils fabriquaient des détours d'action pour compliquer une théorie que Caius avait réduite aux termes les plus simples en démontrant l'inutilité de la tradition.

Telles sont les suppositions et les malentendus sur lesquels a été construit tout l'échafaudage des traditions symboliques et de brève main. L'école moderne a eu beau jeu pour en démontrer la fragilité.

274. Quand on réfléchit à ce qui a pu déterminer les interprètes à corrompre le droit par ces oiseuses et fausses distinctions, on acquiert la conviction que la source de cette erreur se trouve dans le mélange des idées du monde romain avec les idées du moyen âge par lesquelles les plus anciens docteurs se sont laissé dominer à leur insu; car on paie toujours le tribut à son siècle, et il est bien difficile d'échapper à la puissance des opinions contemporaines.

expliq., t. 1, n° 402. Honorius et Arcadius disent : « *Idem sit* » *usumfructum retinere quod tradere.* » (l. 28, C. De donat.). Dans le constitut, en effet, ou dans le précaire, à quoi bon un fait de dessaisissement, puisque le nouveau propriétaire possède par l'ancien, qui ne jouit que comme son représentant?

(1) M. Ducaurroy a démontré d'une manière très vive et très piquante ce que tout cela avait d'inexact (Inst. expliq., t. 1, n° 403, note 1). M. Blondeau n'est cependant pas sûr que ce ne soit pas là une tradition symbolique (Chrest., p. 293), et pourtant il est enclin à ne pas admettre de tradition feinte (Id., p. 284). Mais les explications de M. Ducaurroy me paraissent décisives.

Le moyen âge, encore plus que le monde romain, était le monde des symboles et des formes matérielles. Tout ce qu'il y a d'abstrait et de moral dans l'homme venait se traduire en représentations corporelles, et le droit n'était qu'une perpétuelle allégorie. La tradition y était toujours quelque chose de matériel. L'inutilité d'une délivrance réelle ou feinte, entrevue par Caius dans le cas dont nous avons parlé au numéro précédent, ne pouvait trouver d'accès dans les esprits dominés par le matérialisme des formes. On croyait invinciblement à la nécessité indispensable, ou d'une tradition réelle, qui avait lieu quand on se mettait physiquement en possession de la chose; ou d'une tradition feinte, qui avait lieu quand, par des signes figurés et imitatifs, on représentait la chose, et qu'en présence de son image on remettait au nouveau possesseur le signe allégorique de la puissance sur elle. Ainsi, par exemple, quand on ne pouvait se transporter sur les lieux pour faire une tradition réelle, le vendeur donnait à l'acheteur une motte de terre ou un morceau d'herbe qui représentait la chose vendue; puis il s'éloignait comme pour indiquer qu'il en laissait la possession libre à l'acquéreur (1). Ou bien, il remettait à l'acheteur une baguette en signe du droit qu'il allait avoir de disposer de la chose comme maître (2). Le droit canonique prouve que ces usages étaient encore en pleine vigueur à la fin du douzième siècle (1199). Dans une lettre du pape Innocent III, on lit ce qui suit (3) : « *Si verò aliquis possessiones aliquas claus- tris vel aliis religiosis locis in bonâ valetudine vel* » *ultimâ voluntate, pro suorum vult remedio peccatorum conferre, hanc conferendi formam esse pro-* » *posui, quod in hujusmodi donationibus modicum*

(1) Appendix aux formules de Marculte, form. 19.

(2) Bignon, notes sur la form. 13 du liv. 1 de Marculte.

(3) Decret. Gregor., lib. 1, t. 4, p. 26.

• TERRÆ CONSUEVIT IN MANU ACCIPERE... *super altare ponendum sub testimonio videntium et audientium...* Discretioni vestræ mandamus quatenus donationes quæ claustris, ecclesiis..., conferuntur..., faciatis irrevocabiliter observari, cùm HUIUSMODI SIGNUM NON TAM FACTÆ DONATIONIS QUAM TRADITÆ POSSESSIONIS sit evidens argumentum. •

C'était bien là une tradition feinte dans toute l'étendue de l'idée; le gazon était une allégorie, la baguette était un emblème; rien de tout cela ne présentait l'unité de la remise des titres, qui est une nécessité du changement de propriétaire et non une affaire de forme, ou la réalité de la délivrance des clefs, qui permet de faire usage de la chose, ou d'arriver jusqu'à elle, ou de la déplacer. Dans ces solennités du droit du moyen âge, il n'y avait que des apparences pour parler aux yeux, des formes matérielles pour saisir l'esprit.

En présence de ce droit symbolique, dont les jurisconsultes du moyen âge avaient sous les yeux le spectacle vivant, il est naturel que, préoccupés de la nécessité perpétuelle de la tradition réelle et de la tradition fictive, ils aient cherché à la trouver partout dans l'étude du droit romain. C'est pourquoi tantôt ils ont qualifié de fiction ce qui n'était qu'un acte réel d'utilité, tantôt ils ont sous-entendu une allégorie là où le fait se montrait de lui-même simple et sans détour. Aux fictions déjà trop empiriques du droit romain, ils ont substitué des fictions plus empiriques encore, et la science qui, entre les mains de Cæus et d'autres grands jurisconsultes de Rome, avait obtenu, sous quelques rapports peu nombreux, son affranchissement du joug du matérialisme, retomba, sous l'influence de l'école du moyen âge, dans un esclavage de formes plus impitoyable que jamais.

272. C'est un hommage à rendre aux auteurs du Code Napoléon que presque toujours ils ont reconnu aux faits moraux et aux actes abstraits la puissance

réelle qui leur appartient, et qui est plus digne de figurer dans les lois d'un peuple éclairé que des solennités matérielles, bonnes tout au plus dans l'enfance de la civilisation. Après avoir débarrassé les conventions de la nécessité substantielle de la tradition, ils n'avaient donc qu'à rester fidèles à leur système de préférence de la volonté sur l'acte, de l'abstraction sur le fait, pour dégager la tradition des fausses distinctions de l'école. Mais tel est l'empire de l'habitude et du langage, que l'on trouve dans l'art. 1606 une locution d'où semblerait, au premier coup d'œil, ressortir la reproduction du système des interprètes du droit romain, système qui ne voit de tradition réelle que celle qui s'opère par le maniement ou l'occupation corporelle, et qui rejette le surplus dans la classe des fictions. Dans cet art. 1606, on place en tête de la série des modes de tradition la *tradition réelle*, et on met ensuite en regard tous les autres modes de tradition qui s'opèrent par une autre voie que le maniement de la chose. Cependant, hâtons-nous de le dire, les mots de *tradition feinte* ne sont pas prononcés dans notre article, et ce n'est que par un argument à *contrario*, toujours périlleux, qu'on pourrait soutenir que le législateur a adopté la distinction de l'ancienne école. Au fond, et quoique l'expression de notre article soit empreinte d'une apparence d'empirisme dont on aimerait à le voir pur, il est bien évident que le Code n'a pas littéralement tranché la question. Il y a plus; c'est qu'en réfléchissant aux formes de tradition simples, dégagées, presque toujours abstraites, qu'il met en jeu, on arrive à se convaincre que dans son esprit il a attaché les mêmes effets et la même réalité aux autres délivrances qu'à la délivrance manuelle.

En effet, on se le rappelle, l'intention n'avait d'efficacité dans la théorie du droit romain qu'autant qu'elle était accompagnée d'un acte corporel, manuel ou autre, qui servait d'exécution à la pensée. C'est

ainsi que l'on a vu tout à l'heure que lorsque, pour livrer à quelqu'un du blé qu'on lui avait vendu, on lui remettait les clefs du magasin dans lequel il était renfermé, il fallait que la remise de ces clefs fût faite en présence de ce magasin (*si claves apud horrea tradita sint*, dit Papinien) (1); car la faculté de se servir d'une chose était incomplète si elle n'était accompagnée d'un fait de prise de possession corporelle, ne fût-ce qu'un coup d'œil jeté sur la chose pour l'occuper.

Mais, dans notre droit, cet acte physique est rejeté comme inutile; il n'ajoute rien à la force de la volonté; l'intention, jointe à la faculté d'agir, est considérée comme ayant la même énergie que l'acte lui-même. Voyez l'art. 1606; il n'exige pas une démonstration du geste ou de l'œil. Déjà, sous l'ancienne jurisprudence (2), Pothier, d'accord avec Tiraqueau (3), Brunemann (4) et autres, pensait que la remise *in re presenti* n'était pas universellement adoptée. Dumoulin (5) et M. Merlin (6) voulaient qu'on s'en tint à la lettre des lois romaines. Mais ils s'écartaient en cela de la simplicité naturelle au droit français, et c'est avec raison que l'art. 1606 les a condamnés.

273. Voilà donc une importante et profonde modification. Y a-t-il un acte de l'ancien propriétaire qui vous donne le droit de vous servir de l'objet vendu, vous investisse de la faculté d'en user à votre bon plaisir? C'en est fait! cet objet est passé en votre puissance, vous le possédez, bien que vous ne l'avez encore ni touché ni vu. Dans ce système, le droit a la même force que le fait; le pouvoir de manier physi-

(1) *Suprà*, n° 268.

(2) Vente, n° 315, *in fine*.

(3) *De const. possess.*, p. 2, ampl. 3, n° 3.

(4) Sur la loi 74. D. *De cont. empt.*

(5) Sur Paris, des Fiefs, § 20, glose 5, n° 14.

(6) Répert., v° Tradition, p. 57.

quement la chose est douée de la même énergie que son maniement effectif. Direz-vous que l'un est l'imitation de l'autre et qu'on a voulu sous-entendre, au moyen de quelque procédé symbolique et plus expéditif, ce qui a lieu dans l'ordre physique? Nullement. Le fait et le droit appartiennent chacun à un ordre de choses différent; ils ont chacun une réalité diverse, mais positive. Les faits moraux n'ont rien à demander aux faits matériels; ils agissent, non par fiction, mais comme portant en eux-mêmes une incontestable vérité; leur puissance n'est pas une puissance d'emprunt, mais une puissance manifeste et innée.

274. Ceci posé, j'en tire la conséquence qu'il n'y a pas de tradition feinte dans le système du Code Napoléon; il n'y a que des traditions réelles; réelles quand, par un acte d'occupation manuelle, elles placent la chose sous mes doigts; réelles encore lorsque, sans que je l'aie vue ni touchée, je suis investi par l'ancien propriétaire de la faculté de la prendre, de l'occuper, d'en disposer à mon gré, et que nul ne peut plus me la ravir. Je dis que c'est là une réalité et non une fiction; car il y a autant de puissance dans la volonté qui se dirige sur la chose que dans la main qui l'appréhende ou dans l'œil qui se promène sur elle. La volonté est aussi *une longue main*, comme disait Javolenus. Elle est la plus haute et la plus noble de nos facultés. Quand elle commande, elle est censée déjà obéie par les sens, et elle supplée l'acte matériel qui la sert. Non! encore une fois. Tout cela n'est pas une fiction: c'est un droit réel de notre intelligence! C'est un attribut glorieux de l'homme et une conquête légitime de la pensée!

275. Voyons maintenant quels modes de tradition sont plus particulièrement mis en usage, soit pour les immeubles, soit pour les meubles, soit pour les droits incorporels.

Commençons par les immeubles.

Le vendeur satisfait à l'obligation de délivrer,

non-seulement quand il installe l'acquéreur dans la maison ou dans la ferme, non seulement quand il la lui fait toucher de la main ou de l'œil, mais encore quand il lui en remet les clefs (art. 1605). Ce n'est pas que les clefs soient un signe représentatif de la maison ou de la ferme. Tout symbole à part, elles sont un instrument nécessaire pour pénétrer dans l'intérieur de la maison ou de la ferme. Elles procurent par conséquent à l'acheteur la faculté de s'en servir et d'en jouir. Elles amènent donc une tradition réelle.

276. Il en est de même de la remise des titres de propriété (1) (1605). Armé de ces titres, l'acquéreur peut se substituer à tous les possesseurs quelconques. Il a les moyens d'entrer dans l'immeuble et d'y rester seul possesseur, seul propriétaire. Ces titres sont pour lui un passeport qui écarte tous les obstacles. Ils conduisent donc à une tradition réelle, à une possession sans partage, et il ne faut plus ajouter foi aux illusions qui voyaient dans leur remise une tradition fictive.

Mais quand on parle de la remise des titres comme mode de tradition, peut-on entendre par-là la remise du titre en vertu duquel le vendeur cède sa propriété à l'acquéreur? ou bien faut-il nécessairement entendre les titres qui assurent la propriété dans les mains du vendeur, et sont pour l'acquéreur une garantie que celui dont il achète lui transmet des droits positifs?

La première opinion est enseignée par Pothier. « *Aliud traditionis symbolice* (2), *si INSTRUMENTUM EMPTIONIS REI tradatur* (3). » Corvinus est du même avis (4).

La seconde a pour défenseur Dumoulin (5), suivi

(1) L. 1, C. De donat.

(2) Passons sur ce symbole sorti de l'imagination des docteurs.

(3) Pand., t. 3, p. 109, n° 45.

(4) *Enarrat.*, sur le Code, lib. 7, t. 32, p. 528, col. 1.

(5) Sur Paris, des Fiefs, § 20, glose 5, n° 14.

sur ce point par M. Merlin (1). « *Vel per traditionem instrumentorum acquisitionis feudi, in quibus continetur competens venditori in illo feudo* (L. 1, C. De donationibus), *quæ ita intelligi debet, non autem per traditionem instrumentum ipsius venditionis, ut tenent Guglielmus, Bartolus, Imola, Alexander, etc.* »

Cette seconde opinion me paraît seule exacte, soit sous l'empire des lois romaines (la loi 1 au C. De donat. ne laisse pas de doute), soit sous l'empire du Code Napoléon dont l'art. 1605 reproduit la pensée de Dumoulin dans toute son énergie. La raison le veut d'ailleurs ainsi. L'acte de vente ne prouve que la convention principale intervenue entre le vendeur et l'acquéreur; toute sa portée est de déplacer la propriété. Quant à la possession, il la laisse dans l'état où elle était; son but n'est pas de s'en occuper. Il faut donc une opération ultérieure, distincte de la vente, pour déposséder le vendeur; et cette dépossession ne saurait résulter de la remise d'un titre qui n'a pas trait à la possession.

Mais il en est autrement quand le vendeur fait remise à l'acquéreur des titres de propriété. Cette remise prouve que le vendeur ne veut plus rien conserver sur la chose, qu'il abdique tous ses droits, et que l'objet vendu sera désormais dans un tel rapport avec l'acheteur, que celui-ci pourra seul s'en servir à son bon plaisir. (2)

Nous reviendrons tout à l'heure là-dessus, quand nous parlerons de la tradition des meubles.

277. La clause de constitut et de précaire (3) est celle par laquelle le possesseur d'un immeuble reconnaît qu'il n'y a aucun droit de propriété, et qu'il n'en conserve la jouissance qu'à titre précaire. On la stipule

(1) Répert., v° Tradition, p. 57.

(2) *Sic* MM. Duvergier, t. 1, n° 255; Marcadé, art. 1604 et suiv., n° 3.

(3) Répert., v° Clause de constitut.

lorsque le vendeur demeure en possession de la chose à titre de bailliste ou d'usufruitier.

Suivant tous les anciens auteurs, la clause de constitut confère à l'acheteur une possession feinte en vertu de laquelle il a le même droit de propriété que si on lui avait transmis une possession réelle et actuelle (1).

Mais je n'aperçois pas ce qu'il y a de fictif dans les effets de cette spéculation. Serait-ce que l'acheteur ne possède pas la chose corporellement? Mais ne possède-t-on pas *réellement* un immeuble par le moyen du locataire ou de l'usufruitier qui le détient en notre nom (2)? Il y a donc ici possession réelle, et cette possession est acquise de plein droit, sans tradition, et par la seule force du consentement.

278. C'est aussi par le consentement que la tradition s'opère quand l'acheteur est déjà en possession de l'immeuble qu'il achète (arg. de l'art. 1606), ou, pour mieux dire, il n'est pas besoin de tradition; car la tradition n'est nécessaire que pour donner la possession, et là où la possession existe déjà, la tradition est inutile (3).

279. En fait de meubles, la tradition est beaucoup plus importante qu'en fait d'immeubles. Car l'on sait qu'entre deux acheteurs d'objets mobiliers c'est celui qui été mis en possession qui a la préférence (4).

L'art. 1606 décide que la délivrance s'opère:

1° PAR LA REMISE MANUELLE, qu'il appelle réelle. Mais est-ce à dire pour cela que la tradition manuelle soit la seule réelle? Je n'en crois rien. Le Code ne

(1) Idem, Pothier, Pand., t. 3, p. 409, n° 46.

(2) Ulp., l. 77, Dig. *De rei vindicat.* Inst. *Per quas personas cuiq. acq.*, § 5. M. Ducaurroy, Inst., expliq., t. 1, p. 310, n° 402.

(3) Caius, l. 9, § 5, Dig. *De acq. rer. dom.* M. Ducaurroy, *loc. cit.*, n° 401.

(4) *Suprà*, n° 42, art. 1144 du Code Napoléon.

qualifie pas les autres espèces de tradition de *tradition feinte*; leur donner cette dénomination, ce serait céder à un argument à *contrario*, dont la fausseté est palpable (1). Je ferai ressortir ce point dans les numéros suivants.

Comme exemple de tradition manuelle, on peut consulter les faits d'un arrêt de la Cour de cassation, du 21 juin 1820 (2). Il s'agissait de la vente d'un taillis destiné à être coupé, et l'on faisait, avec raison, résulter la tradition manuelle et effective de ce que l'exploitation était commencée, que l'acheteur avait établi un garde-vente pour la coupe, et avait payé les contributions.

280, 2° PAR LA REMISE DES CLEFS des bâtiments qui contiennent les marchandises livrées (3).

Je répète ici que cette délivrance est tout aussi réelle que la délivrance manuelle; et, bien que les docteurs n'aient voulu voir dans ce fait qu'une allégorie, il est évident que l'acheteur a désormais la chose en sa puissance (4), puisqu'elle ne peut lui être enlevée que par une effraction. Cette observation est importante. Car, en se rapportant à l'art. 1144 du Code Napoléon, on lit: « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle (5) est préférée et demeure propriétaire. » Eh! bien, admettez le système des délivrances symboliques et des possessions fictives, dites que la remise des clefs n'est qu'une tradition

(1) *Suprà*, n° 272.

(2) Dalloz, v° Choses, p. 459.

(3) V. *Suprà*, n° 272, et Domat., p. 32, n° 6.

(4) M. Blondeau, Chrest., 250, n° 3.

(5) Quoiqu'on puisse dire qu'il y a des différences entre la possession et la tradition, je pense que dans ce texte le législateur ne parle de la possession que comme synonyme de tradition (arg. de ce que dit M. Blondeau, *loc. cit.*, p. 263, note). Car c'est l'époque de la tradition ou délivrance qui décide tout.

allégorique, et vous arriverez à ce résultat inadmissible en droit et intolérable en fait, que celui qui sera nanti des clefs ne remplira pas les conditions de possession qui assurent la préférence entre deux acheteurs (1). On voit ici combien il était nécessaire de dissiper les préjugés sur ce point, et d'établir une théorie conforme à la vérité.

Mais, dira-t-on, s'il n'y a que des traditions réelles et point de tradition feinte, que devient le mot RÉEL écrit dans l'art. 1141? Ne sera-ce pas une expression parasite et inutile? Doit-on supposer que le législateur ait employé des paroles oiseuses, jetées au hasard sans y ajouter aucun sens?

Je réponds d'abord que ce ne serait pas avec un mot isolé, dont on tire un argument à *contrario*, qu'on pourrait renverser un système qui s'appuie sur les faits et les principes.

Ensuite est-il donc absolument nécessaire de supposer que, si le législateur a parlé de la *possession réelle*, c'est seulement par opposition à une possession feinte? Ne peut-on pas trouver au mot *réel* une signification plus directe et moins conjecturale? N'est-il pas certain qu'il a été employé pour exprimer que la possession ne doit pas être douteuse et équivoque à l'égard des tiers? Une possession peut être très réelle, c'est-à-dire exempte de fiction (2), et cependant n'avoir pas pour les tiers un signe extérieur qui prouve à qui elle appartient. Je vous vends une pendule qui orne mon salon : la vente est définitive et parfaite; mais je vous prie de me la laisser à titre de prêt pendant huit jours. Entre vous et moi, il y a certaine-

(1) M. Duranton pense aussi qu'il y a possession réelle dans le sens de l'art. 1141 (t. 16, n° 191). Mais il énonce et ne discute pas.

(2) Voyez, dans M. de Savigny, ce que les interprètes du droit romain ont appelé *possessio ficta*. Ceux qui n'ont pas l'ouvrage de cet auteur pourront consulter l'abrégé qu'en a donné M. Etienne (Introd. à l'Etude du droit, p. 237).

ment dessaisissement de la possession. Je possède pour vous (1). Je me dépouille de la possession à titre de propriétaire, sans le secours d'aucune fiction. Mais, à l'égard des tiers, votre possession est équivoque et incertaine. Elle ne vous signale pas comme possesseur; c'est moi qui, par ma possession matérielle et de fait, suis censé extérieurement le vrai et unique possesseur. Si donc j'ai la mauvaise foi de revendre cette pendule à un tiers à qui je la délivrerai, si je lui transfère cette possession manuelle que vous n'avez pas, ce tiers vous sera préféré, parce que sa possession est plus caractérisée, plus certaine, plus intime que la votre. Il y a des degrés dans la possession. Elle est plus ou moins complète, plus ou moins évidente, plus ou moins étroite. Eh! bien, c'est ce que veut dire l'art. 1141 du Code Napoléon. Entre deux possessions, il déclare qu'il faut préférer celle qui est pleine, évidente et certaine, à l'autre qui ne l'est pas. Mais si l'une de ces traditions, que, dans l'ancienne jurisprudence on appelait feintes, et que j'appelle réelles, est investie d'un caractère d'apparence et de plénitude assez positif pour exclure les doutes, comme la remise des clefs, cette tradition l'emportera sur celles qui seront faites ensuite, quelque dépouillées qu'elles soient de fiction. L'acheteur pourra répéter la chose comme volée sur les personnes à qui la propriété en aura été transmise (2)

281. 3° PAR LE SEUL CONSENTEMENT. C'est ce qui a lieu lorsque l'acheteur possédait déjà la chose à un autre titre, comme dépositaire, par exemple (3). Ce mode de tradition se présente encore, si le transport de la chose ne peut se faire au moment de la vente, parce qu'on est éloigné de l'objet vendu et que le vendeur donne un ordre de le délivrer.

(1) *Suprà*, n° 277.

(2) *Suprà*, n° 242. Voyez le n° suivant.

(3) *Suprà*, n° 278.

On aperçoit que celui qui possède la chose à titre de dépositaire au moment de la vente qui lui est faite est en possession réelle, dans le sens de l'art. 1141, et que ce genre de tradition, bien que qualifié de fiction par les anciens docteurs, prévaudra toujours contre les délivrances qui seraient faites ensuite. Cette proposition est d'une évidence frappante (1).

Doit-on en dire autant du cas où, la délivrance ne pouvant se faire au moment de la vente, le vendeur donne ordre de la délivrer? L'acheteur est-il saisi à l'égard des tiers?

Je ne le crois pas. Sans doute, à l'égard du vendeur, il y a tradition réelle. Muni de l'ordre de délivrance, l'acheteur écartera le vendeur, il ira jusqu'à la chose et pourra s'en saisir. Néanmoins, la dépossession du vendeur n'est pas complète; il détient la chose manuellement; il peut la déplacer et la mettre dans les mains d'un tiers. Le consentement ne fait donc pas passer sur la tête de l'acheteur toute la puissance de fait sur la chose; elle n'épuise pas toutes les réalités de la possession, elle en laisse subsister quelques-unes dans la personne du précédent propriétaire; et comme, en fait de meubles, une possession matérielle est plus apparente et plus certaine pour les tiers qu'une possession qui repose sur les actes de la volonté, il faut décider que le nouvel acheteur, qui aura été saisi effectivement de la chose, sera préférable à celui qui n'en aura pas eu le maniement (2). Quelque réelle, quelque utile que soit la possession du premier acheteur, celle du second le sera encore plus.

Les art. 576, 577, 578 du Code de commerce viennent à l'appui de cette opinion. Car, de leur combinaison, il résulte que, pour que la marchandise soit censée livrée, il ne suffit pas qu'il y ait eu envoi à l'acheteur de la facture et de la lettre de voiture

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 494.

(2) M. Duranton est aussi de cet avis, t. 16, n° 492.

(laquelle n'est qu'un titre pour exiger la délivrance de la chose de la part du voiturier) (1); mais il faut que la marchandise soit sortie des magasins du vendeur, et qu'elle soit en route et voyage pour le compte de l'acheteur.

282. 4° La tradition des meubles peut aussi se faire par la remise des titres (2). A la vérité, l'art. 1606 ne parle pas de ce mode de tradition; mais sa disposition n'est pas limitative.

A ce sujet, on a discuté la question suivante :

Un négociant de Paris a des marchandises à Marseille; il les vend à Paris même; et, pour constater la vente qu'il en fait, il remet à l'acheteur une facture au bas de laquelle il écrit ces mots, *pour acquit*, et il signe. Y a-t-il délivrance dans le sens de la loi?

M. Merlin soutient la négative (3) par deux raisons. La première, c'est que la remise des titres n'a pas eu lieu *in rei presentia*; mais nous avons prouvé qu'elle n'est pas admissible (4); nous ne nous en occuperons plus. La seconde, c'est que la remise du titre aurait dû porter sur les actes qui constataient l'achat que le vendeur avait précédemment fait de ces marchandises, et non pas sur l'acte même par lequel il vendait. *Non autem per traditionem instrumentorum ipsius venditionis.*

Nous adoptons pleinement cette opinion. On peut voir les motifs sur lesquels nous avons insisté au n° 276. Nous répétons que le vendeur ne fait rien pour se dessaisir de la possession. Il n'abdique pas entièrement la chose, puisqu'il conserve les titres qui la concernent. S'il remet à l'acheteur une preuve

(1) M. Pardessus, t. 4, p. 494, n° 1290. M. Dalloz, *Faillite*, p. 285. Toulouse, 19 décembre 1826 (Dalloz, 27, 2, 175).

(2) N° 276.

(3) *Répert.*, v° Tradition, p. 57.

(4) *Suprà*, n° 272.

du contrat, il ne lui remet rien qui prouve son exécution.

Il faut donc la remise des titres de propriété de la chose pour que l'acheteur soit saisi.

Mais cette tradition, quoique réelle et très efficace entre les parties, sera-t-elle suffisante pour satisfaire aux conditions de l'art. 1141 du Code Napoléon? L'acheteur, ainsi saisi, pourra-t-il prétendre à la préférence sur celui qui plus tard aurait été investi de la chose par une possession plus intime?

Cette question doit se résoudre par les principes que nous avons posés au numéro précédent (1).

283. 5° Il y a tradition et appréhension réelle non-seulement entre les parties, mais à l'égard des tiers, lorsque l'acheteur met son sceau sur la chose, encore bien qu'il la laisse sur les lieux et ne l'emporte pas avec lui (2).

284. 6° Nous avons dit ci-dessus (3) que, dans les ventes de marchandises qui n'ont pas lieu en bloc, la délivrance ne s'opère que par le pesage, le comptage et le mesurage faits contradictoirement.

285. Voyons pour la délivrance des droits incorporels.

D'après le droit romain, les droits incorporels n'étaient pas susceptibles de possession. Suivant le jurisconsulte Paul, on ne pouvait posséder que la chose corporelle, *possideri autem possunt quæ sunt corpora-*

(1) Dans l'ancienne jurisprudence, on décidait bien que celui qui avait une possession manuelle ne devait pas l'emporter sur celui qui n'avait qu'une possession non manuelle (Pothier, Vente, n° 322. Favre, C., lib. 3, t. 22, def. 4). Mais cela n'était ainsi jugé qu'en matière d'IMMEUBLES; encore la question était-elle controversée (Despeisses, p. 35, n° 25).

(2) L. 14, § 1, Dig. *De peric. et com. rei traditæ*. Arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1828 (Daloz, 28, 1, 90). *Suprà*, n° 403.

(3) N° 93.

lia (1) et un droit incorporel échappait à la possession, *quia nec possideri intelligitur jus incorporale* (2). Cependant, comme ces droits procurent un émolument réel, on appelait *quasi-possession* leur jouissance et leur usage (3).

Dans le droit français, nous ne tenons pas à ces subtilités, et nous croyons qu'on peut posséder un droit incorporel (art. 2228 du Code Napoléon) tout aussi bien qu'une chose (4).

On possède une servitude, un usufruit, un droit d'usage, et il y a délivrance de tels droits quand celui au profit de qui ils sont cédés en jouit réellement du consentement du propriétaire : « *Ego puto usum hujus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* (5). »

Il en est de même d'une créance. L'usage du droit qu'elle donne, exercé avec l'acquiescement du propriétaire et du débiteur, est une tradition positive et palpable.

Mais ce n'est pas seulement l'exercice du droit qui opère tradition; nous avons vu ci-dessus qu'il suffisait, pour qu'il y eût délivrance, qu'on fût à même d'en jouir à son bon plaisir.

Pour transférer cette faculté d'user d'un droit incorporel, l'art. 1607, d'accord avec l'art. 1689, donne un moyen facile : c'est la remise du titre.

Ici revient la question que nous avons posée aux n° 275 et 282. De quel titre la loi entend-elle parler?

(1) L. 3, Dig. *De acq. possess.*

(2) L. 4, § 27, Dig. *De usurpat.*

(3) Ulpien, l. 23, § 2, Dig. *Ex quib. causis majores*, et l. 10, Dig. *Si servit. vindic.* V. M. Blondeau, Chrest., p. 474.

(4) Quelquefois, chez les jurisconsultes romains eux-mêmes, on trouve cette locution, *jus possidere*. Car la force des choses l'emportait sur la subtilité scientifique. Celsus, l. 7, Dig. *De itinere*. Ulp., l. 2, Dig. *Com. prædior.* Le même, l. 2, § 3, Dig. *De precar.*

(5) L. ult., Dig. *De servit.* L. 16, Dig. *Si servitus vind.* Art. 1607. Domat, p. 32, n° 9. M. Duranton, t. 16, n° 192.

Est-ce le titre de cession intervenue entre le cédant et le cessionnaire?

Nullement! et l'on s'en convaincra par la lecture de l'art. 1689 : « Dans le transport d'une créance, » d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire » par la remise du titre. » Il est clair que le titre que le législateur a en vue est celui dont le cédant est investi contre le tiers.

286. Mais ce qu'il y a de remarquable en cette matière, c'est que, lorsqu'on cède une créance, un droit ou une action contre un individu, la remise du titre ne suffit pas pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers. Il faut, de plus, que le cessionnaire ait signifié le transport au débiteur, ou que le débiteur ait accepté le transport dans un acte authentique. Nous reviendrons sur ce sujet en nous occupant des art. 1690 et 1691 du Code Napoléon.

287. Suivant la jurisprudence suivie dans les pays de droit écrit, on tenait qu'entre plusieurs cessionnaires d'une même créance, on devait préférer celui dont le titre était antérieur. La raison qu'on en donnait est qu'en matière de créance, la tradition n'était pas nécessaire (1), et qu'elle ne pouvait profiter en rien à celui qui l'avait. C'est ce que décident Bacquet (2), Ferrière sur Guy-Pape (3), Despeisses (4), et ce qui a été jugé par plusieurs arrêts du parlement de Toulouse.

Mais Pothier, qui écrivait sous l'influence de l'article 108 de la coutume de Paris, conforme à l'art. 1690 de notre Code Napoléon, décide que si le cédant, après avoir transporté une créance à un premier cessionnaire, a la mauvaise foi d'en faire le transport à

(1) L. 3, Dig. *Pro socio*.

(2) Traité du droit de déshérence, ch. 5, n° 9.

(3) Sur la g. 1, n° 12.

(4) De l'Accept, p. 36, col. 2.

un second qui soit plus diligent que le premier à signifier son transport au débiteur, ce second cessionnaire sera préféré au premier, sauf à celui-ci son recours contre le cédant (1).

ARTICLE 1608.

Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire (2).

SOMMAIRE.

288. Les frais de délivrance sont à la charge du vendeur. Raison de cela. En quoi consistent ces frais.
289. Les frais d'enlèvement sont à la charge de l'acheteur.
290. Les conventions particulières peuvent changer cela.

COMMENTAIRE.

288. Nous avons dit au n° 262 que le vendeur est tenu de l'obligation de livrer la chose. Il suit de là que si cette délivrance entraîne quelques frais, c'est lui qui doit les supporter (3).

Ainsi, la chose vendue est-elle dans les liens d'un engagement dont il faut la délivrer pour opérer la tradition, c'est le vendeur qui doit la dégager à ses frais (4).

De même, le mesurage, le comptage, le pesage nécessaires pour consommer la livraison, sont, de droit, aux frais du vendeur (5). Néanmoins, dans l'usage,

(1) Vente, n° 558. V. *infra*, n° 888 et 889.

(2) Cet article est extrait de Pothier, Vente, n° 42.

(3) Pothier, Vente, n° 42.

(4) L. 5, C. *De evict*. Pothier, n° 42.

(5) Pothier, n° 44. *Infra*, n° 331 et 345.

Est-ce le titre de cession intervenue entre le cédant et le cessionnaire?

Nullement! et l'on s'en convaincra par la lecture de l'art. 1689 : « Dans le transport d'une créance, » d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire » par la remise du titre. » Il est clair que le titre que le législateur a en vue est celui dont le cédant est investi contre le tiers.

286. Mais ce qu'il y a de remarquable en cette matière, c'est que, lorsqu'on cède une créance, un droit ou une action contre un individu, la remise du titre ne suffit pas pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers. Il faut, de plus, que le cessionnaire ait signifié le transport au débiteur, ou que le débiteur ait accepté le transport dans un acte authentique. Nous reviendrons sur ce sujet en nous occupant des art. 1690 et 1691 du Code Napoléon.

287. Suivant la jurisprudence suivie dans les pays de droit écrit, on tenait qu'entre plusieurs cessionnaires d'une même créance, on devait préférer celui dont le titre était antérieur. La raison qu'on en donnait est qu'en matière de créance, la tradition n'était pas nécessaire (1), et qu'elle ne pouvait profiter en rien à celui qui l'avait. C'est ce que décident Bacquet (2), Ferrière sur Guy-Pape (3), Despeisses (4), et ce qui a été jugé par plusieurs arrêts du parlement de Toulouse.

Mais Pothier, qui écrivait sous l'influence de l'article 108 de la coutume de Paris, conforme à l'art. 1690 de notre Code Napoléon, décide que si le cédant, après avoir transporté une créance à un premier cessionnaire, a la mauvaise foi d'en faire le transport à

(1) L. 3, Dig. *Pro socio*.

(2) Traité du droit de déshérence, ch. 5, n° 9.

(3) Sur la g. 1, n° 12.

(4) De l'Accept, p. 36, col. 2.

un second qui soit plus diligent que le premier à signifier son transport au débiteur, ce second cessionnaire sera préféré au premier, sauf à celui-ci son recours contre le cédant (1).

ARTICLE 1608.

Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire (2).

SOMMAIRE.

288. Les frais de délivrance sont à la charge du vendeur. Raison de cela. En quoi consistent ces frais.
289. Les frais d'enlèvement sont à la charge de l'acheteur.
290. Les conventions particulières peuvent changer cela.

COMMENTAIRE.

288. Nous avons dit au n° 262 que le vendeur est tenu de l'obligation de livrer la chose. Il suit de là que si cette délivrance entraîne quelques frais, c'est lui qui doit les supporter (3).

Ainsi, la chose vendue est-elle dans les liens d'un engagement dont il faut la délivrer pour opérer la tradition, c'est le vendeur qui doit la dégager à ses frais (4).

De même, le mesurage, le comptage, le pesage nécessaires pour consommer la livraison, sont, de droit, aux frais du vendeur (5). Néanmoins, dans l'usage,

(1) Vente, n° 558. V. *infra*, n° 888 et 889.

(2) Cet article est extrait de Pothier, Vente, n° 42.

(3) Pothier, Vente, n° 42.

(4) L. 5, C. *De evict*. Pothier, n° 42.

(5) Pothier, n° 44. *Infra*, n° 331 et 345.

et par une convention sous-entendue dans quelques localités pour les marchés de ce genre, les frais de mesurage, comptage et pesage se divisent par moitié entre le vendeur et l'acheteur. C'est, du moins, ce qui se pratique à Nancy et dans toute la Lorraine pour le mesurage du blé vendu et le livrage du bois à brûler. Dans d'autres localités, les frais sont à la charge de l'acheteur.

Enfin, si la marchandise est dans des magasins éloignés de la ville où l'on a traité, le vendeur doit placer à ses frais quelqu'un sur les lieux, pour faire l'ouverture des portes à l'acheteur qui viendra prendre livraison (1).

289. Mais, une fois que la délivrance est faite, l'enlèvement regarde l'acheteur. C'est à lui à le faire opérer à ses frais, car il est dans son intérêt (2). Il devra donc payer les dépenses d'emballage, de chargement et de transport, ainsi que le coût du transit pour la circulation des vins (3).

290. Des stipulations particulières peuvent déroger aux règles générales énoncées aux n^{os} 288 et 289.

ARTICLE 1609.

La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu (4).

(1) Pothier, *loc. cit.*, n^o 46.

(2) V. *infra*, n^o 291.

(3) Loi du 5 ventôse an XII, art. 59 et 60 (Bullet., n^o 3610). Pothier voulait que ces droits fussent à la charge du vendeur, n^o 43.

(4) Cet article est extrait de Domat, p. 35, n^o 15, et de Pothier, Vente, n^o 52.

SOMMAIRE.

291. Du lieu de la délivrance.
292. Des conventions particulières peuvent le changer.

COMMENTAIRE.

291. Il y a des règles pour le lieu et le temps de la livraison. Notre article s'occupe de ce qui concerne le lieu de la délivrance.

De droit, la chose mobilière vendue est quérable. Lorsque la convention est muette sur le lieu de la délivrance, il faut qu'elle se fasse au lieu où se trouvait la chose au temps de la vente, et l'acheteur doit l'y faire enlever à ses frais, comme nous l'avons vu au numéro 289. Le vendeur ne peut pas, sans une juste cause, déplacer l'objet mobilier vendu et rendre par conséquent l'enlèvement plus difficile et plus dispendieux pour l'acheteur. S'il le fait, il doit indemniser ce dernier de ce qu'il lui en aura coûté de plus pour l'enlèvement (1).

292. Si l'on est convenu du lieu de la livraison, l'acheteur n'est pas tenu de la recevoir ailleurs, et le vendeur ne peut être obligé à la délivrer dans un autre endroit (2).

ARTICLE 1610.

Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution

(1) Pothier, Vente, n^o 52. L. ult. Dig. *De condict. trit.* L. 22, Dig. *De reb. cred.*

(2) Pothier, Vente, n^o 51.

de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur (1).

SOMMAIRE.

293. Du temps de la livraison. 1^o Du cas où le temps a été fixé dans la convention. L'acheteur a le droit de contrainte, *manu militari*, avec dommages et intérêts, ou le droit de demander la résolution.

294. Mais le cas de force majeure peut exempter le vendeur de son obligation et déterminer les juges à lui accorder délai. La force majeure peut même exempter le vendeur de toute délivrance. *Quid si*, après le terme expiré, l'acheteur reçoit la chose sans se plaindre? N'y a-t-il pas fin de non-recevoir qui s'oppose à demander la résolution ou des dommages et intérêts?

295. 2^o Du cas où la vente ne porte pas de terme. Le vendeur peut attendre que l'acheteur se libère du prix et demande délivrance.

COMMENTAIRE.

293. Voici maintenant pour le temps de la livraison. Quand le temps a été déterminé par la convention, le vendeur doit être attentif à ne pas le dépasser.

S'il laisse s'écouler le délai sans tenir sa promesse, l'acheteur peut le contraindre à le mettre en possession avec condamnation en tous dommages et intérêts (2).

Le jugement qui ordonne la mise en possession équivaut à la délivrance que le vendeur aurait dû faire et à laquelle il s'est refusé (3), et, en cas de résistance à cet ordre de la justice, le vendeur pourra être contraint *manu militari* (4). Car ce n'est pas ici

(1) Cet article est extrait de Pothier, n^o 49, et de Domat, p. 35, n^o 14 et suiv. V. l'art. 1657, qui en est le corrélatif.

(2) Pothier, Vente, n^o 49. V. art. 1611.

(3) M. Faure, orateur du Tribunal (Fenet, t. 14, p. 161).

(4) Voyez, en ce sens, la dissertation de Pothier, Vente, n^o 68.

une obligation de faire, qui se résout en dommages et intérêts. Il s'agit d'une obligation de donner, qui doit s'accomplir par la dépossession précise du vendeur.

Si l'acheteur préfère ne pas exiger sa mise en possession, il a le droit de demander la résolution de la vente (1).

La résolution doit être demandée en justice, elle n'a pas lieu de plein droit (2).

Nous en avons dit ailleurs la raison (3). C'est qu'il s'agit ici d'une clause résolutoire tacite, et que, dans le système du Code Napoléon, lorsque c'est la loi qui prononce la résolution pour inexécution des conventions, elle ne la prononce jamais de plein droit; elle veut que la résolution soit demandée en justice, et qu'il puisse être accordé un délai au débiteur suivant les circonstances (4).

Mais si les parties avaient exprimé le vœu que la vente fût résolue faute de tradition dans le délai déterminé, le juge ne pourrait pas vérifier les causes du retard ni accorder une prorogation de délai. Le contrat serait virtuellement résolu par l'inexécution de la stipulation (5).

294. Si cependant le vendeur avait été empêché par quelque événement de force majeure ou par quelque cas imprévu, il serait affranchi de tout recours en dommages et intérêts (6), et même de toute demande en résolution. C'est ainsi qu'il a été décidé, par arrêt de la cour de cassation du 8 octobre 1807,

(1) *Idem*.

(2) Art. 1184 du Code Napoléon.

(3) N^o 61, *suprà*.

(4) V. Req. 15 avril 1845 (Deville, 45, t. 1, 345) et MM. Pardessus, t. 2, n^o 281; Duvergier, n^o 266.

(5) *Suprà*, n^o 61. — *Junge* Cass., 28 nov. 1843 (Deville, 44, 1, 79).

(6) Dumoulin, *De eo quod interest*, n^o 187. Pothier, Vente, n^o 49.

que le retard occasionné dans la livraison par une crue subite des eaux ne pouvait pas donner ouverture à la clause résolutoire, ou que, du moins, la cour impériale avait pu se fonder sur cette circonstance pour accorder un délai au vendeur afin de faire la délivrance (1).

Il y a plus : la force majeure peut même dispenser tout-à-fait le vendeur de la délivrance ; par exemple, si la chose lui a été enlevée de force.

C'est ce que décide Neratius dans la loi 31 au Dig. *De act. empt.* : « Si ea res quam ex empto præstare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendæ ejus præstari à me emptori oporteat, QUIA CUSTODIA ADVERSUS VIM PARUM PROFICIT. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi præstare debebo, ut omne lucrum et dispendium te sequatur. » Ce texte est la source de l'art. 1303 du Code Napoléon.

Il ne resterait donc à l'acheteur qu'une action à faire valoir à ses risques et périls.

Toutefois, si la chose n'avait péri que par la faute ou le dol du vendeur, celui-ci ne serait pas quitte de son obligation. Cette perte serait pour l'acheteur une cause de dommages et intérêts (2).

Il en serait de même si la perte avait eu lieu depuis la demeure du vendeur (3). Car alors la chose serait à ses risques (4). L'article 1437 du Code Napoléon détermine dans quel cas le vendeur est constitué en demeure.

Un autre motif qui pourrait mettre le vendeur à l'abri de toute demande en résolution ou en dommages et intérêts, ce serait si, après l'expiration du

(1) Dalloz, Vente, p. 864, note 2.

(2) Pothier, n° 57.

(3) Art. 1138 du Code Napoléon.

(4) *Inf.*, art. 1624.

terme, l'acheteur avait reçu la chose sans se plaindre. Par arrêt du 4 avril 1808, la Cour de Liège, ayant justement égard à cette fin de non-recevoir, a décidé que le négociant qui dispose de marchandises par lui achetées, mais arrivées postérieurement au délai fixé entre les parties, ne peut se prévaloir du défaut de délivrance au terme convenu (1).

295. Quand la convention ne porte pas de terme pour faire la livraison, le vendeur doit livrer la chose aussitôt que l'acheteur qui s'est libéré du prix demande qu'elle lui soit remise (2).

ARTICLE 1611.

Dans tous les cas, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts, s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur, du défaut de délivrance au terme convenu (3).

SOMMAIRE.

296. Des dommages et intérêts que l'acheteur peut demander pour défaut de délivrance.
 297. Mesure de ces dommages et intérêts.
 298. Ils consistent dans le gain omis et la perte éprouvée *circa rem ipsam*. Application de cette règle quand il y a résolution de la vente et défaut absolu de tradition.
 299. 1^{er} exemple, emprunté au jurisconsulte Paul, et relatif

(1) Dalloz, Vente, p. 864, note 1. *Junge* Merlin Rép. v° Marché à terme, § 1; et M. Duvergier, n° 261 et 265; à plus forte raison, la résolution d'un marché ne peut être demandée par l'acheteur, contre l'agent de change, pour défaut de livraison à l'époque fixée, si ce défaut de livraison n'a pour cause que le défaut de paiement de la part de l'acheteur. Paris, 9 juin 1836 (Devill. 37, 2, 85).

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Cet article est emprunté à Domat, p. 35, n° 16.

- au produit espéré d'une spéculation commerciale. Dommage souffert *extrinsecus*.
300. *Quid* si, lors du contrat, les parties ont prévu ou sont censées avoir prévu ce bénéfice de spéculation ?
301. Autres exemples. Dommages soufferts *circa rem ipsam*.
302. Règles d'application quand la chose vendue est quelque chose d'incertain.
303. *Quid* si, dans ce cas, le vendeur est empêché par force majeure ?
304. Le vendeur doit être mis en demeure pour devoir des dommages et intérêts. Exceptions. Cas où il y a demeure de plein droit.
305. Application de la règle énoncée au n° 298 au cas où il n'y a pas résolution demandée.
306. 1° *Quid* s'il y a eu force majeure depuis la demeure ?
307. 2° *Quid* quand il y a baisse depuis la demeure ?
308. 3° Dépenses que le retard a occasionnées à l'acheteur.
309. 4° *Quid* à l'égard des fruits ? § Des dommages soufferts *extrinsecus*.

COMMENTAIRE.

296. Nous avons dit, au n° 293, que l'acquéreur à qui la livraison n'est pas faite au terme convenu est en droit de demander des dommages et intérêts si le retard lui fait éprouver un préjudice. Cette règle d'équité est consacrée par notre article (1).

L'acheteur, qui a mis le vendeur en demeure, peut demander cumulativement la délivrance de la chose et des dommages et intérêts ;

Ou bien, il peut seulement exiger des dommages et intérêts si la vente est résolue, ou qu'il veuille en discéder (2). Dans ce dernier cas, l'action *ex empto*

(1) Ulpien l'avait dit aussi dans la loi 1, Dig. *De cont. empt.*

(2) Domat, p. 36, n° 19. Pothier reproche avec raison à Domat de ne s'être pas fait des idées justes sur la portée de l'action *ex empto in id quod interest* (Vente, n° 69). Domat, esprit sage et droit, était bien loin cependant d'égaliser Pothier dans la connaissance approfondie des lois romaines et des doctrines des jurisconsultes du seizième siècle.

exercée par l'acheteur a deux objets : 1° la restitution du prix qui a dû être payé, ou la décharge de celui qui serait encore dû ; 2° le paiement de tout ce que l'acheteur souffre de plus par le défaut de tradition. C'est véritablement ceci qu'on doit appeler dommages et intérêts ; car ce qui concerne le prix forme un objet principal et découle de la convention même ; au lieu que les dommages et intérêts sont un accessoire placé en dehors de l'obligation principale et résultant d'un défaut d'exécution (1).

297. La condamnation aux dommages et intérêts doit être mesurée sur ce qu'a souffert l'acheteur par le refus ou le retard du vendeur, *promora venditoris* (2). Suivant Ulpien, les dommages et intérêts peuvent quelquefois excéder le prix de la chose (3). Il est possible, en effet, que l'acheteur eût un tel besoin de l'objet vendu que sa possession fût pour lui d'un intérêt supérieur à sa valeur même. C'est ce que dit Cujas en commentant Ulpien (4) : « *Quod quidem interdum excedere vel egredi pretium rei; pretium scilicet verum vel pretium conventum, ut puta si pluris intersit rem tradi quam res valeat vel empti sit.* »

298. C'est une règle, qu'on ne doit imputer dans le calcul des dommages et intérêts que la perte éprouvée et le gain omis *circa rem ipsam* (5) ; car tout ce qui se rattacherait à des causes de dommages plus éloignées et imprévues ne devrait pas être pris en considération.

Les lois romaines, si riches sur la matière de la vente, nous fournissent des exemples précieux pour l'application de cette règle. Examinons d'abord les dommages qui peuvent être encourus lorsque, pour

(1) *Infra*, n° 500.

(2) Diocl. et Max., l. 5, C. *De act. empt.*

(3) L. 1, Dig. *De act. empt.*

(4) Récit solenn. sur la loi 1, Dig. *De act.*

(5) Paul. l. 24, § 3, Dig. *De act. empt.* Pothier, Vente, n° 70.

défaut absolu de tradition, il y a lieu à résolution de la vente. Nous parlerons ensuite de ceux qui sont dus pour retard dans la délivrance.

299. Pour première espèce, laissons parler le jurisconsulte Paul (1).

J'achète du vin pour le revendre et vous ne me livrez pas au terme convenu. Je n'aurai pas droit à être indemnisé de ce que, par défaut de livraison, je n'aurai pu retirer de ma spéculation le bénéfice que j'en attendais. « Neque enim si potuit ex vino (putà) negotiari et lucrum facere, id aestimandum est; » c'est là un dommage extrinsèque et non prévu dans les marchés ordinaires (2). Le vendeur ne serait tenu qu'autant qu'il y aurait dol et contumace affectée de sa part (art. 1150 du Code Napoléon) (3). Mais la simple mise en demeure, la simple faute ne suffiraient pas pour étendre jusque-là sa responsabilité (4).

De même, si j'achète des fourrages et que le défaut de livraison ait fait souffrir de la faim les chevaux que j'ai dans mon écurie, je n'aurai pas le droit de vous demander la valeur de ceux qui sont morts de besoin (5); ces dommages sont trop éloignés et trop imprévus pour que vous en soyez responsable; *ut non sit cogitatum à venditore de tantà summâ* (6).

Toute votre obligation consistera à me payer la valeur de la chose au prix plus élevé auquel j'aurai été forcé de l'acheter, soit pour donner cours à ma spé-

(1) *Loc. cit.*

(2) V. la loi dernière, Dig. *De peric. et com. rei vendite*. Elle rejette aussi des dommages et intérêts le produit spéculatif, et la valeur extraordinaire que le commerce peut retirer de la chose.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 166, 169. Dumoulin, *De eo quod interest*, n° 155. M. Toullier, t. 6, n° 287. M. Duranton, t. 10, n° 476. M. Delvincourt, t. 2, p. 532, notes.

(4) Pothier, *Oblig.*, n° 169.

(5) Paul, *idem. Domat*, p. 36, n° 18.

(6) L. 43, Dig. *De act. empt.* Art. 1150 du Code Napoléon.

culatation, soit pour assurer la nourriture de mon haras (1).

300. Remarquez cependant que s'il résultait des circonstances que les dommages arrivés *extrinsecus* aient été prévus expressément ou tacitement lors du contrat, le vendeur serait tenu de les payer (2).

Par exemple, je vous demande une partie de marchandises, en vous faisant connaître que j'ai besoin que vous les teniez à ma disposition pour la foire qui doit avoir lieu à telle époque dans notre ville, et à laquelle je compte me rendre pour une spéculation à laquelle je me livre. Si vous manquez de m'en faire la délivrance, je pourrai vous forcer à m'indemniser des bénéfices probables que j'aurais faits si j'avais été nanti de la marchandise, et dont vous m'avez privé par votre négligence. Car, quoique ce soient là des dommages que j'ai soufferts *extrinsecus*, cependant la précaution que j'ai eue de vous faire connaître l'intérêt pressant que j'avais à avoir la chose à l'époque désignée a suffi pour vous avertir de la perte que vous me causeriez en ne me la livrant pas. Ces dommages, quoique extrinsèques, ont donc été prévus lors du contrat, et c'est là ce qui différencie cette espèce de celle que Paul nous a retracée tout à l'heure (3).

301. Voyons maintenant quelques exemples de dommages soufferts *circa rem ipsam*.

Si vous vous êtes obligé à me livrer des denrées, et que, pendant que vous traînez en longueur l'exécution du marché, le prix de ces denrées augmente, vous serez tenu de me payer, par forme de dommages et intérêts, la différence entre le prix actuel et le prix convenu. La raison en est évidente. Si vous aviez satisfait à votre obligation, j'aurais ces denrées, je pourrais profiter du bénéfice amené par l'augmentation

(1) Paul, l. 24, § 3, Dig. *loc. cit.*, et la note de Godefroy.

(2) Art. 1150. Pothier, *Vente*, n° 74.

(3) Arg. de la loi 2, § 8, Dig. *De eo quod certo loc.*

dans les tarifs. Mais votre retard me fait souffrir une perte, par l'obligation où vous me mettez d'acheter cette marchandise plus cher qu'il n'avait été convenu entre vous et moi (1).

Ainsi encore, vous avez promis de me livrer un héritage à une époque convenue. A compter du jour de la demeure, vous me devez, non pas les fruits que vous en avez retirés, mais les fruits que j'aurais perçus si j'avais été mis en jouissance (2) (*lucrum cessans*); ce qu'il faut entendre, non pas des produits spéculatifs, mais de ce que la chose aurait naturellement produit d'après sa destination actuelle entre les mains de l'acheteur (3).

Parmi les dommages et intérêts dus *circa rem ipsam*, il faut comprendre les frais d'acte et d'enregistrement déboursés par l'acheteur, les frais de voyage pour voir l'héritage, les frais d'expertise pour le faire estimer (4).

302. Si l'objet de la vente était quelque chose d'aléatoire, comme un coup de filet, Celsus donne les règles suivantes d'appréciation (5) :

Si le pêcheur a retiré ses filets, et qu'il refuse de livrer le poisson qu'ils contiennent, les dommages et intérêts seront basés sur la quantité de poisson retirée de l'eau. « *Id æstimari debet quantum quod extraxit.* »

Mais si le pêcheur n'a pas voulu jeter ses filets, *INCERTUM ejus rei æstimandum est*, c'est-à-dire qu'il faudra approximativement estimer ce que le coup de filet eût rapporté, eu égard à ce qui a lieu ordinairement et à la coutume des pêcheurs (6).

303. Si la délivrance est empêchée par force ma-

(1) Paul, *loc. cit.* Pothier, Vente, n° 72. Domat, n° 17.

(2) Pothier, Vente, n° 80. Domat, n° 17, l. 62, § dernier, Dig. *De rei vindic.* L. 4, C. *unde vi.* L. 31, § 1, Dig. *De act. empt.*

(3) Si cependant il y avait dol, v. n° 299.

(4) Pothier, Vente, n° 71.

(5) L. 12, Dig. *De act. empt.*

(6) Accurse et Godefroy, sur cette loi.

jeure avant la mise en demeure, comme, par exemple, si une tempête force le pêcheur à rester dans le port, ou bien si la chose vendue est volée ou perie, le vendeur ne sera tenu d'aucuns dommages et intérêts (1). Il faudrait toutefois que la perte eût lieu sans le dol ni la faute du vendeur (2).

304. Pour que le vendeur soit tenu de dommages et intérêts, il faut, comme nous l'avons dit *suprà* (3), qu'il soit mis en demeure (4) par une sommation ou un acte équivalent (art. 1139 et 1146). La raison en est d'autant plus évidente, que, dans la vente, la chose est quérable. C'est à l'acheteur à venir la prendre au lieu où elle se trouvait lors du contrat (art. 1609) (5). Il faut donc qu'il fasse savoir qu'il est là pour la demander et la faire enlever.

Il y a à notre règle deux exceptions.

La première, lorsqu'il a été stipulé que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure (art. 1139).

La seconde, lorsqu'il résulte des circonstances que la chose que le vendeur s'est obligé à livrer ne pouvait être remise à l'acheteur que dans un temps qu'il a laissé passer (art. 1146).

Par exemple, j'ai vendu à un commerçant des marchandises, et je promets de les lui expédier la veille de telle foire où il avait occasion de les vendre. Mais je laisse passer le temps de la foire sans les lui livrer. Je serai en demeure de plein droit et par la seule échéance du terme; car ce marchand n'avait besoin de ces marchandises que pour s'en assortir à l'épo-

(1) L. 31, Dig. *De act. empt.* Neratius.

(2) Inst., *De empt.*, § 3. M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 3, n° 1041.

(3) N° 296.

(4) Domat, p. 35, n° 16 : « Si le vendeur est en demeure de » délivrer la chose vendue, il sera tenu des dommages et inté- » rêts de l'acheteur. »

(5) *Suprà*, n° 291. M. Duranton, t. 10, n° 466.

que convenue; et, cette époque passée, elles étaient pour lui plus embarrassantes qu'utiles (1). Il pourra donc me demander des dommages et intérêts, suivant les règles que nous avons déterminées au n° 299.

305. Après avoir parlé des dommages et intérêts pour défaut absolu de délivrance, et alors que l'acheteur demande la résolution de la vente, occupons-nous de ceux qui sont dus pour retard dans la délivrance, alors que l'acheteur insiste pour avoir la chose. Il faut supposer encore que le vendeur est en demeure.

Quatre causes principales de dommages se présentent ordinairement et donnent lieu à l'examen de quatre hypothèses: détérioration matérielle de la chose vendue, baisse dans sa valeur, dépenses directement occasionnées par le retard, produits que l'acheteur aurait retirés de la chose.

306. 1° Si la chose a été détériorée par force majeure, depuis que vous êtes en demeure de me la livrer, vous êtes tenu de me faire raison de la détérioration (2).

Cette décision ne doit pas être étendue au cas où la force majeure aurait également frappé la chose si elle eût été entre mes mains (3); par exemple, si le feu du ciel eût renversé une aile du château que vous m'avez vendu; si une inondation subite eût emporté des digues et ensablé les terres (4).

Si cependant je faisais le commerce des biens immobiliers, et qu'ayant acheté votre ferme pour la revendre immédiatement, le sinistre est arrivé pendant que votre retard m'empêchait de me livrer à ce genre de spéculation, vous serez tenu de la force majeure;

(1) M. Pardessus, t. 2, p. 296. M. Merlin, Répert., v° Demeure.

(2) L. 12 et 14, *De peric. et com. rei venditæ.*

(3) Art. 1302 du Code Napoléon.

(4) Pothier, Vente, n° 75.

car j'aurais eu le temps de revendre avant l'accident, et je ne dois pas souffrir de votre négligence.

307. 2° Il y a lieu à dommages et intérêts quand la chose a baissé de prix pendant que l'acheteur était en demeure de la livrer.

Je vous vends du vin à 1,000 fr. le tonneau. Depuis le contrat, il augmente de 200 fr., et vous me mettez en demeure de vous livrer. En vous en faisant délivrance sur-le-champ, vous auriez pu le revendre 1,200 fr. le tonneau. Mais je vous fais attendre, et le vin retombe à 1,000 fr. Je dois être condamné à vous faire raison de 200 fr. par tonneau.

Si toutefois l'acheteur n'était pas marchand, et qu'il ne fût pas prouvé que mon retard lui a occasionné un préjudice réel, il n'y aurait pas lieu à dommages et intérêts.

308. 3° Le vendeur doit indemniser l'acheteur de toutes les dépenses que le retard lui a occasionnées, comme si, en attendant que vous me livriez les chevaux que vous m'avez vendus, je suis forcé d'en louer d'autres, ce que je n'aurais pas fait si vous aviez tenu votre parole. Ces frais doivent s'estimer avec modération (1).

309. 4° Enfin, le vendeur en demeure est tenu, non-seulement des fruits qu'il a réellement perçus, mais encore de ceux que l'acheteur aurait perçus s'il eût été en possession. Il faut se reporter, pour la saine intelligence de ceci, à ce que j'ai dit au n° 301.

§. Quant aux dommages soufferts *extrinsecis*, aux produits spéculatifs de la chose, aux valeurs extraordinaires qu'en tire le marchand, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit aux nos 299 et 300. Ils ne sont dus qu'autant qu'ils auraient été prévus lors du contrat, ou que la demeure du vendeur aurait dégénéré en contumace affectée.

(1) Pothier, Vente, n° 75.

ARTICLE 1612.

Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé délai pour le paiement (1).

SOMMAIRE.

310. Le vendeur n'est pas tenu de délivrer, si l'acheteur qui n'a pas terme ne paie pas.
 311. L'acheteur ne doit pas payer une portion du prix. Il faut qu'il s'acquitte en entier pour obtenir la délivrance. L'obligation de payer le prix est indivisible. Inconvénients de l'indivision.
 312. Mais si l'acheteur a terme, il peut obtenir la délivrance sans payer. *Quid si l'acheteur est en déconfiture? Renvoi.*

COMMENTAIRE.

310. La vente contient des obligations synalagmatiques, et il n'est pas juste que l'un soit tenu de remplir les siennes, tandis que l'autre s'en affranchit (2).

C'est pourquoi notre article dispense le vendeur de livrer la chose, tant que l'acheteur qui n'a pas terme ne paie pas le prix.

Cette disposition est empruntée aux lois romaines. *OFFERRI* (3) *pretium, dit Ulpien, venditori ab emptore debet, quum ex empto agitur, et ideò, etsi pretii*

(1) Cet article est emprunté à Pothier, Vente, n° 63.

(2) V. *infra*, n° 592, 593.

(3) *Offrir le prix!* Ceci n'est pas en contradiction avec ce que je dis au n° 593, que le vendeur doit offrir la chose. Ici Ulpien suppose que l'acheteur agit *ex empto*. Là nous supposons que c'est le vendeur qui agit *ex vendito*. Or, comme le dit Voët (*v. loc. cit.*), c'est au demandeur à satisfaire le premier à son obligation.

partem offerat, nondum ex empto est actio. Vendedor enim QUASI PIGNUS retinere potest eam rem quam vendidit (1).

Tertullien (2) a aussi répété dans ses livres chrétiens cette maxime des jurisconsultes, dont la science n'est jamais plus belle que quand elle marche d'accord avec la morale: *Ineptum est pretium non exhibere, manum ad merces mittere.*

311. Comme on l'a vu par la loi romaine que nous venons de citer, il ne suffirait pas que l'acheteur offrit une portion du prix; il doit l'offrir en entier, sans quoi le vendeur serait autorisé à garder la chose pour le total. La raison en est que la chose vendue et non livrée sert de gage entre les mains du vendeur pour le paiement du prix, et que, la cause du gage n'étant pas divisible, il faut, pour se libérer, que le débiteur paie jusqu'au dernier franc, *ad nummum unum duntaxat* (3).

Par suite, si l'acheteur était décédé, et qu'il eût laissé deux héritiers, l'un d'eux ne serait pas reçu à demander la moitié de la chose vendue en offrant la moitié du prix (4). Les deux héritiers doivent se concerter; ou bien, s'il n'y en a qu'un seul qui demande la délivrance, il devra offrir la totalité du prix, sauf à s'en faire faire raison dans le partage de succession; alors le vendeur fera la délivrance du total, en prenant la précaution de se faire représenter un mandat, donné par le cohéritier, précaution nécessaire afin que celui des deux héritiers qui retire la chose n'abuse pas de la délivrance qui lui est faite, et ne donne pas ouverture à un recours de son cohéritier contre le vendeur (5).

(1) L. 13, § 8, Dig. *De act. empt.*

(2) *De pœnitentiâ.*

(3) Cujas, Récit. solen. sur la loi 13, § 8, Dig. *De act. empt.*

(4) L. 78, § 2, Dig. *De cont. empt.*

(5) Junge M. Durantou, t. 16, n° 205.

Pour justifier son offre de partie du prix, l'héritier demandeur ne serait pas fondé à dire que le prix est une dette de la succession, et que les dettes se divisent, de plein droit, entre les héritiers, de telle sorte qu'ils n'en sont tenus que pour leur part et portion; qu'ainsi, il est quitte en offrant sa moitié afférente. Il faut répondre avec Cujas (1) que le vendeur n'a pas voulu vendre une partie de son immeuble, qu'il a entendu l'aliéner pour le total; que telle a été la loi du contrat, et qu'on ne peut arbitrairement la changer sans son consentement (2), surtout pour lui imposer tous les inconvénients d'une indivision, source ordinaire de litiges et de contestations.

On ne doit pas perdre de vue que ce qui est divisible en soi peut être déclaré indivisible par convention et pour l'utilité des parties. Or cette indivisibilité du prix résulte ici du contrat de vente, qui ne pourrait être scindé dans son exécution sans faire violence à la pensée qui y a présidé.

312. Si l'acheteur a obtenu un terme pour payer le prix, il a droit d'exiger, en attendant, la délivrance de la chose. La disposition de notre article cesse d'être applicable, comme cet article a pris soin lui-même de s'en expliquer (3).

Néanmoins, s'il était constant que depuis le contrat l'acheteur a souffert un dérangement notable dans sa fortune, comme faillite ou déconfiture (art. 1613), et que le vendeur fût en danger de perdre le prix, il pourrait se défendre de livrer la chose. Pour vaincre sa résistance, il faudrait que l'acheteur donnât une caution suffisante ou offrît préalablement de se libérer (4). C'est la disposition de l'article suivant que

(1) Récit. solen. sur la loi précitée.

(2) C'est aussi la doctrine de Dumoulin, *De dividuo et individuo*, part. 2, n° 205, 206.

(3) Pothier, Vente, n° 67.

(4) Idem, n° 67. Art. 1488 du Code Napoléon. Domat, p. 36, n° 22. L. 31, § 8, Dig. *De ædilit. edicto*. Art. 1613.

nous rappelons ici, parce qu'elle sert de limitation à la règle posée en tête de ce numéro.

ARTICLE 1613.

Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.

SOMMAIRE.

313. Liaison.
314. Les craintes d'insolvabilité ne doivent pas être vagues.
315. Faut-il que les causes d'insolvabilité soient postérieures à la vente?

COMMENTAIRE.

313. Cet article, emprunté à Pothier, a été résumé par nous dans le numéro précédent, auquel il se liait d'une manière intime.

Nous n'ajouterons ici que deux observations.

314. La première, c'est que, pour que l'acquéreur soit déchu du bénéfice du terme, il faut qu'il y ait, non pas des craintes vagues d'insolvabilité, mais faillite ou déconfiture (1). Ce sont les

(1) Dans son exposé au Corps législatif, M. Portalis a remplacé le mot *déconfiture* par cette phrase un peu plus adoucie, mais qui rend, je le crois, la pensée de la loi : *Un état de décadence qui puisse sérieusement menacer la sûreté du vendeur* (Fenet, t. 14, p. 220). Et M. Faure, orateur du Tribunat : *Dans une situation telle qu'il y ait pour lui danger imminent de perdre le prix* (id., p. 160).

termes de notre article. Ils sont l'écho de l'art. 1188 (1).

On peut aussi ajouter que, si l'acheteur avait donné des sûretés pour le paiement du prix, comme une hypothèque, une caution, et qu'il diminuât ces sûretés par son propre fait, le vendeur pourrait se refuser à la délivrance, encore que l'acheteur ne fût ni en faillite ni en déconfiture. L'art. 1188 précité contient à cet égard une règle applicable à tous les contrats.

315. Notre seconde observation portera sur ces mots *depuis la vente*, qu'on lit dans notre article. Est-il absolument nécessaire que la faillite ou la déconfiture aient lieu depuis la vente? ou bien le vendeur pourrait-il refuser la délivrance s'il était prouvé que l'état de faillite ou de déconfiture était antérieur à la vente, mais de telle sorte que le vendeur n'a accordé terme que parce qu'il a ignoré l'insolvabilité de celui avec qui il traitait?

Disons d'abord que, si le vendeur connaissait les embarras pécuniaires de l'acheteur, et qu'il lui eût accordé délai, la question ne serait pas un moment douteuse; la délivrance devrait avoir lieu.

Mais si le vendeur a été trompé, si on a fait briller à ses yeux un crédit imaginaire, si on lui a présenté comme florissant un état de fortune tombant en ruine, je pense qu'il y aurait erreur suffisante pour affranchir le vendeur de son obligation (1110 du Code Napoléon) (2).

La cour impériale de Paris a rendu un arrêt qui se rapproche de cette opinion si équitable.

Boisserand et compagnie vendent à Faye et Courcelles cent dix pièces de vin; un terme est accordé

(1) Mais si la fortune de l'acheteur n'avait pas éprouvé des changements suffisants pour élever des doutes, le vendeur ne serait pas fondé à demander caution. Arrêt de Turin de 1810 (Dal., Vente, p. 865, 866).

(2) V. aussi l'art. 1276, qui fournit un argument.

pour une partie du prix; mais les vendeurs exigent une hypothèque, et les acheteurs leur assurent deux maisons situées à Paris. Bientôt les vendeurs apprennent qu'ils ont été trompés et que les acheteurs ne sont que locataires des deux maisons. Boisserand et compagnie s'opposent alors à l'enlèvement des vins; ils font valoir que les garanties promises sont illusoire; et leur prétention est successivement accueillie par le tribunal de la Seine, et par arrêt de la cour d'appel du 30 ventôse an XI (1).

On voit que, dans cette espèce, ce n'était pas depuis la vente que les sûretés avaient échappé aux vendeurs; l'insuffisance de ces garanties datait du moment même du contrat (2).

La justice veut, de même, que quand les apparences de solvabilité qui ont déterminé la confiance du vendeur sont démontrées trompeuses au moment de la vente, les tribunaux viennent au secours de celui qui a été surpris dans sa bonne foi (3).

ARTICLE 1614.

La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente.

Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur.

(1) Dalloz, Vente, p. 865, note 1. M. Dalloz aurait dû donner les considérants de cette décision. L'omission des motifs ôte à un arrêt tout son intérêt, et à un recueil une partie de son utilité.

(2) *Junge* M. M. Duranton, t. 16, n° 204; Duvergier, n° 269; Marcadé, art. 1613, n° 2.

(3) Jugé en ce sens que le vendeur d'un fonds de commerce qui a stipulé un délai pour la livraison, peut obtenir, même avant le délai fixe, la résiliation du traité, si la solvabilité de l'acheteur est diminuée au point de mettre le paiement en péril. Paris, 11 juillet, 1853 (J. P., 53, 2, 370).

ARTICLE 1615.

L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel.

SOMMAIRE.

316. Le vendeur doit faire délivrance de la chose dans l'état où elle se trouve lors de la vente. Raison de cette règle.
317. Il suit de là que, s'il y a terme pour la délivrance, le vendeur doit veiller en attendant à la conservation de la chose.
318. Dans les ventes conditionnelles, le vendeur ne peut changer l'état de la chose *pendente conditione*. Mais il n'est tenu de la délivrance que dans l'état où la chose se trouvait à l'échéance de la condition.
319. Dès l'instant de la vente, lorsque le contrat est pur et simple, tous les fruits appartiennent à l'acheteur. Les fruits font partie de la chose, et l'acheteur est censé en avoir payé le prix.
320. Cas singulier dans lequel il y a difficulté sur l'application de la règle que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve.
321. L'acheteur est lié par le bail existant au moment de la vente. *Quid* dans le droit romain et l'ancienne jurisprudence? Aujourd'hui, le bail affecte réellement la chose. Mais l'acheteur retire les canons que le bail produit.
322. Dans la vente conditionnelle, les fruits appartiennent au vendeur, *pendente conditione*. Les fruits suivent le maître du sol, et non le maître de la semence.
323. Utilité des lois romaines et de l'ancienne jurisprudence pour déterminer les accessoires d'une chose. Énumération de certains accessoires. § 1° Ce que comprend la vente d'une maison. § 2° Et d'une maison meublée. § 3° Ce que comprend la vente d'un fonds de terre. Les troupeaux sont-ils un accessoire d'un fonds de terre? § 4° Que comprend la vente d'un navire? § 5° De la vente d'un fonds de commerce. § 6° La vente du vin comprend-elle les bouteilles qui le renferment? § 7° Que comprend la vente d'un cheval? § 8° Et la vente d'un moulin?

324. Deux règles générales : la première, que le vendeur doit délivrer les titres, plans, etc. Réponse aux objections. La seconde, qu'il doit délivrer l'augment éprouvé par la chose.

COMMENTAIRE.

316. La chose doit être livrée dans l'état où elle était au moment de la vente. La raison en est que l'acquéreur est investi de la propriété par le contrat même, et que son droit la saisit dans cet instant précis, de telle sorte qu'elle entre dans son domaine avec tout ce qui la constitue en principal, accessoires, dépendances, etc.

317. Il suit de là que, s'il s'écoule un délai entre le contrat et la délivrance, le vendeur doit veiller à la conservation de la chose, afin qu'elle n'éprouve par son fait aucune détérioration (1), et que l'acheteur puisse la recevoir dans l'état où elle était lorsqu'il a contracté.

Nous reviendrons sur cette obligation du vendeur en commentant l'art. 1624, dont elle découle directement.

318. Dans les ventes soumises à une condition suspensive, le vendeur n'est tenu que de délivrer la chose dans l'état où elle se trouve au moment de l'échéance de la condition, pourvu toutefois que les détériorations ne proviennent pas de sa faute (2).

Pourquoi ne peut-il par son fait changer, *pendente conditione*, l'état de la chose vendue, puisqu'il est propriétaire (3)? C'est que l'événement de la condition

(1) V. les art. 1437 et 1245, dont le notre est un corollaire. Arg. de l'art. 1018. M. Duranton, t. 10, n° 396. M. Toullier, t. 6, n° 231 à 236. Pothier, Oblig., n° 142, et Vente, n° 53 et 54.

(2) Pothier, Vente, n° 312. V. *infra*, n° 406. Art. 1245 et 1182 du Code Napoléon.

(3) *Suprà*, n° 54.

produit un effet rétroactif au jour de la vente, et efface le temps intermédiaire (1); il faut donc que, dans l'expectative de l'arrivée de la condition, le vendeur maintienne les choses dans l'état où elles étaient lors de la vente, afin que, la condition se réalisant, l'acquéreur ne s'aperçoive pas que la perfection de la vente a été suspendue et différée.

Cependant nous verrons tout à l'heure qu'en ce qui concerne les produits de la chose, il y a à cette règle une exception fondée sur des motifs particuliers n° 322.

319. Puisque l'acheteur doit trouver la chose dans l'état où elle était lors de la vente, il faut en conclure, comme le fait notre article, que, dès ce moment même, il a droit à tous ses produits, soit qu'il ait payé le prix, soit qu'il ait obtenu terme pour s'acquitter. D'ailleurs, l'objet vendu étant à ses risques et périls, ainsi que nous le verrons plus bas, la justice voulait qu'il profitât des avantages qu'on peut en retirer. « *Fructus post perfectum jure contractum emptoris spectare personam convenit, ad quam et functionum gravamen pertinet* (2). » Ainsi, les fruits pendants lors de la vente (3), lesquels, comme dit Cujas, *pars agri fuisse videntur et ob eos etiam pluris veniisse* (4), le croît des troupeaux (5), le travail des bêtes de

(1) L. 2 et 3, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*. Furgole, Test., t. 2, p. 186, n° 14. Pothier, Vente, n° 312. *Suprà*, n° 54 et 160.

(2) Diocl. et Maxim., l. 13, Code *De act. empt.*

(3) *Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere nisi aliud convenerit exploratum est*. Ulp., l. 13, § 10, Dig. *De act. empt.*

(4) Cujas, sur cette loi; Brunemann, p. 738, dit aussi : « *Præteritium pro fructibus pendentibus esse constitutum* », et il cite Barbosa, Molina, Covarruvias, etc. V., sur les fruits pendants lors de la vente, *infra*, n° 769.

(5) Diocl. et Maxim., l. 16, C., *loc. cit.* Paul, *Sentent.*, lib. 2, t. 17, § 7.

somme (1), le produit du navire (2), tout cela appartient à l'acheteur à compter du jour de la vente, à moins de conventions contraires (3).

M. Duranton croit, sur la foi de Pothier, que, selon Cujas, l'acheteur n'aurait droit aux fruits que lorsque le prix est payé (4). On vient de voir tout à l'heure que Cujas enseigne le contraire; voici, du reste, le texte entier de Cujas, on verra en quel sens il parle du paiement du prix dans ses rapports avec les fruits.

Après avoir dit que l'acheteur est censé avoir payé les fruits pendants, il s'occupe des fruits non mûrs lors de la vente, et il enseigne qu'à cause de leur incertitude, ils n'ont pas été pris en considération pour la fixation du prix; puis il ajoute : « *At si apud venditorem permaturuerint et ab eo percepti fuerint, minus de eis dubitatur an ex die perfectæ venditionis restituenti sint, videlicet si pretium numeratum sit, ut apud Paulum, 2 Sent., t. 17, legendum esse docui Observ. XXI, 15; alioqui, usuræ pretii nondum numerati compensantur cum fructibus* (5). »

Cujas ne parle donc ici que du cas où les fruits ont été récoltés par le vendeur, et où il s'agit d'en faire la restitution à l'acheteur; alors il pense que ces fruits doivent se compenser avec les intérêts du prix non payé. On voit que cette règle équitable n'ébranle pas le principe que les fruits sont dus à l'acheteur depuis la vente.

320. A ce sujet, je ferai connaître une difficulté dont j'ai été témoin, et qui servira d'exemple pour apprécier à leur juste valeur les clauses spéciales

(1) Paul, *loc. cit.*, et Ulp., l. 13, § 13, *loc. cit.*

(2) *Si quid vecturis navium quæsitum est*. L. 13, § 13, précitée.

(3) L. 13, § 10, précitée. V. Pothier, Pand., t. 1, p. 527, n° 64 et suiv.

(4) T. 16, n° 213. Pothier, Vente, n° 47.

(5) Sur la loi 13, § 10, D. *De act. empt.*

d'une vente d'où l'on prétend tirer une dérogation à la règle contenue au numéro précédent.

Pierre avait vendu à Paul une forêt considérable, pour un prix qu'on convenait être fort élevé; quelque temps auparavant, Pierre avait aliéné plusieurs arpents de taillis dépendants de cette forêt, par actes sous seing privé. En traitant avec Paul, il stipula que les ventes passées au profit de ces tiers *seraient respectées*. Plus tard, Paul prétendit que le prix de ces ventes devait lui appartenir, par la raison que les taillis faisaient partie de la forêt qu'il avait achetée, et qu'ils en étaient un accessoire nécessaire; il ajoutait qu'en consentant à respecter les ventes faites aux tiers, il n'avait pas renoncé par-là à toucher le prix de ces ventes; que son unique pensée avait été de permettre que les acquéreurs des taillis pussent lui opposer leurs titres, qui, n'ayant pas de date certaine, n'auraient pu sans cela le lier. Enfin il disait que, dans le doute, la stipulation devait s'interpréter contre le vendeur.

Je pense que ce système n'était pas fondé. Paul n'avait droit à la chose que dans l'état où elle se trouvait au moment de la vente (art. 1614), et son vendeur lui avait fait connaître, d'une manière expresse qu'une certaine quantité de taillis avait été distraite du corps de la forêt. En disant que ces ventes de taillis devaient être respectées, c'était expliquer assez clairement qu'elles devaient être respectées tant à l'égard du vendeur qu'à l'égard des acheteurs; car la vente est un contrat bilatéral, qui ne doit pas être scindé. Enfin on ne voit pas sur quoi Paul pouvait s'appuyer pour vouloir toucher le prix des taillis. Ce prix n'était pas un accessoire, une dépendance, un produit de la forêt. Il ne faisait pas partie de la chose achetée; il n'était pas un droit réel qui lui fût attaché; car la vente portait sur un objet matériel, sur une forêt, et elle ne contenait pas cession d'un droit mobilier et délégation d'un prix.

321. Dans les principes du droit romain, l'acquéreur ne profitait pas du bail qu'il trouvait établi sur la maison ou sur la ferme qu'il achetait. C'était le vendeur qui continuait à percevoir les loyers (1); mais l'acheteur n'était pas lié par le bail, et il avait le droit d'empêcher le bailliste de jouir (2). On peut s'étonner d'une telle disposition, lorsqu'on voit les lois romaines attribuer à l'acheteur les fruits naturels de la chose, le produit du louage d'un navire et d'une bête de somme. Les loyers ne sont-ils pas aussi les fruits de la chose? Cujas a expliqué ce point de droit en disant (3):

« Et ratio differentiæ inter fructus qui ex prædiis
 » rusticis proveniunt vel naturâ, sponte, vel culturâ
 » nostrâ et operâ, et pensiones prædiorum, hæc est:
 » quia ex re ipsâ, et prædiis ipsis, pensiones non sunt,
 » sed ex negotio gesto ex obligatione, ex locatione vendi-
 » toris: fructus alii prædiorum rusticorum ex re ipsâ
 » sunt, idcirco emptoris res debentur. »

Cette explication est ingénieuse. Cujas la complète en recherchant ensuite pourquoi le louage d'un navire ou d'un animal appartient à l'acheteur, et pourquoi pas le louage d'une immeuble (4). « Et varietatis ratio hæc est quia in fructu hominis sunt operæ et ob operas mercedes (5); et similiter in fructu jumentorum sunt vecturæ quæ sunt opera jumentorum; in fructu quoque navium sunt vecturæ et ob vecturam mercedes, sive naula.... At mercedes prædiorum non sunt in fructu. »

On ne saurait mieux pénétrer dans l'esprit des lois romaines, ni mieux saisir leur sens caché et leurs subtiles distinctions.

Je dois dire, cependant, que, suivant Voët et plu-

(1) Ulp., l. 13, § 11, Dig. *De act. empt.*

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 527, note e, et *Louage*, n° 288.

(3) Sur la loi 13, § 11, Dig. *De act. empt.*

(4) Sur le § 13 de la même loi.

(5) L. 3, Dig. *De operib. servor.*

sieurs auteurs qu'il cite (1), les textes dont s'appuie Cujas n'ont pas pour effet d'attribuer définitivement les loyers au vendeur; que tout leur effet est que le vendeur, comme locateur, peut, à la vérité, exiger seul les loyers, mais que l'acheteur a action contre lui pour le forcer à les verser entre ses mains (2). Ainsi, suivant ces auteurs, les loyers auraient appartenu à l'acheteur; mais ils n'auraient pu parvenir entre ses mains que par un circuit ou cession d'action.

Quoi qu'il en soit, la simplicité du Code Napoléon répugne à ces laborieux efforts du génie romain. Il a opéré une grande innovation par l'art. 1743, qui force l'acquéreur à respecter les baux ayant date certaine. Il a renversé sur ce point tout le système de l'ancienne jurisprudence (3). Il a transformé le bail en un droit réel, qui affecte la chose et qui la suit en quelques mains qu'elle passe. Si l'acheteur est lié par le bail, s'il doit en supporter la gêne, il doit aussi recueillir l'émolument qu'il procure aux propriétaires. L'acquéreur succède donc au vendeur dans les bénéfices de bail. Ces bénéfices sont de véritables fruits annuels, et, d'après notre article, le vendeur ne pourrait les retenir sans injustice.

Seulement, il faut remarquer que l'acheteur ne succède qu'aux loyers non échus, et non à ceux qui lors de la vente étaient à terme; et quand l'année est commencée lors du contrat, le canon se partage entre le vendeur et l'acheteur à proportion du temps écoulé (4).

322. Lorsque la chose est vendue sous une condition suspensive, les fruits échus *pendente conditione* n'appartiennent pas à l'acheteur, qui est encore pro-

(1) Ad Pand., *De peric. et com.*, n° 9.

(2) V. aussi Olea, *De cessione jurium*, t. 4, *miscel.*, n° 26.

(3) Pothier, *Louage*, nos 288 et suiv.

(4) Gomez, *Variat resolut.*, t. 2, cap. 2, n° 11. Favre, *Code*, hb. 4, t. 33, def. 13. Despeisses, p. 23, n° 9. Voët, *loc. cit.*

priétaire, et qui a droit de les recueillir, *ex jure soli* et comme possesseur. « Ut putà, dit Cujas (1), venditione, *percepti ante conditionem impletam*, quod est ante perfectam venditionem, non pertinent ad emptorem, sed ad venditorem. » Car c'est une règle que l'événement de la condition ne produit pas d'effet rétroactif en ce qui concerne les fruits (2). Ne serait-il pas injuste, d'ailleurs, que l'acheteur qui, avant l'événement de la condition, ne doit pas le prix de la chose, ni par conséquent les intérêts de ce prix, recueille les fruits?

On voit par-là que l'acheteur conditionnel n'a pas un droit absolu et sans exception sur la chose, telle qu'elle se trouve au moment de la vente: les fruits qui couvraient le sol dès cette époque ne lui appartiennent pas, et le vendeur peut en disposer (3).

Mais si au moment de l'événement de la condition il y a des fruits pendants, ils feront le profit de l'acquéreur; car l'échéance de la condition le rend propriétaire, et dès lors tous les fruits encore existants, quoique non semés par lui, lui appartiennent exclusivement; les fruits suivent le maître du sol et non celui de la semence (4).

323. D'après l'art. 1615, l'obligation de délivrer la chose comprend *ses accessoires et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel*.

Pour l'intelligence de ces mots, l'ancienne et la nouvelle jurisprudence, et surtout le droit romain, nous fournissent de précieuses décisions. Nous les grouperons autour des objets suivants, dont elles dé-

(1) Sur les § 10 et 11 de la loi 13, au Dig. *De aot. empt.*

(2) L. 31, § 1, Dig. *De leg. 2o*. Furgole, t. 2, ch. 7, sect. 4, nos 46, 141, 147. M. Toullier, t. 6, p. 573 et suiv.

(3) Junge MM. Toullier, *loc. cit.*; Duranton, *loc. cit.* et Durvergier, t. 1, p. 321, note. — V. cependant M. Marcadé, art. 1614, n° 2.

(4) Diocl. et Maxim., l. 22, C. *De rei vindicat.* L. 25, Dig. *De usuris*. Inst., § 2, *De off. jud.*

composent avec exactitude les parties et les accessoires.

§ 1. *Une maison.* La vente d'une maison comprend les jardins renfermés dans les murs de clôture, et qui ont leur entrée par la porte de la maison (1); les écuries qui tiennent à l'édifice, qui n'en sont pas séparées (2); les digues faites en avant du bâtiment, pour le garantir du cours de la rivière ou des vagues de la mer (3); la moitié du mur mitoyen (4); les cours et basses-cours, et greniers (5); les aisances pour dépôt de fumiers et stationnements de charrettes dans les villages; les puits (6), les réservoirs d'eau, les fontaines (7); en un mot, tout ce qui dépend de la maison, tout ce que les notaires désignent dans les actes sous ces mots : *appartenances et dépendances*. Ce qu'il faut entendre seulement, comme le dit notre article, d'accord en cela avec les lois romaines (8), de ce qui est pour le service perpétuel de la maison et non pas pour son usage temporaire.

Ainsi, les tuyaux qui servent à l'écoulement des eaux appartiennent ou non à la maison vendue, suivant qu'ils ont une destination continue ou momentanée (9); l'on reconnaîtra, en prenant pour guide l'art. 525 du Code Napoléon, quand ils sont placés à perpétuelle demeure. C'est aussi avec l'art. 525 du Code Napoléon qu'on se décidera pour les glaces d'un appartement, les tableaux et ornements, les

(1) Voët, ad Pand., *De act. empt.*, n° 5. L. 91, § 5, Dig. *De leg.* 3°.

(2) Idem. L. 4, § 1, Dig. *In quib. causis pignus*.

(3) L. 52, § 3, Dig. *De act. empt.*

(4) Voët, *loc. cit.*

(5) L. 18, *De act. empt.*

(6) L. 13, § fin. et 15, Dig. *De cont. empt.*

(7) L. 38, § 2, Dig. *De act. empt.*

(8) L. 17, § 7, Dig. *De act. empt.*

(9) Idem.

statues (1), et autres objets de ce genre, dont les lois romaines donnent une longue énumération.

Sont aussi compris dans la vente les portes ou planches qui ferment la boutique, les barrières, les fenêtres et persiennes, les serrures, les clefs (2); le couvercle du puits, les cordes, les seaux qui servent à puiser (3); l'artillerie du château, les ornements de la chapelle (4); ce qui a coutume d'être joint à la maison, quoique distrait pour un certain temps (5); les canaux par lesquels s'écoulent les eaux de la maison, encore qu'ils se prolongent hors de l'édifice (6).

Toutes les servitudes actives, les droits de prise d'eau, de passage, etc. (7).

Mais on doit en exclure : 1° les poêles qui ne sont pas scellés dans le plancher ou dans la muraille, encore bien que l'extrême feuille du tuyau soit scellée à l'orifice du mur qui reçoit la fumée; car le reste du tuyau et du poêle est mobile, et la chaux que l'on place autour de cette dernière feuille est bien moins pour fixer ce meuble à perpétuelle demeure que pour empêcher que l'acide pyroligneux ne reflue dans les appartements. C'est ce qu'a jugé la cour de Nancy par arrêt inédit du 28 avril 1828.

2° Les tuiles achetées pour couvrir le toit, et qui n'ont pas encore été mises en œuvre (8); en un mot tout ce qui était destiné à être employé à l'amélioration ou à la réparation de l'édifice, mais qui n'a pas reçu sa destination.

(1) L. 17, § 3, Dig. *De act. empt.*

(2) L. 17, Dig. *idem*.

(3) L. 14, 15, *De act. empt.* L. 40, Dig. *De cont. empt.*

(4) Pothier, Orléans, art. 355.

(5) L. 17, § 10, Dig. *De act. empt.*

(6) L. 47, 48, 49, Dig. *De cont. empt.*

(7) Si aquæductus debeatur prædio, et jus aquæ transit ad emptorem. Ulp., l. 47, Dig. *De cont. empt.* Agen, 28 mai 1831 (Dal., 33, 2, 125).

(8) L. 18, § 5, Dig. *De act. empt.*

3° Les cuves, les tonneaux, tout le mobilier de la cave, qui n'est pas scellé ou placé à perpétuelle destination (1).

On trouvera d'autres détails sur ce sujet dans l'ouvrage du cardinal Mantica, intitulé *De tacitis et ambiguis convent.* (2).

§ 2. Une maison meublée. La vente d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants (3).

Si la maison est vendue avec tout ce qui s'y trouve, tous les effets mobiliers seront compris dans l'aliénation, mais non pas l'argent comptant, les dettes actives et les droits dont les titres sont déposés dans la maison (4).

§ 3. Un fonds de terre. La vente d'un fonds de terre embrasse tout ce que le propriétaire (5) a placé dans ce fonds pour son service et son exploitation (article 525) (6) savoir :

Les animaux attachés à la culture, mais non pas les animaux de basse-cour, les volailles, les chevaux de selle (7);

Les ustensiles aratoires;

Les semences données aux colons;

(1) L. 26, Dig. *De inst. legato.*

(2) Lib. 4, t. 46, nos 5 et suiv.

(3) Art. 534 du Code Napoléon. Voyez au Dig. *De supellectile legata*, et *De inst. legat.* Despeisses, p. 24, n° 42.

(4) L. 92, Dig. *De leg. 3°*. Art. 536 du Code Napoléon.

(5) *Quid si c'était le fermier qui eût donné cette destination?* Voyez Hypothèques, t. 1, n° 405.

(6) Jugé que la réserve faite par le vendeur de biens immeubles, d'enlever les meubles qui y sont placés, ne comprend pas les objets réputés immeubles par destination, tels, par exemple, que les chevaux et instruments aratoires destinés à l'exploitation des biens vendus. Paris, 8 février 1833. (Deville. 33, 2, 420).

(7) Dans le droit romain, ils n'étaient pas immeubles par destination. L. 2, § 1, Dig. *De inst. leg.* Mais Pothier émettait le vœu qu'une loi les déclarât tels. *Communauté*, nos 43 et 44. Denizart, v° Meubles.

Les pigeons des colombiers;

Les lapins des garennes;

Les ruches à miel (1);

Les poissons des étangs, mais non pas ceux qui sont renfermés dans des réservoirs plutôt pour les conserver que pour les faire multiplier; s'ils étaient destinés à multiplier, ils feraient partie du vivier (2);

(6) Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves, tonnes;

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines;

Les pailles et engrais; ce qui ne doit s'entendre que des fumiers destinés à féconder les terres dépendantes de la ferme achetée, mais non pas des fumiers que le vendeur avait réunis pour en faire commerce (3).

Les échelas servant à la vigne, encore bien qu'au moment de la vente ils fussent retirés des terres et déposés en faisceaux dans des lieux circonvoisins; car leur destination est d'être de nouveau employés quand l'époque annuelle d'étayer la vigne sera arrivée (4); mais ceci ne doit pas s'étendre (5) aux échelas que le maître aurait achetés avec l'intention de les faire servir à l'entretien de sa vigne, et dont il n'aurait pas encore fait usage;

Les fruits pendants (6), mais non les fruits déta-

(1) Paul, l. 46, Dig. *De act. empt.* Despeisses, p. 24, n° 43. Pothier, *Communauté*, n° 43.

(2) Ulp., l. 15, Dig. *De act. empt.* Dumoulin, sur Paris, § 1, glose 8, n° 48. Despeisses, p. 24, n° 43. Brunemann, sur cette loi.

(3) Ulp. l. 17, § 2, *loc. cit.* — Ces divers objets sont réputés compris dans l'adjudication des domaines dont ils dépendent, encore que le procès verbal de saisie, le cahier des charges, et même le jugement n'en fassent nulle mention. Riom, 30 août 1820 (Deville. 23, 2, 20). — V. aussi M. Duvergier, t. 1, n° 275.

(4) L. 17, § 41, précitée. Pothier, *Communauté*, n° 38.

(5) Idem.

(6) *Suprà*, n° 319. L. 14, Dig. *De rei vindic.* Caius.

chés du sol (1), ni les bois coupés (2), ni les pierres, sable et minéral extraits des carrières (3) et mines, ni les charbons (4), ni le vin (5), et autres choses semblables (6).

En un mot, la vente embrasse généralement tous les objets quelconques, même les meubles, pourvu que le maître ait voulu les attacher à la ferme à perpétuelle demeure. (Art. 524.)

Doit-on considérer comme faisant partie d'un fonds les troupeaux de bœufs, vaches, moutons, porcs, qui y sont réunis par le propriétaire?

Pothier les considérait comme servant à l'exploitation (7), et un arrêt de la cour de Riom, du 30 août 1820 (8), a décidé qu'ils étaient virtuellement compris dans une adjudication sur une saisie immobilière.

Cet arrêt est fondé en grande partie sur ce que les troupeaux, ayant pour objet de fertiliser les terres par les engrais, tournent ainsi au profit de l'agriculture et en sont les moyens. Mais ces motifs me paraissent manquer de justesse. L'éducation des troupeaux contribue sans doute à l'amélioration des terres; mais son but direct n'est pas en premier ordre de les féconder par des fumiers et des engrais. Le soin des troupeaux forme une branche d'industrie très intéressante, ayant pour auxiliaire l'agriculture, ouvrant un débouché et des moyens de consommation à ses produits, mais ayant beaucoup plus à son

(1) Ulp., l. 17, § 1, Dig. *De act. empt.*

(2) Id., l. 17, § 2, id.

(3) Id., l. 17, § 6.

(4) Ulpian., l. 17, § 6.

(5) Id., l. 17, § 1.

(6) V. Voët, *De cont. empt.*, n° 4. *Mantica, De tacit. et ambiguis*, lib. 4, t. 16.

(7) *Communauté*, n° 43.

(8) Dalloz, v° Choses, p. 469.

service les terres d'une ferme qu'elle n'est au service de ces terres.

Je crois que la véritable raison est que le plus souvent les troupeaux sont attachés à la ferme à perpétuelle demeure. Ce qui le prouve, c'est que des logements, ordinairement fort vastes et fort dispendieux, leur sont attribués; qu'à mesure qu'une tête disparaît, elle est aussitôt remplacée par une autre; que la distribution des assolements, et le genre de culture, se règlent sur leur nombre et leur importance; enfin, qu'ils forment un produit précieux de l'immeuble dont ils sont comme un accessoire, ou plutôt une partie intégrante.

§ 4. *Un navire*. La vente d'un navire comprend tout ce qui sert à appareiller, le gouvernail, le mât, les antennes, les voiles, les ancres, *quasi membra navis esse* (1).

Mais, suivant Alfennus, la chaloupe, qui est employée pour aller du port jusqu'au navire, n'en fait pas partie, n'y ayant aucune union nécessaire entre le bâtiment et cette barque (2).

Cette solution fait à nos yeux difficulté; elle est contraire à nos usages, et Grœnewegen dit avec raison que cette loi a été abrogée par les modernes. C'est aussi l'opinion de Voët (3). L'achat du navire doit comprendre implicitement celui de la chaloupe; car le service d'un navire ne peut se passer d'une chaloupe, soit pour aller et venir dans le port, soit pour lever l'ancre, soit pour aborder quand on est en voyage. C'est un accessoire nécessaire, qui, faute d'nonciation, ne doit pas être retranché de la vente. (Arg. de l'art. 200 du Code de commerce.)

§ 5. La vente d'un fonds de commerce comprend toutes les marchandises, le comptoir, les balances, les

(1) Paul, 44, Dig. *De evictionib.*

(2) Idem.

(3) Ad Pand., *De act. empt.*, n° 8, *in fine.*

rayons sur lesquels les marchandises, sont placées (1), et même le bail de la boutique, les armoires et autres insignes servant à désigner l'établissement et à fixer l'achalandage; car l'emplacement est d'une grande importance, surtout dans le négoce en détail, et les insignes du prince qui accorde sa confiance à l'établissement contribuent à l'accréditer au loin, et à donner plus de valeur au fonds de commerce (2).

§ 6. La vente du vin en bouteilles comprend le verre qui le contient (3). Lorsqu'un marchand de vin expédie du vin à un de ses correspondants qui l'a acheté, les barriques sont comprises dans la vente. « *Minora vasa, in quæ vinum, asportationis causâ, transfundi solet, unâ cum vino vendito in emptorem in dubio transeunt.* » Ce sont les expressions de Voët (4). Néanmoins, les usages doivent être pris en considération. On doit aussi s'attacher aux circonstances de la vente. Si j'achète du vin à tant la mesure, et que mon marchand m'expédie ce vin dans des futailles, je pense que les futailles seront hors de la vente et resteront au vendeur. Ordinairement on a soin de placer dans le marché une clause qui prévienne la difficulté, et de dire si la vente est faite ou non à verres ou futailles perdus.

§ 7. Suivant Voët (5), lorsqu'on vend un cheval, la selle, la bride et autres objets qui étaient destinés

(1) L. 13, Dig. *De inst. legato*. Paul. Voët, ad Pand. *De act. empt.*, n° 7.

(2) Ainsi jugé par deux arrêts, l'un de la cour de Paris, du 19 novembre 1824 (Dal., 25, 2, 92); l'autre de la cour de Rouen, du 9 juin 1828 (Dal., 30, 2, 102). — V. encore là dessus, Paris, 29 thermidor an ix; Bordeaux, 15 mai 1829; Rouen, 14 juillet 1843; Rej., 14 janvier 1845 (Devill. 30, 2, 45; 43, 2, 519; 45, 1, 380).

(3) L. 15, Dig. *De vino vel oleo legato*.

(4) Voët, ad Pand., *De act. empt.*, n° 8.

(5) Ad Pand., *De act. empt.*, n° 10. Il cite plusieurs auteurs, Gomès, Grotius, etc.

à monter le cheval au temps de la vente et qui étaient à son usage, passent à l'acheteur si on ne les a formellement exceptés. Mais cette décision, que le judiciaire auteur hollandais appuie sur la loi 38 au Dig. *De edil. edict.*, n'est vraie, d'après ce texte lui-même, qu'autant que le cheval était revêtu de ses harnais quand il a été mis en vente. « *Jumenta... ornata, VENDI DENDI CAUSA, ita emptoribus tradentur.* »

§ 8. La vente d'un moulin ou d'une usine que l'eau met en activité comprend nécessairement la prise d'eau, ainsi que le canal de main d'homme qui reçoit et conduit l'eau sous les roues (1). C'est ce qu'enseigne Henrys. « Comme, en cette province de Forez et en plusieurs autres, un moulin ne peut être moulin sans sa prise d'eau, il s'ensuit aussi que la prise d'eau en est une partie nécessaire, intéressante et presque principale, puisque, sans elle, le moulin serait inutile; d'où il faut pareillement inférer que le béal ou canal qui conduit l'eau au moulin n'est pas seulement un simple accessoire ou dépendance, mais plutôt que c'est une portion inséparable, et qui, prise conjointement avec les bâtiments, ne fait qu'une même chose; par conséquent, que celui qui est propriétaire du moulin l'est aussi du béal ou canal qui conduit l'eau; que le sol lui appartient, et qu'il faut croire qu'avant de bâtir le moulin, il s'est assuré de la prise d'eau et du passage d'icelle (2). »

(1) Répert., v° *Bief. Ulp.*, l. 47, D. *De cont. empt.* — Juge Bordeaux, 23 janvier 1828; Pau, 28 mai 1831 (Devill. 28, 2, 104; 31, 2, 201). V. aussi M. Daviel, Cours d'eau, n° 1770. — Mais la banalité conventionnelle attachée à un moulin ne constitue pas un accessoire immobilier nécessaire à l'usage du moulin, comme serait une simple servitude réelle, mais une simple obligation personnelle. Si donc cette banalité n'a pas été mentionnée dans la vente du moulin, elle ne peut être réputée y avoir été comprise, à titre d'accessoire de l'immeuble. (Rej., 25 juillet 1843 (Sirey, 45, 1, 839).

(2) T. 2, liv. 4, q. 35

Telle est la règle; mais les circonstances de la vente peuvent la modifier. Un arrêt de la cour de Rouen du 21 février 1824 (1) offre un exemple de cette influence des faits particuliers d'une cause sur les principes généraux. Un sieur Quesnay avait acheté un moulin qui s'alimentait au moyen d'un canal de 800 pieds de longueur, traversant des herbages et près que le vendeur s'était réservés; on avait donné pour limites au moulin aliéné des haies qui rejetaient le canal en dehors de ces bornes; de plus, le vendeur avait conservé, sans réclamation de la part de l'acheteur, l'usage d'un pont au moyen duquel il communiquait de son pré à son herbage. Enfin le contrat se taisait sur le canal, sur le droit de pêche et de curage. La cour de Rouen vit dans toutes ces circonstances la preuve que le canal avait été exclu de la vente, et que l'acheteur n'avait acquis qu'un droit perpétuel au volume d'eau passant par le bief et nécessaire pour faire rouler son usine.

324. Du reste, il y a deux règles générales qui s'appliquent à presque toutes les ventes que nous venons de passer en revue, mais particulièrement aux ventes d'immeubles.

La première, c'est que le vendeur est tenu de se dessaisir des titres, des plans, et autres renseignements qui se rapportent à la chose, qui en indiquent la mouvance, en déterminent l'importance et l'étendue. Ce sont là des accessoires de l'objet vendu (2).

Il y a néanmoins des auteurs qui pensent que, la vente étant de nature à produire un recours en garantie, « le vendeur n'est pas obligé de se dessaisir

(1) Dalloz, Vente, p. 866, note 1. — *Junge* Rej., 18 juillet 1822; 1^{er} juillet 1834; Grenoble, 29 novembre 1843 (Deville, 27, 1, 145; 35, 1, 206; 44, 2, 490).

(2) Arrêt de la cour de Paris du 27 mai 1808. Journal du Palais, 1808, p. 247. Je n'ai pu trouver cet arrêt dans M. Dalloz, Scavola, l. 48 et 52, D. *De act. empt.*

» des titres qu'il peut avoir, parce que c'est la sûreté
» de cette garantie, laquelle autrement ne lui serait
» pas facile. Seulement, il peut être contraint de les
» remettre à l'acheteur, si ledit acheteur offre de le
» décharger de ladite garantie (1).

Mais, avec une pareille raison, l'acheteur resterait perpétuellement dépourvu de titres. Sous prétexte d'un recours qui peut-être n'aura jamais lieu, le vendeur serait autorisé à le priver des documents qui lui sont à chaque moment nécessaires pour régler ses rapports avec les tiers. Il vaut bien mieux que les titres soient entre les mains de l'acheteur, qui a un intérêt journalier à les consulter, sauf à lui à les tenir à la disposition du vendeur, dans le cas où il y aurait recours en garantie.

Mais remarquez que le vendeur n'est tenu de délivrer que les titres et les plans dont il est saisi, et qu'il n'est pas obligé de procurer à ses frais les copies de ceux qui sont déposés dans des archives publiques.

Notre seconde observation, c'est que le vendeur doit faire tradition de la chose avec l'augment qui y est survenu depuis la vente. Ainsi les alluvions et atterrissements survenus après le contrat sont la propriété de l'acheteur (2). Voyez cependant une exception, *infra*, n° 333 (3).

(1) Je copie ce passage dans le Supplément aux œuvres d'Henrys, t. 4, p. 550, n° 23. L'auteur ajoute que néanmoins le vendeur sera obligé d'aider l'acheteur de ses titres toutes les fois que besoin sera.

(2) Paul, l. 8, Dig. *De peric. et com.*, et l. 7, id. *Inst. De empt.*, § 4. Despeisses, p. 25, n° 14. — Jugé que l'adjudication d'un immeuble comprend la propriété de la mine qui se trouve dans cet immeuble. Rej., 14 juillet 1840 (Deville, 40, 1, 910).

(3) En ce qui concerne les actions que la vente transfère à l'acquéreur, voyez plus bas, n° 437, 497, 916, etc.

ARTICLE 1616.

Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées.

SOMMAIRE.

325. Le vendeur doit délivrer la contenance. §. Examen de la règle en ce qui concerne les meubles. Dans la vente au poids, au compte, à la mesure, la quantité doit être délivrée en entier. Quel est le lieu dont la mesure doit être suivie ?
326. Si la vente est faite en bloc, le défaut de quantité ne doit pas être jugé aussi rigoureusement. Rejet d'une opinion de M. Pardessus, qui veut que dans aucun cas l'acheteur n'ait rien à réclamer.
327. La vérification doit être faite dans un bref délai. La réception que fait l'acheteur sans réclamer élève contre lui une fin de non-recevoir.
328. §. Examen de la règle à l'égard des immeubles. Renvoi.

COMMENTAIRE.

325. L'obligation de délivrer la chose emporte comme corollaire l'obligation de la délivrer avec la contenance et les quantités portées au contrat. « Si » *in emptione*, dit Paul, *modus dictus est et non præstatur, » ex empto actio est* (1). »

Examinons cette règle dans ses rapports avec la vente des meubles et avec la vente des immeubles.

Pour ce qui est des meubles, elle doit être appliquée dans toute sa rigueur, lorsque la vente est faite au poids, au compte ou à la mesure (2); si vous me

(1) L. Dig. *De act. empt.*, *infra*, n° 350.

(2) M. Pardessus, t. 2, n° 280.

vendez un ballot de marchandises que vous me dites peser deux quintaux, si vous me vendez un tonneau de vin que vous me dites contenir cinquante litres, et que le prix soit subordonné au pesage ou au nombre de litres, j'ai droit à avoir la totalité du poids ou de la mesure. *Ex empto tecum agam* dit Ulpien, *si minus præstes* (1). Je pourrai exiger une diminution proportionnelle dans le prix (2).

On demande, à ce propos, à quelle mesure locale il faut avoir égard pour trouver la quantité exprimée.

Lorsque l'opération commerciale se fait entre des négociants résidant dans des pays soumis à des lois diverses, la mesure présumée convenue est celle du lieu où doit être faite la délivrance (3). Cette règle est fort ancienne, elle était enseignée par notre vieux Beaumanoir.

« Est à savoir, se Jehan vend à Pierre, en la ville » de Creil, dix muids de blé rendus à Clermont à » certain jour, à quelle mesure Pierre le recevra, ou » à chelle de Creil, où le marchiez fut fez, ou à chelle » de Clermont, là où il doit recevoir? Mon opinion est » qu'il le recevra à la mesure de Clermont (4). »

Masüer, ancien praticien, disait de même (5) : « *Census debent solvi ad mensuram loci ubi debentur; et » idem, si ex aliâ causâ debeatur illud quod consistit in pon- » dere vel mensurâ.* »

A la vérité, Loisel pose le principe suivant dans ses Inst. cout. (6) : « En meubles, la mesure doit s'en » faire selon le lieu où la vente se fait; en immeu- » bles, selon le lieu de leur situation; » mais Pothier explique cette pensée par les paroles suivantes :

(1) L. 6, § 4, Dig. *De act. empt.* Pothier, Pand., t. 1, p. 527, 528, n° 68.

(2) M. Pardessus, t. 2, n° 285.

(3) Junge M. Pardessus, t. 2, p. 310, n° 885.

(4) Ch. 26, p. 134, lig. 37.

(5) *De solutionibus*, n° 9 et 32.

(6) Vente, n° 19, liv. 3, t. 4.



« Les choses mobilières n'ayant aucune situation, il est évident que leur contenance doit se régler par la loi du lieu où s'est fait le marché, ou plutôt par celle du lieu où elles devront être livrées (1). »

Cela est en effet conforme à la règle : « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligavit* (2). »

326. Si la vente est faite en bloc, le défaut de la mesure énoncée ne doit pas être jugé aussi rigoureusement, et l'acheteur ne sera pas fondé à se plaindre de la tare, ni du déficit que peut occasionner la compression ou la dessiccation des marchandises (3). Mais dire, comme M. Pardessus, que dans aucun cas l'acheteur n'aura rien à réclamer, c'est ce qui n'est pas conforme à la justice. J'ai démontré ci-dessus (4), par les autorités les plus ponctuelles et les plus imposantes, que le vendeur est obligé de faire raison de ce qui se trouve en moins, ou de subir une diminution de prix.

327. La vérification de la quantité de la chose vendue doit être faite dans un bref délai (5); sans cela, on serait fondé à soupçonner que le défaut de mesure vient du fait de l'acheteur. La réception de la chose, sans réclamation de sa part, le rendrait aussi non recevable à élever des plaintes.

328. En ce qui concerne les ventes d'immeubles, il y a une distinction plus tranchée à faire entre les ventes faites à raison de tant la mesure, et les ventes faites en bloc. Cette distinction est l'objet des articles suivants et donne lieu à d'importantes modifications annoncées par notre article.

(1) Vente, n° 258. Voyez aussi Despeisses, p. 26, n° 15, *in fine*.

(2) L. 21, Dig. De oblig. et act.

(3) M. Pardessus, t. 2, n° 285.

(4) N° 92.

(5) M. Pardessus, *loc. cit.*

ARTICLE 1617.

Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat;

Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.

SOMMAIRE.

329. Cas posé par l'article 1617. Il ne s'occupe pas de tant d'arpents à prendre dans une pièce de terre à tant la mesure. Il s'occupe d'un corps certain vendu à tant la mesure. Une telle vente est elle parfaite avant le mesurage? Dissertation à cet égard. Opinions pour et contre. Conclusion que la vente est parfaite. Dissentiment avec M. Duranton, qui ne discute pas la question.
330. Le défaut de contenance n'annule pas la vente. Dissentiment avec M. Duranton.
331. Opposition apparente entre l'art. 1601 et l'art. 1617. Conciliation de ces deux dispositions.
332. Objets qui ne doivent pas être compris dans le calcul de contenance. Rejet d'un arrêt de la cour de Paris.
333. L'alluvion survenue depuis la vente doit-elle entrer dans le calcul de la contenance? Opinion équitable des jurisconsultes romains ingénieusement commentée par Cujas.
334. Qui doit payer les frais de mesurage.

COMMENTAIRE.

329. Cet article s'occupe de la vente d'un immeuble faite à tant la mesure. Pour en comprendre la portée, il faut se faire des idées justes sur le cas qu'il envisage.

« Les choses mobilières n'ayant aucune situation, il est évident que leur contenance doit se régler par la loi du lieu où s'est fait le marché, ou plutôt par celle du lieu où elles devront être livrées (1). »

Cela est en effet conforme à la règle : « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligavit* (2). »

326. Si la vente est faite en bloc, le défaut de la mesure énoncée ne doit pas être jugé aussi rigoureusement, et l'acheteur ne sera pas fondé à se plaindre de la tare, ni du déficit que peut occasionner la compression ou la dessiccation des marchandises (3). Mais dire, comme M. Pardessus, que dans aucun cas l'acheteur n'aura rien à réclamer, c'est ce qui n'est pas conforme à la justice. J'ai démontré ci-dessus (4), par les autorités les plus ponctuelles et les plus imposantes, que le vendeur est obligé de faire raison de ce qui se trouve en moins, ou de subir une diminution de prix.

327. La vérification de la quantité de la chose vendue doit être faite dans un bref délai (5); sans cela, on serait fondé à soupçonner que le défaut de mesure vient du fait de l'acheteur. La réception de la chose, sans réclamation de sa part, le rendrait aussi non recevable à élever des plaintes.

328. En ce qui concerne les ventes d'immeubles, il y a une distinction plus tranchée à faire entre les ventes faites à raison de tant la mesure, et les ventes faites en bloc. Cette distinction est l'objet des articles suivants et donne lieu à d'importantes modifications annoncées par notre article.

(1) Vente, n° 258. Voyez aussi Despeisses, p. 26, n° 15, *in fine*.

(2) L. 21, Dig. De oblig. et act.

(3) M. Pardessus, t. 2, n° 285.

(4) N° 92.

(5) M. Pardessus, *loc. cit.*

ARTICLE 1617.

Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat;

Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.

SOMMAIRE.

329. Cas posé par l'article 1617. Il ne s'occupe pas de tant d'arpents à prendre dans une pièce de terre à tant la mesure. Il s'occupe d'un corps certain vendu à tant la mesure. Une telle vente est elle parfaite avant le mesurage? Dissertation à cet égard. Opinions pour et contre. Conclusion que la vente est parfaite. Dissentiment avec M. Duranton, qui ne discute pas la question.
330. Le défaut de contenance n'annule pas la vente. Dissentiment avec M. Duranton.
331. Opposition apparente entre l'art. 1601 et l'art. 1617. Conciliation de ces deux dispositions.
332. Objets qui ne doivent pas être compris dans le calcul de contenance. Rejet d'un arrêt de la cour de Paris.
333. L'alluvion survenue depuis la vente doit-elle entrer dans le calcul de la contenance? Opinion équitable des jurisconsultes romains ingénieusement commentée par Cujas.
334. Qui doit payer les frais de mesurage.

COMMENTAIRE.

329. Cet article s'occupe de la vente d'un immeuble faite à tant la mesure. Pour en comprendre la portée, il faut se faire des idées justes sur le cas qu'il envisage.

On peut vendre un certain nombre d'arpents de terre à prendre dans tel champ, à tant la mesure. Dans cette espèce, la chose vendue est incertaine tant qu'il n'y a pas eu de mesurage. L'acheteur ne sait pas encore positivement quelles seront les parties du champ qui entreront dans son domaine. Il ne peut pas dire : ceci est à moi. De son côté, le vendeur n'a encore rien séparé de sa propriété. Il ne peut pas dire : ceci n'est plus à moi. Ainsi donc, la vente est conditionnelle, elle est régie par les principes que nous avons exposés ailleurs sur les aliénations de ce genre.

Supposons encore qu'un corps certain (un pré ou un champ) soit vendu à tant la mesure, mais sans indication de la contenance. Il est clair que la vente est imparfaite, et qu'elle n'acquerra sa perfection que lorsque le mesurage sera effectué. Si, en effet, la chose est certaine, le prix est absolument inconnu. L'acheteur ne peut pas dire : j'ai acheté cet immeuble pour telle somme; car, ignorant combien cet immeuble a d'hectares, il reste dans un vague dont il n'y a que l'arpentage qui puisse le tirer. Ainsi donc, avant le mesurage, il n'y a pas translation de propriété; et la chose périt pour le vendeur (1).

Mais ce ne sont pas des hypothèses semblables que pose notre article. Il ne suppose pas qu'on a vendu une chose consistant *in genere*, et qui ne peut être convertie *in specie* et individualisée que par une opération ultérieure. Il n'admet pas que le prix reste inconnu et que la contenance n'est pas déclarée. C'est un corps certain qui a été l'objet du contrat, un domaine, un fonds de terre, un champ, un pré, dont on a indiqué la contenance, et qui a été vendu moyennant un prix rond, en ajoutant cependant que chaque mesure sera payée tant. Par exemple, je vous vends le pré Jacquot, contenant 50 hectares, pour le

(1) *Sic*, M. Marcadé, art. 1585, n° 3, et 1616, n° 2. V. cependant M. Duvergier, t. 1, n° 284.

prix de 4,000 fr., à raison de tant par hectare de terre, de manière que le prix se distribue proportionnellement sur chaque mesure (1).

Ceci posé, voyons maintenant quelle est l'influence de cette stipulation sur le contrat.

Et d'abord la vente est-elle parfaite, ou bien est-elle conditionnelle? La perte survenue depuis le contrat, mais avant le mesurage, sera-t-elle pour le vendeur ou pour l'acquéreur? Ces questions sont importantes; elles présentent des difficultés.

Si l'on pouvait invoquer, pour les résoudre, l'art. 1585 du Code Napoléon, la solution n'aurait rien d'embarrassant. Mais ne peut-on pas dire que l'art. 1585 n'est fait que pour les choses mobilières qui se pèsent, se comptent et se mesurent? En effet, lorsqu'il fut discuté par le conseil d'Etat, on reconnut unanimement qu'il ne devait pas être étendu aux immeubles.

« M. JOLLIVET observe que le principe de cet article, » posé d'une manière aussi générale, serait *peut-être* » étendu aux immeubles, quoique ce fût une fausse application.

« Le consul CAMBACÉRÈS répond qu'il ne peut pas » y avoir de surprise, parce que l'article explique » clairement que ces dispositions ne concernent que » les ventes de marchandises (2). »

Ainsi, suivant la pensée du conseil d'Etat, le principe écrit dans l'art. 1585, que la chose vendue n'est pas aux risques de l'acheteur tant qu'il n'y a pas eu mesurage, ne concerne pas les ventes d'immeubles.

Néanmoins, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'il y a de l'exagération dans cet aperçu. Quand j'achète tant d'arpents à prendre dans un champ, moyennant tant par arpent, c'est une vente immobilière à la mesure, et certainement la chose n'est pas

(1) M. Portalis, Exposé des motifs (Fenet, t. 14, p. 121).

(2) Fenet, t. 14, p. 20.

aux risques de l'acheteur; la perte retombe sur le vendeur, tout aussi bien que dans la vente des marchandises vendues au compte, au poids, à la mesure. Si M. Jollivet lui-même eût été consulté sur une vente ainsi formée, il n'eût pas donné une autre solution.

Mais quand la vente est d'un corps certain, comme un domaine, un pré, et qu'il y a condition de mesurage, l'opinion manifestée au conseil d'Etat peut se soutenir par d'imposantes autorités.

Ecoutez le langage d'Ulpien dans la loi 10, § 1, D. *De peric. et com.* « In libro 7 Digestorum Juliani Scævola notat : Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove casu pars fundi interierit. »

Et Pothier, en rapportant cette loi dans ses Pandectes (1), l'accompagne de cette réflexion qui rentre tout-à-fait dans les systèmes du conseil d'Etat :

« Rerum quæ purè venierint, periculum spectat emptorem, statim atque venierint, quamvis sub lege metiendi venditio facta sit, quùm ea res est quæ per se certam finitionem habet, nec ex his sit quæ, naturâ suâ, mensurâ constant. »

On voit que toutes les fois qu'un immeuble se présente dans une vente comme corps certain, ayant des limites indépendantes du mesurage, Pothier considère la vente comme pure et simple, bien qu'on y ait expressément stipulé l'obligation de mesurer la contenance.

Il faut convenir cependant que cette opinion trouvait de nombreux contradicteurs.

A leur tête se place Bartole (2), qui veut que le texte d'Ulpien que j'ai cité soit entendu en ce sens que la perte retombe sur le vendeur; d'après lui, la

(1) T. 1, p. 510, n° 7.

(2) Sur la loi 10, § 1, Dig. *De peric. et com.*

vente dont parle la loi en question doit être assimilée à la vente d'une chose fongible faite avec la même condition, et le jurisconsulte romain ne refuse à l'acheteur l'action *ex empto* que parce qu'il n'y avait pas de vente parfaite avant le mesurage.

« Nota quòd, sicut in rebus mobilibus non dicitur perfecta venditio antequàm mensuretur, ità in rebus immobilibus. »

Et Godefroy est du même avis (1) : « Ut in rebus mobilibus, ità in immobilibus non dicitur perfecta venditio antequàm mensuretur... Ante mensuram, de quâ faciendâ convenit, non est fundi venditio. »

Il est vrai qu'en fondant cette doctrine sur la loi 10, § 1, Dig. *De peric. et com.*, Bartole était, en général, accusé d'en avoir méconnu l'espèce. Connanus appelait son interprétation une hallucination (2), et presque tous les docteurs s'accordaient à dire qu'Ulpien, en refusant une action à l'acheteur, avait voulu exprimer que la perte retombait sur lui. Mais, pénétrés qu'ils étaient de l'idée de Bartole, que lorsque la vente est faite à la mesure, le péril ne concerne pas l'acheteur, ils expliquaient la décision d'Ulpien en soutenant que le texte dont il s'agit ne parle pas d'une vente conditionnelle faite *ad mensuram*, mais d'une vente pure dans laquelle la mesure n'est indiquée que comme charge de la vente (3). Voici, en effet, comment s'exprime Brunemann : « Legem hanc de re ad mensuram venditâ immobili intelligit Bartolus, et alii ipsum secuti; sed meliùs cum Fulgoso intelligit Covarruvias de eo casu, quando venditur ager purè, sed adseveravit esse in eo 100 jugera, et ità de mensurâ sub modo, non conditionaliter intelligenda lex (4). » Et ailleurs, Brunemann s'ap-

(1) Sur la même loi.

(2) T. 2, p. 131, col. 2, n° 4, *in fine*.

(3) On peut voir un exemple d'une vente de cette nature avec charge dans la loi 40, D. *De cont. empt.*

(4) Sur la loi 10, § 1, D. *De peric. et com.*

puie sur le témoignage de Lauterbach pour décider que, sous le rapport du péril de la chose, les ventes d'immeubles à tant la mesure sont égales aux ventes de choses mobilières *quæ numero, pondere, mensuræ constant* (1).

Et quand j'énonce que les docteurs entendaient que la vente d'un immeuble faite *ad mensuram* est conditionnelle et que la perte retombe sur le vendeur, je ne dois pas omettre de citer parmi eux le président Favre, dont l'opinion est toujours si grave (2) :

« In venditione certi corporis, cum modi an mensuræ adjectione, si quærat quid in venditionem veniat aut quandò perfecta venditio videatur, placet senatui ea distinctio, quæ et summâ nittitur juris ratione, an venditio à corpore cœperit, an a modo vel mensurâ. Nam posteriore casu, non priùs perfecta venditio videtur quàm modus probatus sit aut mensura. Ideòque periculum rei venditæ interim ad venditorem pertinebit, si non facta sit mora per emptorem. Nec plus minùsve venditum intelligetur, quàm quod in modo erit vel mensurâ, licet confines plus minùsve largiantur. Videtur enim hæc venditio facta sub conditione quæ per modi et mensuræ probationem impletur. »

Et qu'on ne dise pas que ces autorités ne s'appliquent pas au cas spécial prévu par notre article. Car Brunemann, dans sa dissertation sur les ventes *ad mensuram* ou *ad corpus*, qui forme le commentaire de la loi dernière au D. *De peric. et commod. rei vend.*, a pris soin de le discuter expressément.

« Si dicatur (3), *vendo tibi agrum 10 iugerum; pro singulis iugeribus dabis 10 flor., facit summa totius agri 100 floren.; non potest dici hanc venditionem esse ad corpus... et distributio pretii pro*

(1) Sur la loi 5, D. même titre.

(2) Code, lib. 4, t. 28, def. 3.

(3) N° 21.

qualibet mensurâ facit venditionem ad mensuram (1). »

Et il décide expressément que dans ce cas le péril retombe sur le vendeur (2).

Puis il pose l'hypothèse suivante (3), qui est à peu près la même, en termes différents :

« Sed dicet aliquis, nonne esse ad corpus venditio, quandò *vendo agrum totum, per agrimensorem mensurandum, ità tamen ut pro singulis iugeribus 10 flor. pretium sit?* »

« Nam venditionem ad corpus esse, non ad mensuram voluerunt Baldus (4), Castrensis (5) et Mantica (6). »

« Verùm communiùs et veriùs ab hâc sententiâ disceditur, et hanc sententiam meritò sequimur... Sed doctores illi qui venditionem hanc ad corpus vocant, illud tantùm innuere voluerunt, totum fundum, quantuscumque est, esse venditum... Sed quandò de periculo sermo est, qui præcipuus est effectus hujus disputationis, malè eo usquè processerunt Baldus et Castrensis. Sed dicimus *periculum in hoc casu esse venditoris, ut in aliis venditionibus ad mensuram.* »

Enfin Brunemann explique en quel sens il entend que le péril retombe sur le vendeur (7) : « Sed quod de periculo suprâ dictum, id de periculo interitûs, non verò deteriorationis, est intelligendum. Hoc enim, eveniente conditione, v. g., hic, mensuratione, est emptoris (8). »

(1) Il cite Molina, Salicet, Covarruvias, etc.

(2) N° 24.

(3) N° 27.

(4) Sur la loi *Sicut pericul. C. De act. empt.*, n° 1.

(5) Id., n° 4.

(6) Id., n° 7.

(7) N° 58 et 59.

(8) L. 8, D. *De peric. et com. rei vend.* C'est le principe général en matière de vente conditionnelle.

Entre cette doctrine et celle de Pothier, venait se placer celle de Cujas, qui voulait qu'on ne fit aucune différence entre les ventes de meubles et les ventes d'immeubles à la mesure, mais qui, sur le fondement de la loi 10, § 1, D. *De peric. et com.*, décidait que dans les unes et les autres le péril de la force majeure devait retomber sur l'acheteur. Car, disait-il, ces sortes de ventes ne sont que quasi imparfaites; il y a entre elles et les ventes tout-à-fait imparfaites cette différence que dans celles-ci le péril retombe sur le vendeur. « Et etiam in fundo, ut si fundus vānerit, non aversione, sed in singula jugera, constituto pretio; nam antequam fiat mensura fundi, periculum pertinet ad venditorem, nisi casu majore interierit... igitur multum interest an imperfecta sit venditio, vel quasi imperfecta. Est quasi imperfecta, quando vinum vānerit ad mensuram et nondum sit ad mensuram... Si venditio sit penitus imperfecta, et res perierit casu majore, periculum est venditoris, et pretium ei non debetur. Si sit quasi imperfecta, et res casu majore perierit, periculum est emptoris, et ab eo pretium peti potest (1). »

Voilà quel est l'état des opinions dans l'ancienne jurisprudence. MM. Cambacérès et Jollivet l'ont certainement ignoré, lorsqu'ils ont affirmé d'un ton si tranchant que le principe de l'art. 1585 ne doit pas s'appliquer aux ventes d'immeubles.

Maintenant, pour mettre d'accord et Pothier et Brunemann et Cujas, que j'ai cités, il serait difficile de prendre son point d'appui dans la loi 10, § 1, D. *De peric. et com.* Car, séparée par le ciseau de Tribonien de ce qui la précédait et la suivait dans le texte d'Ulpien, on ne sait si elle a été faite pour le cas d'une vente *ad corpus* ou d'une vente *ad mensuram*. Mais j'avoue que, de toutes les opinions que j'ai rappelées, la moins vraisemblable me paraît être celle de Cujas,

(1) Récit solenn. sur le Code *De peric. et com.*

dont la distinction entre les ventes imparfaite et quasi imparfaite est peu satisfaisante pour la raison.

Voyons quel parti l'on doit prendre sous le Code Napoléon (1).

Dans la vente dont nous parlons, la condition de mesurage n'a pas pour objet de faire savoir ce qui a été vendu. Car la chose forme un corps certain contenu dans des limites déterminées, et dont toutes les parties sans exception sont comprises dans le marché. Sans le mesurage, on sait à n'en pas douter en quoi consiste l'objet vendu.

En est-il de même du prix ?

Sans doute, le prix n'est pas invariable. Le mesurage peut faire modifier en moins ou en plus les énonciations portées dans le contrat. Mais on ne peut pas dire que la condition de mesurage suspende le prix, ou le rende complètement incertain. Provisoirement, il y a un prix indiqué par le vendeur et calculé sur le nombre d'arpents déclarés. Ce prix n'est pas une énonciation sans valeur. Il forme l'une des bases du contrat; il est considéré comme tellement important, que l'art. 1618 autorise l'acheteur à y voir un *maximum* qu'il n'est pas forcé de dépasser. Ce n'est pas comme quand on s'en rapporte à des experts pour déterminer le prix. Alors, il y a incertitude complète tant que les experts ne se sont pas expliqués, et l'acheteur, qui est censé avoir voulu courir une chance, est obligé de payer le prix déclaré par eux, quelque fort qu'il soit. Dans notre espèce, au contraire, l'acheteur a traité sur une base sérieuse. C'est par elle qu'il a mesuré ses facultés et qu'il s'est dé-

(1) M. Duranton (t. 16, n° 226) dit que dans le cas de l'article 1617 la vente est en quelque sorte conditionnelle; qu'en conséquence, si le fonds vient à être enlevé en tout ou en partie avant le mesurage, la perte est pour le vendeur. Mais il ne discute pas la question; elle est cependant digne d'un examen sérieux.

terminé à l'achat. La condition de mesurage n'a été prescrite que comme moyen de contrôle, comme vérification des dires du vendeur. Mais, en attendant, il y a un prix : seulement, il pourra par l'évènement être augmenté ou diminué.

C'est ce que reconnaît l'art. 1617 quand il dit : *L'acquéreur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.* Le prix existe donc : il n'est pas dans les futurs contingents. Il a une certitude provisoire.

Il suit de là que la vente n'est pas grevée d'une condition suspensive. Il n'y a rien qui soit en suspens, rien qui arrête ou retarde le concours des trois éléments, *res, pretium, consensus*, dont la vente se compose. Le mesurage n'est qu'une faculté prescriptible par le délai d'un an (1), faculté introduite pour rectifier des erreurs de calcul qui ne doivent pas faire compte. Mais du reste, quand même il ne serait pas fait, il n'empêcherait pas l'acheteur d'entrer en possession, et un premier mesurage ne serait pas un obstacle à un second, de telle sorte que si l'acheteur reconnaissait qu'il a été trompé par la première opération, il pourrait réclamer, tant que l'année de grâce ne serait pas écoulée (2). Ce qui prouve bien que ce n'est pas le fait de l'arpentage qui rend la vente définitive et la purifie de la charge qui lui a été imposée.

Il est si vrai que, dans l'hypothèse que je discute, la vente est parfaite, mais que seulement elle est sujette à modification (comme dans un compte où il y aurait des erreurs), que l'art. 1622 ouvre à l'acheteur une action EN RÉSILIATION à partir du contrat, s'il doit payer un excédant de prix plus fort que le vingtième du prix convenu. Or, une action en résiliation suppose un contrat parfait, et non pas un contrat suspendu par une condition. La clause de mesurage est si peu suspensive, que, si elle ne s'exécute pas, le

(1) Art. 1622.

(2) L. 40, D. *De cont. empt.*

contrat ne continue pas moins à subsister, et que même il devient pur et simple au bout d'un an (1). Or, tout le monde connaît la définition de la condition suspensive donnée par Cujas : *Conditio est causa appositae legato, quâ existente, legatum debetur, DEFICIENTE PERIMITUR, suspensâ suspenditur.* Eh bien ! avant le mesurage, le corps certain est dû à l'acheteur ! Avant le mesurage rien ne l'empêche de se mettre en possession ! Malgré le défaut de mesurage, la vente n'en atteint pas moins sa perfection !

Je pense donc que la vente à la mesure, prévue par notre article, est accompagnée de circonstances telles qu'on doit l'assimiler à l'espèce posée dans la loi 40, D. *De cont. empt.* : « Qui fundum vendebat ita in lege dixerat, ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, et de modo renuntiaret, et si ante diem non renuntiaret, et venditoris fides soluta esset. »

Au lieu de trente jours, c'est un an que donne l'art. 1622 ; mais, à mon sens, il n'y a pas d'autre différence.

On voit que ces considérations nous rapprochent de l'opinion de Pothier et de la doctrine soutenue au conseil d'État.

Nous les confirmerons par quelques réflexions sur les risques de la chose avant le mesurage.

J'achète une forêt, à tant l'hectare, pour le prix de 25,000 fr. Un incendie dévore les futaies ; des dévastations ruinent les taillis avant que le mesurage soit fait. Est-ce que je pourrai me désister de la vente à cause de ces détériorations, ou exiger que le vendeur en supporte le dommage par une diminution du prix ? Non, sans doute ! J'ai droit, à la vérité, de me plaindre du défaut de contenance, mais non pas de ce que la contenance qui m'est délivrée a perdu de sa valeur depuis le marché (2).

(1) Art. 1622.

(2) Au surplus, on arrive également à ce résultat, lors même

J'achète une métairie, à tant la mesure, moyennant 60,000 fr. Mais, avant que l'arpentage ait constaté la contenance déclarée, la rivière s'ouvre un passage entre les limites, partage la métairie en deux, emporte la maison de ferme, et se substitue à des terrains fertiles sur lesquels j'avais compté. Quelque fâcheuse que cette perte soit pour moi, je n'aurai pas le droit de me plaindre; *res perit domino*. La place que les champs occupaient devra être comptée dans le calcul des contenance.

Mais arrêtons-nous à un autre cas plus difficile en apparence.

La rivière emporte les limites et engloutit une partie des terres qui la bordaient. Serai-je responsable de la force majeure qui a fait disparaître les parties de l'immeuble indiquant le bornage? J'ai acheté à tant la mesure; je ne dois payer que ce que le mesurage permet de constater d'une manière sûre.

Malgré ces raisons, il faut encore décider que la perte doit retomber sur l'acheteur. Nous avons dit, en effet, qu'il pouvait se mettre en possession avant le mesurage. Eh bien! supposons qu'il ait joui de la pièce de terre ou de pré qui bordait la rivière. Pourrait-il, après qu'il en aura fait la récolte, soutenir que c'est le vendeur qui est responsable de la perte essuyée? La raison se refuse à cette conséquence.

Il en est de même alors que l'acheteur n'aurait pas pris possession avant le mesurage. La stipulation de mesurage a pour objet d'empêcher que les parties ne soient respectivement dupes d'une erreur de calcul. Elle leur ouvre une voie pour la faire corriger; mais

que l'on tient pareille vente pour conditionnelle, et qu'on la considère du point de vue des principes qui ont précédé l'art. 1482 du Code Napoléon (v. *supra*, p. 424, le passage de Brunemann). Mais, pour que mon argumentation soit plus complète, je pars des hypothèses non contestées par les anciens auteurs qui ont approfondi la question, pour arriver progressivement à celles qui font difficulté.

ce serait exagérer sa portée que d'en faire pour l'acheteur un moyen de se garantir de la force majeure. Dans l'intention des contractants, il est impossible qu'elle aille jusque-là. Voici donc quelle sera la position des parties. L'opération de l'arpentage constatant un déficit, l'acheteur demandera une diminution de prix; mais le vendeur aura la faculté de prouver que ce déficit provient d'un événement postérieur à la vente et dont il n'est pas responsable; et s'il a les moyens d'établir les anciennes limites, l'acheteur devra payer le prix de tout ce qu'elles contenaient. *Res perit domino*. Ce résultat sera juste; car le mesurage relève d'une erreur, d'une fausse énonciation, et non pas de la force majeure.

Enfin, arrivons à une dernière supposition, et admettons qu'avant le mesurage l'immeuble ait péri en entier. Au premier coup d'œil, il semble que l'acheteur puisse dire: J'ai acheté à condition que je pourrai mesurer; la perte de la chose me met dans l'impossibilité de faire cette opération, qui seule peut constater ce que je dois payer. Je suis donc entièrement dégagé.

Il faut néanmoins répondre que l'acheteur doit le prix.

D'abord, nous retrouvons ici la raison que tout à l'heure nous faisons valoir, c'est-à-dire que la clause de mesurage n'a trait qu'aux erreurs de contenance, et non pas aux événements de force majeure qui, depuis la vente, ont changé l'état des lieux. Le vendeur a abdiqué en faveur de l'acheteur un immeuble ayant une contenance certaine; ce n'est pas un être problématique qui a fait l'objet du contrat. Ce domaine a été transmis à l'acheteur par un acte qui n'était suspendu par aucune condition. Il n'est donc pas juste qu'un fait postérieur et imprévu le prive du prix sur lequel il a dû compter.

Vainement l'acheteur se plaint-il de ce qu'il ne peut faire le mesurage, et qu'il est exposé à payer

plus que la véritable contenance ne l'exigeait, puisqu'il serait possible que, de fait, le domaine vendu ait eu moins d'étendue que celle qui a été déclarée. On lui répond que s'il est exposé à payer plus, le vendeur peut craindre, de son côté, d'avoir fixé un prix inférieur à la véritable contenance; car il a l'action *quanti majoris*, de même que l'acheteur a l'action *quanti minoris*. Ainsi, il y a égalité de craintes. Une chance compense l'autre, et l'équité ne saurait rien changer à la règle *Res perit domino*.

Enfin, ce qui achève de confirmer cette argumentation, c'est que le Code n'ouvre à l'acheteur qu'une action en diminution de prix ou en résolution, si la contenance est trop forte. Mais il ne lui accorde aucun droit pour l'exempter de payer le prix en totalité.

Telles sont les raisons qui me déterminent à préférer l'opinion de Pothier et celle qui a été soulevée au conseil d'État (1). J'avoue néanmoins que cette question n'est pas exempte d'embarras, et je désirerais que les jurisconsultes l'examinassent à fond, pour suppléer à ce qui manque à mon travail.

330. Le déficit dans la contenance d'un immeuble acheté avec indication du nombre d'hectares n'est pas un motif de faire annuler la vente. « Si in quantitate, » dit Voët, *erratum fuerit, valet quidem venditio, nec » ullo in casu ipso jure nulla est...; nam si, verbi gratia fundus ad quantitatem distractus sit... minuetur dum esset pro ratâ pretium, prout angustior inventus fuerit agri modus, quàm contractu expressum est (2).* »

La comparaison de l'art. 1617 avec l'art. 1618 fournit une preuve à l'appui de cette vérité. Car le législateur, en donnant à l'acheteur l'action en résiliation pour le cas prévu par l'art. 1618, la lui refuse impli-

(1) Sic MM. Duvergier, t. 1, n° 287, et Marcadé, art. 1617, n° 2, et 1618, n° 3.

(2) Ad Pand., *De cont. empt.*, l. 7.

citement pour le cas de l'art. 1617. Cette idée se trouve aussi exprimée dans le rapport de M. Grenier, organe du Tribunal. « On remarque une différence » entre la circonstance de l'excédant de contenance » et celle du déficit. C'est que pour la première l'acquéreur peut se désister du contrat, au lieu qu'à l'égard de la seconde cette faculté ne lui est pas accordée. La raison en est que, lorsqu'il y a une moindre contenance, l'acquéreur est toujours présumé avoir voulu l'acheter, et il est incontestable qu'il en a les moyens, puisqu'il avait voulu en acquérir une plus grande (1). »

Je ne saurais donc partager l'opinion de M. Duranton, qui pense que l'acheteur peut demander la résolution pour défaut de contenance (2).

Opposera-t-on (comme je l'ai vu faire quelquefois) l'art. 1636 du Code Napoléon, pour soutenir que l'acheteur doit être admis à prouver qu'il n'aurait pas acheté s'il eût su que la contenance était moindre? Mais l'argument serait fautif. On trouvera au numéro suivant des raisons qui s'appliquent parfaitement ici, et expliquent le vice radical de cette analogie imaginaire.

La vente subsistera donc.

Mais l'acheteur pourra forcer le vendeur à lui délivrer la quantité indiquée au contrat; et si la chose ne lui est pas possible, le vendeur devra subir une diminution proportionnelle du prix (3).

L'acquéreur pourra aussi opter pour une diminution de prix.

331. J'ai dit que la vente subsistera. Mais cette

(1) Fenet, t. 14, p. 196.

(2) T. 16, n° 223.

(3) Le vendeur est évidemment autorisé par notre article à se procurer ce qui manque. Il pourra, à cet effet, détacher une portion de terre d'un fonds voisin qui lui appartient, ou l'acquérir d'un propriétaire limitrophe.

combinaison de la loi ne paraît-elle pas en contradiction avec l'art 1602 du Code Napoléon, qui porte que si, au moment de la vente, une partie de la chose est périe, il est au choix de l'acheteur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer un prix inférieur par ventilation? Quelle différence y a-t-il pour l'acheteur entre le cas où la chose est diminuée par force majeure, et celui où elle offre un déficit par suite d'une erreur? N'est-ce pas toujours, pour une cause ou pour une autre, aboutir à un défaut de délivrance? N'est-il pas évident que la perte d'une portion de la chose aura toujours pour résultat d'amener la délivrance d'une moindre contenance? Pourquoi donc, dans l'art. 1602, la vente est-elle soumise à une condition testamentaire résolutoire de la part de l'acheteur? Pourquoi, au contraire, dans le cas de l'art. 1617, l'acheteur est-il lié par une obligation indissoluble?

Cette antinomie n'est qu'apparente, et il n'est pas difficile de donner une conciliation. Dans le cas de l'art 1602, la vente porte sur une chose certaine promise à l'acheteur; il a droit à l'avoir matériellement telle qu'elle lui a été cédée, sinon à rompre un marché qui ne remplit pas son attente. Il en est autrement dans l'espèce de l'art. 1617. L'acheteur a vu la chose; telle il l'a examinée, telle on la lui livre; aucune portion matérielle n'en est retranchée; elle subsiste dans l'état où elle était lors du contrat. Seulement, il y a mécompte dans l'opinion qu'on avait de sa contenance. Mais cette opinion n'est pas entrée dans les motifs déterminants du contrat, puisque l'acheteur n'a voulu traiter qu'à raison de tant la mesure. Il n'y a donc pas de motif pour concéder à l'acheteur la faculté de discéder de la vente (1).

(1) Le principe que j'expose dans ce numéro et le précédent a été combattu par M. Duvergier dans son traité de la Vente, t. 1, n° 286. Mais j'y reviens dans mon Commentaire du Louage,

332. Dans la mesure de la contenance il ne faut pas comprendre les chemins publics et les rivières qui traversent ou bordent le fonds vendu, ni les bords de la mer qui viennent le joindre; car toutes ces choses, faisant partie du domaine public, sont évidemment placées en dehors des stipulations des parties (1), à moins de convention contraire (2).

Il en serait autrement d'un canal ou d'un cours d'eau qui formerait un accessoire du fonds vendu; d'un sentier d'exploitation ouvert pour le parcourir; d'un mur ou d'un fossé mitoyen ou non mitoyen, qui servirait de clôture (3).

333. *Quid* des alluvions survenues depuis la vente?

Puisque la vente est parfaite, il semble que l'alluvion doit profiter à l'acheteur, et qu'elle n'entre pas dans le mesurage (4). En principe rigoureux, on ne saurait le contester. Mais un sentiment d'équité avait fait penser aux jurisconsultes romains qu'il fallait tourner en quelque sorte et adoucir la sévérité de la logique (5). L'alluvion est un bénéfice de la nature (6); c'est un don du fleuve (7). Or, si le vendeur

n° 654 où je maintiens l'opinion ci-dessus exprimée. — V. cependant, outre M. Duvergier, MM. Delvincourt, t. 3, note; Duranton, t. 16, n° 223; Championnière et Rigaud, t. 4, n° 400; Marcadé, sur l'art. 1618, n° 2.

(1) Paul, l. 51, Dig. *De cont. empt.*, et l. 7, § 1, *De peric. et com.* Pothier, Vente, n° 252.

(2) La loi 7, § 1, précitée, permet la convention par laquelle on convient qu'un chemin public sera compris dans le mesurage. La cour de Paris a jugé cependant le contraire par arrêt du 19 mai 1810 (Daloz, Vente, p. 867, 868). Une pareille décision ne se conçoit pas (art. 1134 du Code Napoléon).

(3) Pothier, Vente, n° 253.

(4) *Suprà*, n° 323.

(5) Ulp., liv. 13, § 14, Dig. *De act. empt.*

(6) J'emprunte l'élégant et toujours ingénieux commentaire de Cujas (Récit. solenn. sur cette loi)

(7) Cujas cite ce vers de Lucain :

His rura colonis

Accedunt, DONANTE Pado.

est de bonne foi, s'il s'est trompé dans la contenance de son immeuble, ne vaut-il pas mieux que cet accroissement fortuit lui soit compté, à lui qui est menacé d'une diminution de prix, à lui qui *certat de damno vitando*, qu'à l'acheteur qui *certat de lucro captando*? N'est-il pas juste que ce bénéfice inespéré soit pour lui un moyen de conserver intact le prix stipulé? Ainsi donc, dans le cas de bonne foi du vendeur, on dérogera au principe général, afin que le prix ne soit pas diminué; *ne quid ei ex pretio depereat* (1). Mais s'il est de mauvaise foi, l'acheteur profitera de l'alluvion; car, comme le dit Ulpien dans la loi dont j'expose la pensée, *dolo fecit, nec dolus purgatur*. Le dol ne doit profiter à personne, et rien ne peut en relever.

Cette distinction me paraît trop favorable pour n'être pas admise dans notre droit français, toujours fidèle à l'équité.

334. Les frais d'arpentage sont à la charge du vendeur; ce sont des frais de délivrance; ainsi le décide Basset (2) et Bourjon (3).

ARTICLE 1618.

Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

(1) Expressions de Cujas. MM. Garnier, rég. des eaux, t. 4, n° 247, Fournel, v° alluvion et Dubreuil, législation des eaux, n° 66, disent d'une manière générale que l'alluvion n'est pas un obstacle à la demande de l'acquéreur pour défaut de contenance.

(2) T. 2, l. 4, t. 16, ch. 6.

(3) T. 4, p. 482, n° 50. *Suprà*, n° 288, et *infra*, n° 345.

SOMMAIRE.

335. Du cas où il y a excès de contenance dans une vente à la mesure.
336. L'acheteur a droit de faire résilier la vente s'il y a excédant d'un vingtième. Raison de cela.
337. L'acheteur peut renoncer au bénéfice de l'art. 1618.

COMMENTAIRE.

335. Nous venons de voir les dispositions de la loi, lorsqu'il y a déficit. L'art. 1618 s'occupe du cas où il y a excès sur la contenance promise.

Comme la vente est à la mesure, il est évident que l'acheteur doit payer ce qu'il y a en sus (1); voilà la règle.

336. Mais il est possible que l'acheteur ne se soit décidé à traiter que parce que la quantité promise, appréciée suivant les bases du contrat, portait le prix à un taux en rapport avec ses facultés. Eh bien! voilà qu'un excédant imprévu de contenance élève le prix au-delà de ses calculs et peut-être de ses moyens pécuniaires! Dans ces circonstances, l'équité voulait que l'acheteur pût renoncer à une vente qui lui imposait des engagements inexécutables; notre article lui en donne donc la faculté (2).

(1) Pothier, Vente, n° 256. — V. aussi MM. Delvincourt, t. 3, note; Zachariae, t. 2, p. 510; Davergier, t. 4, p. 235; — V. encore Dijon, 27 mars 1851 (J. Pal. 1853, t. 2, p. 27). — V. cependant M. Marcadé, art. 1618, n° 1.

(2) Suivant Voët, Grotius, Pinellus et autres, l'acheteur avait l'option de payer le supplément de prix ou de laisser au vendeur l'excédant de contenance (Voët, ad Pand., *De cont. empt.*, n° 7). Aujourd'hui, l'acheteur ne pourrait exiger un retranchement; car la chose vendue EN ENTIER ne saurait être fractionnée contre le gré du vendeur. L'acheteur n'a que l'option de payer ou de se désister.

est de bonne foi, s'il s'est trompé dans la contenance de son immeuble, ne vaut-il pas mieux que cet accroissement fortuit lui soit compté, à lui qui est menacé d'une diminution de prix, à lui qui *certat de damno vitando*, qu'à l'acheteur qui *certat de lucro captando*? N'est-il pas juste que ce bénéfice inespéré soit pour lui un moyen de conserver intact le prix stipulé? Ainsi donc, dans le cas de bonne foi du vendeur, on dérogera au principe général, afin que le prix ne soit pas diminué; *ne quid ei ex pretio depereat* (1). Mais s'il est de mauvaise foi, l'acheteur profitera de l'alluvion; car, comme le dit Ulpien dans la loi dont j'expose la pensée, *dolo fecit, nec dolus purgatur*. Le dol ne doit profiter à personne, et rien ne peut en relever.

Cette distinction me paraît trop favorable pour n'être pas admise dans notre droit français, toujours fidèle à l'équité.

334. Les frais d'arpentage sont à la charge du vendeur; ce sont des frais de délivrance; ainsi le décide Basset (2) et Bourjon (3).

ARTICLE 1618.

Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

(1) Expressions de Cujas. MM. Garnier, rég. des eaux, t. 4, n° 247, Fournel, v° alluvion et Dubreuil, législation des eaux, n° 66, disent d'une manière générale que l'alluvion n'est pas un obstacle à la demande de l'acquéreur pour défaut de contenance.

(2) T. 2, l. 4, t. 16, ch. 6.

(3) T. 4, p. 482, n° 50. *Suprà*, n° 288, et *infra*, n° 345.

SOMMAIRE.

335. Du cas où il y a excès de contenance dans une vente à la mesure.
336. L'acheteur a droit de faire résilier la vente s'il y a excédant d'un vingtième. Raison de cela.
337. L'acheteur peut renoncer au bénéfice de l'art. 1618.

COMMENTAIRE.

335. Nous venons de voir les dispositions de la loi, lorsqu'il y a déficit. L'art. 1618 s'occupe du cas où il y a excès sur la contenance promise.

Comme la vente est à la mesure, il est évident que l'acheteur doit payer ce qu'il y a en sus (1); voilà la règle.

336. Mais il est possible que l'acheteur ne se soit décidé à traiter que parce que la quantité promise, appréciée suivant les bases du contrat, portait le prix à un taux en rapport avec ses facultés. Eh bien! voilà qu'un excédant imprévu de contenance élève le prix au-delà de ses calculs et peut-être de ses moyens pécuniaires! Dans ces circonstances, l'équité voulait que l'acheteur pût renoncer à une vente qui lui imposait des engagements inexécutables; notre article lui en donne donc la faculté (2).

(1) Pothier, Vente, n° 256. — V. aussi MM. Delvincourt, t. 3, note; Zachariae, t. 2, p. 510; Davergier, t. 4, p. 235; — V. encore Dijon, 27 mars 1851 (J. Pal. 1853, t. 2, p. 27). — V. cependant M. Marcadé, art. 1618, n° 1.

(2) Suivant Voët, Grotius, Pinellus et autres, l'acheteur avait l'option de payer le supplément de prix ou de laisser au vendeur l'excédant de contenance (Voët, ad Pand., *De cont. empt.*, n° 7). Aujourd'hui, l'acheteur ne pourrait exiger un retranchement; car la chose vendue EN ENTIER ne saurait être fractionnée contre le gré du vendeur. L'acheteur n'a que l'option de payer ou de se désister.

Mais afin que des différences presque insignifiantes ne servissent pas de prétexte à un acquéreur animé d'un esprit de tracasserie pour rompre un marché fait de bonne foi, l'art. 1618 veut qu'il ne puisse y avoir lieu à résiliation qu'autant que l'excédant de contenance sera au moins d'un vingtième. S'il est moindre, l'acquéreur devra en tenir compte au vendeur sans murmurer; car ce supplément de prix n'est pas considéré comme assez élevé pour pouvoir le mettre dans la gêne; l'immeuble sera là pour le dédommager de ses déboursés, et si c'est un sacrifice, il est trop léger pour qu'il ne doive pas s'y résigner dans l'intérêt du commerce des choses et de la sûreté des transactions.

337. La disposition de notre article, introduite au profit de l'acquéreur, n'est pas tellement absolue qu'il ne puisse y renoncer; et il est censé y renoncer, lorsqu'il est stipulé dans la vente que les parties se feront réciproquement raison du plus ou du moins de contenance; car il est évident que par-là l'acheteur promet de payer le prix de tout ce qui se trouvera en sus de la contenance annoncée. C'est ce qu'a jugé la cour de Bordeaux par arrêt du 19 mars 1811 (1).

La même cour a cependant jugé le contraire par un autre arrêt du 7 mars 1812 (2); mais cette décision paraît avoir été forcée par des circonstances particulières, qui ont empêché les magistrats de reconnaître dans la clause dont il s'agit toute l'énergie qu'elle porte en elle. La contenance réelle était plus du double de celle indiquée au contrat (dix-sept poignées au lieu de huit); l'acheteur pouvait n'avoir consenti à faire raison de l'excédant de contenance que parce qu'il supposait qu'il n'y avait pas une aussi grande erreur sur la quantité énoncée ap-

(1) Sirey, 11, 2, 466. M. Dalloz rend un compte fort incomplet de cet arrêt (Vente, p. 870, note, n° 6).

(2) Sirey, 12, 2, 391. Dalloz, Vente, p. 867, n° 2.

proximativement. Dans les considérants de l'arrêt, qui sont faibles et obscurs, on voit tout l'embaras de la cour pour lutter contre une stipulation précise, mais qui paraissait onéreuse à l'acheteur, dont la position était favorable et intéressante. Une telle décision ne saurait servir de précédent; elle git tout entière dans les faits (1).

ARTICLE 1619.

Dans tous les autres cas,

Soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité,

Soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés,

Soit qu'elle commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure,

L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédant de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire.

(1) Jugé que dans une vente à tant la mesure, avec déclaration de la contenance, il peut être convenu que le prix sera définitivement déterminé par la contenance déclarée, et que la différence en plus ou en moins, qui serait ultérieurement reconnue, ne pourra donner lieu à aucune réclamation de la part du vendeur ou de l'acheteur. Cass., 7 novembre 1853 (Deville, 53, 1, 680).

SOMMAIRE.

338. Liaison. Opinions soutenues dans l'ancienne jurisprudence sur les ventes d'un corps certain faites avec indication de la mesure.
339. Système plus équitable suivi par le Code Napoléon. Il fait disparaître les disputes de mots qu'engendrait la distinction en ventes qui commençaient à mesuré, et ventes qui commençaient à *corpore*. Il égalise la position du vendeur et de l'acheteur. L'expression de la mesure n'est à considérer qu'autant qu'il y a erreur d'un vingtième.
340. Des stipulations particulières peuvent déroger à la disposition de l'art. 1619. L'énonciation de telle mesure ou *environ* dispense-t-elle le vendeur de parfaire la contenance? Dissentiment avec M. Duranton.
341. *Quid* de la clause *sans garantie de mesure*? Erreur de la cour de Paris et de la cour de Bourges.
342. Des clauses pour aggraver l'obligation du vendeur.
343. Comment doit se calculer la différence du vingtième.
344. Quels objets doivent être compris dans le mesurage. Renvoi.
345. Aux frais de qui reste le mesurage. L'art. 1619 est-il applicable aux ventes par expropriation forcée?

COMMENTAIRE.

338. La rédaction de cet article est savante. Elle embrasse et prévient un grand nombre de difficultés. Pour comprendre à fond ses dispositions, il faut absolument remonter à l'ancienne jurisprudence.

Si l'on consulte Voët, on voit que ce jurisconsulte soutient que, d'après les lois romaines, lorsqu'un immeuble était vendu comme corps, et non à tant la mesure, *ad corpus, non ad quantitatem* (1), le défaut ou l'excédant de mesure n'était jamais un motif de diminuer ou d'augmenter le prix, à moins toutefois

(1) Ad Pand., *De cont. empt.*, n° 7.

qu'il n'y eût dol et mensonge affecté de la part du vendeur (1).

D'autres soutenaient au contraire (et c'était le plus grand nombre) que lorsque le vendeur aliénait un corps certain avec indication de mesure, il était tenu de parfaire la contenance au cas de déficit; qu'il n'en était dispensé qu'autant qu'il n'avait rien assuré sur la contenance, et qu'il avait dit, par exemple: *Je vous vends ce domaine, contenant cent arpents ou ENVIRON* (2). Au contraire, en ce qui concerne l'acheteur, ils voulaient que, lorsqu'il se trouvait un excédant de contenance, le vendeur délivrât la chose entière, et n'eût pas droit à un supplément de prix, si toutefois la vente avait commencé par le corps (3). Il est juste, disaient-ils, que tout soit au profit de l'acheteur qui a été induit à acheter à tel prix; le vendeur ne doit se plaindre que de lui-même, car rien ne l'obligeait à vendre en bloc et à fixer un prix définitif. Seulement, lorsque le vendeur, ayant vendu deux fonds, avait dit que chacun d'eux contenait un certain nombre d'arpents, tandis que l'un contenait plus, l'autre moins, on faisait compensation (4). Et si néanmoins l'acheteur se trouvait encore en perte, on voulait que le vendeur l'indemnît en fournissant toute la contenance promise (5). Mais si la vente avait commencé par la mesure, par exemple, je vous

(1) Ulp., l. 43, § 44, Dig. *De act. empt.* Alfen., l. 45, *De evict.*

(2) Despeisses, p. 45, n° 45. Covarruvias, lib. 1, *Practic. quæst.*, c. 3, n° 4. Maynard, liv. 4, ch. 28. Fachinée, lib. 2, c. 27. Brunemann, sur la loi dernière, au Dig. *De peric. et com.* Arrêts du parlement de Dijon du 28 juin 1603, du parlement de Toulouse de février 1580. Pothier, Vente, n° 251, 254. On invoquait les lois 2 et 24, § 1. Dig. *De act. empt.* L. 42, id. L. 69, § dernier, Dig. *De evict.*

(3) Par exemple, je vous vends un tel fonds contenant tant d'arpents.

(4) Paul, l. 42, Dig. *De act. empt.*

(5) Dumoulin, sur le Code *De cont. empt.* Fachin., *Cont.*, lib.

vends 60 arpents qui constituent cet immeuble, l'acheteur devait payer tout ce qu'il recevait (1).

339. Un système plus équitable a été adopté par le Code. La position du vendeur a été égalée à celle de l'acheteur. On n'a pas voulu qu'une erreur involontaire fût pour le vendeur une cause de perte, et pour l'acheteur une occasion de s'enrichir aux dépens d'autrui.

La distinction entre les ventes qui commencent par la mesure, et celles qui commencent par la chose, est effacée. Le plus souvent elle jouait sur les mots; elle était une source de disputes puériles. Toutes les fois qu'une vente n'est pas faite à tant la mesure, elle est vente en bloc, et la formule dont les parties se sont servi ne peut rien changer à cela.

Si elle est vente en bloc, et si elle porte sur un corps certain, ou bien sur plusieurs fonds distincts et séparés, qui sont autant de corps certains, l'énonciation de mesure est secondaire. Une erreur de peu d'importance dans la contenance de l'immeuble vendu ne doit rien changer aux stipulations de la vente; car les procédés pour arpenter les propriétés ne peuvent jamais conduire à une exactitude rigoureuse, et il y a toujours quelques erreurs en plus ou en moins dans leur résultat. Ensuite, le temps amène nécessairement des variations dans la limite des héritages. S'ils consistent en terres labourables, la charrue pousse son sillon sur le champ du voisin, et conquiert lentement et imperceptiblement un accroissement de contenance qui peut-être leur est ravi d'un autre côté. S'ils sont voisins des forêts, le sol forestier tend à s'agrandir sans cesse à leurs dépens. L'expression de mesure comporte donc toujours dans les immeu-

2, c. 27. Despeisses, p. 25, n° 15, col. 2. Pothier, n° 255. On peut encore consulter Henrys, t. 2, p. 548. Boniface, t. 2, p. 244.

(1) Despeisses, *loc. cit.*

bles (1) quelque chose d'incertain, et il ne fallait pas se montrer à cet égard d'une sévérité qui n'aurait fait qu'attiser l'esprit de chicane.

Mais si l'erreur de contenance est assez grande pour qu'il en résulte un préjudice réel, chaque partie a le droit de réclamer. D'après notre article, il faut qu'elle soit d'un vingtième (2). Un vingtième en moins donnera droit à l'acheteur d'exiger que le vendeur fournisse la quantité déclarée, ou subisse une diminution proportionnelle de prix; un vingtième en plus autorisera le vendeur à réclamer un supplément de prix, conformément à l'art. 1620 que nous examinerons tout à l'heure.

340. Néanmoins des stipulations spéciales peuvent déroger à ces combinaisons de la loi. (Art. 1619).

La clause portant que le vendeur cède et transporte un immeuble de 200 arpents ou environ n'est pas suffisante pour dégager de l'obligation imposée par notre article (3). Tout son effet est de décharger le vendeur d'une garantie arithmétique, et sous ce rapport on peut dire qu'il est inutile, puisque, d'après la loi, cette garantie rigoureuse ne lui est pas imposée. Mais quand le déficit est d'un vingtième ou au delà, on sort du cercle des à peu près, et l'art. 1619 doit être appliqué (4).

(1) Dans les choses fongibles, l'exactitude mathématique est plus facile à obtenir. Voilà pourquoi nous avons dit, sur l'art. 1585, que l'acheteur a droit à ce qu'on lui fasse raison du déficit. *Suprà*, n° 92.

(2) Ceci est emprunté à l'art. 10, t. 15, de l'ord. des eaux et forêts de 1669. — Notre article, est-il en ceci applicable au Contrat de société? J'examine la question dans mon Comment. sur le *Contrat de société*, n° 534 où je me prononce pour l'affirmative, contrairement à l'avis de M. Duvergier de la société, n° 456.

(3) *Junge* M. Marcadé, art. 1622, n° 3. *Contrà*, MM. Duranton, t. 16, n° 229, et Duvergier, t. 1, n° 299.

(4) Ainsi jugé par arrêt de la cour de Paris du 16 juin 1807

C'est ce que décidaient, dans l'ancienne jurisprudence, Henrys (1) et Bourjon (2). Ils pensaient que, par cette restriction, le vendeur devait fournir, à un trentième près, la quantité marquée par le contrat. Par le Code, la quotité seule a été changée; mais l'opinion de ces auteurs reste intacte, car l'art. 1619 a été rédigé sous son influence (3).

341. Mais la clause, *sans aucune garantie de contenance*, contient-elle une dérogation à l'art. 1619?

La cour de Paris a jugé la négative par arrêt du 16 juin 1807 (4); elle a pensé que cette stipulation n'a d'effet qu'autant que le déficit n'excède pas un vingtième. Un arrêt semblable est émané de la cour de Bourges à la date du 12 juillet 1808 (5).

A mon avis, on ne saurait plus mal juger. S'il était besoin d'une autorité pour le prouver, je citerais les paroles de M. Berlier dans la discussion de l'article 1619 (6). « L'opinant propose donc le vingtième » au lieu du dixième (7), et il observe que cette décision ne nuira point aux stipulations propres à rédimier le » vendeur qui aurait vendu le fonds TEL QU'IL EST ET SE » COMPORTE, OU SANS AUCUNE GARANTIE DE CONTENANCE.

De telles clauses sont un appel à la vigilance de l'acheteur, et le supposent instruit ou lui font la loi de s'instruire des détails; mais quand, au contraire, le vendeur indique la mesure, cette indica-

(Dalloz, Vente, p. 870, note 7). L'exposé des faits, fort important dans cette espèce, manque dans le recueil de cet auteur (v. le Journal du Palais, 1807, p. 246).

(1) T. 1, liv. 4, ch. 6, q. 83.

(2) T. 1, p. 483, n° 54.

(3) M. Berlier l'a invoquée formellement (Fenet, t. 14, p. 27 et 28).

(4) Dalloz, loc. cit., et Journal du Palais.

(5) Dal., 33, 2, 9.

(6) Fenet, t. 14, p. 28.

(7) La commission avait proposé de ne pas toucher à la vente, à moins que l'erreur ne fût d'un dixième. C'est M. Berlier qui fit rédiger l'article tel qu'il est aujourd'hui.

» tion devient la règle de l'acheteur et sa garantie; » et c'est assez, en ce cas, de souffrir qu'il puisse y » avoir différence d'un vingtième entre la quantité » promise et celle délivrée. »

Au surplus, la cour de Paris a abandonné elle-même sa propre jurisprudence par arrêt du 9 juillet 1827, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1828 (1). Et la cour de Bourges a imité cet exemple par arrêt du 31 août 1831 (2). On peut consulter aussi un arrêt de la cour de Liège du 20 février 1812, qui confirme cette jurisprudence (3), et qui est rédigé d'une manière remarquable.

342. De même que le vendeur peut s'exempter de la garantie, même lorsqu'il y a déficit de plus d'un vingtième, de même il peut être soumis, par une clause expresse de la vente dérogatoire à l'art. 1617, à indemniser l'acheteur du déficit, quelque minime qu'il soit.

343. Une observation importante, c'est que la différence d'un vingtième doit être mesurée sur le prix de la vente, et non sur l'étendue du terrain (4). Il aurait pu se faire en effet que la différence entre la contenance déclarée et la contenance réelle ne portât que sur des terres vagues et de peu de valeur. Alors la différence en superficie aurait pu être d'un dixième, tandis que dans le prix elle n'eût été que d'un centième. Il faudra donc prendre la différence sur la totalité de la valeur, et cette valeur se réglera par le prix (5).

Si cependant la quotité de chaque espèce de terre

(1) Dalloz, 29, 1, 18.

(2) Idem, 23, 2, 9. — Sic MM. Duvergier, t. 4, n° 305, et Marcadé, art. 1623, n° 3.

(3) Idem, v° Vente, p. 870, n° 5.

(4) *Eu égard à LA VALEUR de la totalité des objets vendus*, dit notre article *infra*, n° 355.

(5) MM. Tronchet, Béranger et Bigot, dans la discussion au conseil d'État sur l'art. 1619 (Fenet, t. 14, p. 29).

était énoncée dans le contrat de vente, il serait facile de reconnaître l'espèce de terre dont la contenance n'est pas suffisante, et d'en parfaire le prix. On conçoit alors que la différence ne doit pas être prise sur la valeur totale du domaine vendu (1).

344. Appliquez ici ce que j'ai dit *supra*, n° 332 et 333, des objets qui doivent être exclus de l'arpentage.

345. Quant aux frais de mesurage, je pense qu'ils doivent être à la charge de l'acquéreur. Et c'est aussi la décision de Basset (2). Il distingue « an venditio incipit à mensurà aut à corpore. Primo casu, sumptibus venditoris hæc mensuratio est faciendâ; secundo casu, emptoris. » En effet, lorsqu'un immeuble est vendu comme corps certain, la délivrance est remplie de la part du vendeur lorsqu'il remet les titres de propriété, ou qu'il donne à l'acheteur la possession physique de la chose. L'arpentage n'est pas une opération nécessaire de la délivrance; il est dans l'intérêt de l'acheteur, il doit donc en supporter les frais. Il en est autrement quand la chose est vendue à la mesure; l'opération du mesurage est intimement liée à la délivrance.

Que si l'acheteur avait fait faire l'arpentage avant la vente pour s'éclairer sur la contenance, il n'est pas moins évident, d'après l'art. 1593, que les frais de cette vérification devraient être supportés par lui.

Remarquez, au surplus, que si l'acheteur ne faisait pas faire le mesurage, et que le vendeur crût avoir intérêt à ce qu'il y soit procédé parce qu'il supposerait qu'il y a excédant, il ne pourrait forcer l'acheteur ni à le faire ni à en payer la dépense. Comme

(1) M. Bigot, *loc. cit.* — V. cependant MM. Zachariae, t. 2, p. 511; Duvergier, t. 1, n° 293, et Marcadé, art. 1622, n° 2. Ce dernier auteur fait de grands efforts pour établir qu'au cas de terrains de nature et valeur diverses, la règle s'applique soit que les parties aient ou n'aient pas assigné la contenance particulière de chaque terrain.

(2) T. 2, liv. 4; t. 16, ch. 6.

l'arpentage serait exclusivement dans son intérêt, il devrait le faire faire à ses frais (1).

ARTICLE 1620.

Dans le cas où, suivant l'article précédent, il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acquéreur a le choix ou de se désister du contrat ou de fournir le supplément du prix, et ce, avec les intérêts, s'il a gardé l'immeuble.

(1) La disposition de l'art. 1619 est-elle applicable aux ventes sur expropriation forcée?

La négative a été jugée par arrêt de la cour d'Agen du 22 mars 1811; mais il existe, en sens contraire, une décision de la cour de Besançon du 4 mars 1813 (Daloz, Saisie, p. 800).

La première opinion est préférable. Dans ces sortes de ventes, ce n'est pas le propriétaire qui vend; mais c'est l'autorité de la justice qui tient lieu du vendeur, et qui n'adjudge la chose que *telle qu'elle est* (Domat, liv. 1, t. 2, sect. xi, n° 17; *infra*, n° 583); et, en effet, l'art. 675 du Code de procédure civile n'oblige de donner dans le cahier des charges qu'une indication approximative de la contenance.

Voudrait-on que le saisi pût exiger un supplément de prix en cas d'excédant de contenance? Mais ce serait injuste. La loi lui a donné tous les moyens de vérifier le cahier des charges et de se plaindre, jusqu'à l'adjudication, de toutes les erreurs. L'admettre à élever des réclamations quand tout est consommé, ce serait renverser l'économie de la loi.

Par réciprocité, on ne peut admettre l'adjudicataire à demander une diminution de prix pour défaut de contenance. Il a acheté sans garantie de contenance; il a acheté la chose *telle qu'elle est*, comme dit Domat (*supra*, n° 341). Cela est sous-entendu dans ces sortes d'aliénations. D'ailleurs, l'adjudicataire achète le plus souvent à vil prix, et l'action *quantum minoris* ne ferait qu'ajouter à ce mal (d'Olive, liv. 4, ch. 25). — V. cependant dans le sens de l'arrêt rendu par la cour de Besançon, Toulouse, 14 juin 1845; Nîmes, 31 mars 1852; Angers, 25 août 1852 (Daloz, 47, 2, 49; 52, 2, 269; 53, 2, 69). — *Sic* MM. Duvergier, n° 300, et Marcadé, art. 1619, n° 1.

SOMMAIRE.

346. Renvoi. Quand les intérêts sont-ils dus ?

COMMENTAIRE.

346. Voyez nos observations sur l'art. 1618 et l'article suivant.

En ce qui concerne les intérêts, j'observerai que l'acheteur n'en doit pour excédant de prix qu'autant qu'il en doit pour le prix principal (1); il ne serait pas rationnel que le supplément fût productif d'intérêts tandis que le principal n'en produirait pas.

ARTICLE 1621.

Dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désister du contrat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat.

SOMMAIRE.

347. Obligation du vendeur de restituer, en cas de résolution de la vente, le prix et les frais du contrat.

COMMENTAIRE.

347. Cet article se réfère à l'art. 1618 comme à l'art. 1620. Il est juste que le vendeur rende le prix s'il l'a reçu, et qu'il restitue à l'acheteur les frais d'un contrat qui est résolu par suite des fausses énonciations dont il est seul coupable (2).

(1) *Infrà*, n° 597 et suiv.

(2) M. Durantou, t. 16, n° 239. — Les frais doivent, dans ce

ARTICLE 1622.

L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance.

SOMMAIRE.

348. Nécessité d'établir une prescription annale pour les actions auxquelles donne lieu l'erreur de contenance.
349. Cette prescription court contre les mineurs et autres personnes privilégiées.
350. La prescription annale a lieu, soit que l'action soit fondée sur les dispositions de la loi, soit qu'elle découle des conventions des parties. Réfutation de deux arrêts de Bordeaux et de Montpellier.
351. Le vendeur et l'acheteur pourraient-ils convenir entre eux d'une prescription plus longue que la prescription annale ?
352. La prescription annale dont parle l'art. 1622 ne s'applique pas aux ventes de choses mobilières.
353. L'art. 1622 ne s'applique pas au cas où le vendeur demande le prix d'un terrain usurpé, en sus du corps certain vendu; ni au cas où le vendeur agit en restitution d'une portion de l'objet vendu retenue par le vendeur.
354. L'art. 1622 est-il la règle dans les ventes à la mesure ? Distinctions.

COMMENTAIRE.

348. Si les actions pour déficit ou excédant de contenance n'eussent pas été restreintes dans de courts délais, les propriétés eussent été frappées d'incerti-

cas, être réclamés par voie d'action principale; ils ne sont pas garantis par le droit de rétention. Angers, 28 avril 1853 (Deville, 53, 2, 420).

SOMMAIRE.

346. Renvoi. Quand les intérêts sont-ils dus ?

COMMENTAIRE.

346. Voyez nos observations sur l'art. 1618 et l'article suivant.

En ce qui concerne les intérêts, j'observerai que l'acheteur n'en doit pour excédant de prix qu'autant qu'il en doit pour le prix principal (1); il ne serait pas rationnel que le supplément fût productif d'intérêts tandis que le principal n'en produirait pas.

ARTICLE 1621.

Dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désister du contrat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat.

SOMMAIRE.

347. Obligation du vendeur de restituer, en cas de résolution de la vente, le prix et les frais du contrat.

COMMENTAIRE.

347. Cet article se réfère à l'art. 1618 comme à l'art. 1620. Il est juste que le vendeur rende le prix s'il l'a reçu, et qu'il restitue à l'acheteur les frais d'un contrat qui est résolu par suite des fausses énonciations dont il est seul coupable (2).

(1) *Infrà*, n° 597 et suiv.

(2) M. Duranton, t. 16, n° 239. — Les frais doivent, dans ce

ARTICLE 1622.

L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance.

SOMMAIRE.

348. Nécessité d'établir une prescription annale pour les actions auxquelles donne lieu l'erreur de contenance.

349. Cette prescription court contre les mineurs et autres personnes privilégiées.

350. La prescription annale a lieu, soit que l'action soit fondée sur les dispositions de la loi, soit qu'elle découle des conventions des parties. Réfutation de deux arrêts de Bordeaux et de Montpellier.

351. Le vendeur et l'acheteur pourraient-ils convenir entre eux d'une prescription plus longue que la prescription annale ?

352. La prescription annale dont parle l'art. 1622 ne s'applique pas aux ventes de choses mobilières.

353. L'art. 1622 ne s'applique pas au cas où le vendeur demande le prix d'un terrain usurpé, en sus du corps certain vendu; ni au cas où le vendeur agit en restitution d'une portion de l'objet vendu retenue par le vendeur.

354. L'art. 1622 est-il la règle dans les ventes à la mesure ? Distinctions.

COMMENTAIRE.

348. Si les actions pour déficit ou excédant de contenance n'eussent pas été restreintes dans de courts délais, les propriétés eussent été frappées d'incerti-

cas, être réclamés par voie d'action principale; ils ne sont pas garantis par le droit de rétention. Angers, 28 avril 1853 (Deville, 53, 2, 420).

tude, et les mutations fussent devenues une source d'inquiétudes prolongées (1). Ces actions devront donc être intentées dans le délai d'un an à compter du jour du contrat, à peine de déchéance.

Ce temps est plus que suffisant pour reconnaître des erreurs dont la vérification est possible à chaque instant (2), et ceux qui sont restés dans l'inaction pendant ce délai sont, à bon droit, présumés avoir renoncé au défaut ou à l'excédant de contenance.

Telle est la disposition de notre article; il contient une sage innovation à l'ancienne jurisprudence, qui ne limitait que par le laps de temps ordinaire la durée de ces sortes d'actions.

349. Cette prescription annale court contre toutes les personnes privilégiées; car il est de principe que ces personnes sont soumises aux prescriptions abrégées (3).

350. Les dispositions si sages de l'art. 1622 doivent être appliquées, soit que l'action en supplément ou en diminution de prix soit fondée sur les articles 1616, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, soit qu'elle tire sa source de conventions spéciales qui auraient dérogé à ces articles.

Il est vrai que quelques arrêts, faisant une distinction entre ces deux cas, ont voulu que la prescription annale ne pût être invoquée que lorsque l'obligation de parfaire la contenance ou le prix prend sa source dans les dispositions de la loi, mais non pas lorsque cette obligation a été réglée par des clauses spéciales et dérogatoires. C'est ce qu'ont jugé les cours de Bordeaux (4) et de Montpellier (5), et M. Delvincourt approuve cette manière d'interpréter la loi, parce que

(1) M. Portalis, Exposé des motifs (Fenet, t. 14, p. 122).

(2) Idem, p. 121. M. Faure, orateur du Tribunat, insiste aussi sur la facilité de l'opération (id., p. 165).

(3) Dunod, Prescript. M. Duranton, t. 16, n. 237.

(4) 19 mars 1841 (Dalloz, Vente, p. 870, note, n. 7).

(5) 5 juillet 1827 (id., 28, 2, 470).

c'est alors l'action *ex empto* ou *ex vendito*, qui n'est prescriptible que par trente ans, et que, dans l'absence d'une exception expresse, c'est le droit commun qui doit prévaloir (1).

On ne saurait trop repousser, à mon avis, un pareil système. Notre article est général dans ses expressions, et les motifs qui l'ont fait adopter par le législateur sont absolument les mêmes dans le premier et le second cas. Il ne faut pas permettre que parce qu'on aura dérogé à la règle du vingtième, comme la loi autorise à le faire, on puisse venir, après vingt-cinq ans et plus, troubler, sous prétexte d'une erreur de contenance, des possessions consolidées par la bonne foi, inquiéter des tiers qui ont acquis en détail, et soulever des contestations le plus souvent insolubles; car la division graduelle des propriétés, le fractionnement indéfini des biens ruraux, les changements de clôture, les variations dans les noms des cantons ainsi bouleversés, rendent plus que jamais impossible la reconnaissance des anciennes limites.

Voyez d'ailleurs combien sont vaines les raisons dont s'autorise cette jurisprudence. L'article 1622, dit-elle, par sa place, par sa liaison avec les articles précédents, ne se rapporte qu'à l'exercice du droit qu'ils organisent. Eh! sans doute, répondrai-je; et c'est là précisément ce qui condamne l'opinion que j'essaie de réfuter. La raison en est palpable.

L'article 1616 impose au vendeur l'obligation de délivrer la contenance portée au contrat (il ne s'agit pas ici de la chose même, mais d'une question de quantité, de plus ou de moins); et cette obligation ouvre à l'acheteur une action, branche de l'action *ex empto*.

D'un autre côté, si le vendeur est tenu à délivrer la contenance, il n'est pas obligé de délivrer plus que cette contenance même, et quand il y a excédant, le

(1) T. 3, p. 144.

droit naturel veut qu'il ait une action parallèle à celle de l'acheteur, en augmentation de prix.

En ce qui concerne les immeubles, ces deux actions de l'acheteur et du vendeur ne présupposent pas une précision arithmétique dans les contenances; il y a ici, à la rigueur du *summum jus*, des modifications annoncées par l'art. 1616.

En lisant les articles qui suivent l'art. 1616, et qui en sont le complément et l'explication, on voit que ces modifications ont deux origines diverses: 1° les combinaisons de la loi (1); 2° les stipulations des parties (2).

Nous disons les stipulations des parties, et ceci est important et décisif; l'art. 1619 les met sur la même ligne que les combinaisons de la loi.

Or, ne suit-il pas de ce renvoi des art. 1616 et 1619, combinés aux stipulations des parties, que ces arrangements privés n'engendrent pas d'autre action que celle que tous les articles du Code, depuis l'art. 1616 jusqu'à l'art. 1621, ouvrent pour poursuivre l'exécution des combinaisons de la loi? Quelle que soit la cause, convention privée ou volonté du législateur, n'est-ce pas toujours une action en supplément de prix, ou en diminution de prix, ou en résiliation du contrat? Ne voit-on pas qu'il n'y a différence que dans les quantités, et nullement dans le fond du droit? Dès-lors, l'art. 1622 ne doit-il pas venir réclamer l'influence qui lui appartient, soit à cause de la généralité et de la précision de ses termes, soit à cause du but qu'il s'est proposé, soit enfin à cause de sa connexité avec l'art. 1616 et les articles suivants, qui, dans le système qu'ils fondent, laissent une place égale aux prévisions du législateur et aux prévisions des parties, mais n'accordent à celles-ci aucune préférence sur celles-là?

(1) Art. 1618, 1619, 1620.

(2) Art. 1619, et *suprà*, n° 337.

Il est donc manifeste que toutes ces distinctions que je combats ne sont qu'un effort de l'arbitraire pour échapper à des textes formels. Lorsque le législateur a annoncé, par l'art. 1616, des modifications à une sévérité trop scrupuleuse dans le calcul des contenances, il a entendu qu'il y aurait parité de puissance et de portée entre celles qui découlent de la loi, et celles qui découlent du libre arbitre des parties; toutes sont rappelées, organisées ou autorisées par les articles auxquels l'art. 1622 se réfère nécessairement. Ainsi, loin que le cas de stipulations spéciales fasse fléchir cet art. 1622, il faut décider au contraire que cette circonstance de clauses particulières sur la contenance est une des applications positives, expresses, disertement prévues, des art. 1616 à 1621, et de l'art. 1622 dont ils sont l'inséparable corrélatif.

C'est, au surplus, ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Colmar du 29 mai 1817 (1), et par arrêt de la cour d'Agen du 7 juillet 1832 (2). Il n'y a pas de doute que la jurisprudence ne finisse par prévaloir en ce sens.

351. Mais, du moins, l'acquéreur et le vendeur pourraient-ils régler entre eux, par un pacte dérogatoire, une prescription autre que celle de l'art. 1622?

L'affirmative semble résulter d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1830 (3), qui a jugé que les parties avaient pu se soustraire à l'art. 1622, et se placer sous l'influence de l'art. 8 du t. 16 de l'ord. de 1669. Mais il faut observer qu'il s'agissait d'une vente de bois, et que la Cour de cassation a plusieurs

(1) Dalloz, Vente, p. 872.

(2) Dalloz, Vente, 23, 2, 29. — *Junge*, R. q., 22 juillet 1834 et 27 avril 1840 (Deville, 84, 1, 500; 40, 1, 600). V. aussi MM. Vezeille, prescriptions, t. 2, n° 728; Duvergier, t. 1, n° 303; Marcadé, art. 1622, n° 5.

(3) Dalloz, 30, 1, 253.

fois jugé que ce titre de l'ord. de 1669 est applicable aux bois particuliers comme aux bois de l'État (1). Cet arrêt n'a donc jugé qu'une hypothèse spéciale, et nullement la question en général; il est de principe qu'on ne peut renoncer d'avance à une prescription non acquise, et cette règle de l'art. 2220 doit recevoir ici toute son application.

352. Mais l'art. 1622 ne pourrait être étendu sans erreur aux ventes de choses mobilières. Tous les articles auxquels nous avons vu, au n° 350, qu'il se réfère, ne concernent que les ventes d'immeubles. Il existe en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1845 (2), et l'on conçoit à peine que cela ait pu faire difficulté. Ainsi donc, si la superficie d'un bois, taillis ou même futaie (3), est vendue pour être coupée, l'action en supplément de prix ne se prescrira pas par un an; elle ne s'éteindra que par le délai ordinaire.

353. L'art. 1622 ne pourrait être non plus étendu au cas où le vendeur demanderait le prix d'une portion de terrain usurpée, en sus d'un corps certain qui aurait été vendu (4); car ce ne serait pas une réclamation fondée sur un excédant de contenance. Il serait également inapplicable si le vendeur avait retenu par devers lui une portion du corps certain vendu, et si l'acquéreur en exigeait la délivrance; car, si l'on pèse les termes dont s'est servi le législateur, on verra qu'il ne limite par la prescription annale que l'action en supplément ou en diminution de prix et l'action en résiliation du contrat; mais qu'il est muet sur l'action en restitution de la portion de l'ob-

(1) Arrêt du 25 février 1812 (Daloz, v° Choses, p. 457, et Sirey, 14, 1, 131).

(2) Daloz, Vente, p. 872, n° 1. Répert., v° Vente.

(3) Sirey rapporte en ce sens un arrêt de 25 février 1812 (14 1, 188), que l'on trouve dans Daloz, v° Choses, p. 457. V. aussi Beaudrillart, sur le Code forestier, t. 2, p. 76.

(4) Même arrêt.

jet vendu que le vendeur détient en contravention à l'acte d'aliénation qui l'a dépouillé.

354. On a prétendu, et il semble résulter d'un arrêt de la cour de Besançon du 14 mars 1811 (1), que l'art. 1622 doit être restreint aux ventes de corps certain; qu'il ne règle que l'action concédée par les articles 1619, 1620, 1621, 1622 du Code Napoléon; mais qu'il n'est pas la loi des ventes d'immeubles faites à tant la mesure, même dans les cas prévus par les articles 1617 et 1618.

Cette proposition est une erreur. L'art. 1622 ne fait pas de distinction. Partout où il y a lieu à augmentation ou à diminution du prix, il est la règle qu'il faut suivre. Ses expressions résistent à toute limitation de la nature de celles que j'ai en vue.

La place à laquelle il se trouve n'y résiste pas moins. En effet, l'art. 1621 qui le précède sert bien évidemment de complément tant à l'art. 1618, qui concerne les ventes à tant à la mesure, qu'à l'art. 1620, qui regarde les ventes *per aversionem*. Cet article 1621 s'applique à mettre en relief ces deux articles et ces deux sortes de ventes. Or, je demande comment il serait possible que l'art. 1622, qui vient immédiatement après, et qui ne fait aucune distinction, n'embrassât pas comme lui et l'art. 1618 et l'art. 1620.

Je vais plus loin, et je soutiens que l'art. 1622 doit être suivi, quand même il s'agirait d'un fonds vendu sans indication de contenance et à tant la mesure, ou même de tant d'arpents à prendre dans un fonds de plus grande contenance.

Ce n'est pas que je veuille dire que les parties n'ont que le délai d'un an pour faire opérer le mesurage, qui rend la vente parfaite et fait passer la chose aux risques de l'acheteur. En effet, pendant tout le temps qu'il n'y a pas de mesurage, il n'y a pas de prix connu, ou pas de chose certaine, et on ne

(1) V. Daloz, v° Choses, p. 458.

conçoit pas dès lors qu'il y ait possibilité de demander l'augmentation ou la diminution d'un prix qui n'existe pas, la rectification en plus ou en moins d'une vente qui n'a pas acquis sa perfection. Ce que j'entends seulement énoncer, c'est que, lorsque le mesurage a eu lieu et qu'il y a eu délivrance, si le vendeur ou l'acquéreur prétendent qu'il y a erreur de contenance, ils n'ont qu'un an à compter de l'arpentage (qui seul ici a rendu la vente parfaite) pour faire rectifier les erreurs.

Ainsi je vous vends vingt arpents de bois à prendre dans ma forêt des Aulniers. Je vous mets en possession de la quantité promise. Mais bientôt vous vous apercevez qu'il y a eu erreur dans le calcul des contenance. Vous aurez droit à demander la rectification de cette erreur par l'action autorisée par notre article (1). Mais ce ne sera qu'à la condition que le délai d'un an ne sera pas dépassé. Sans cela, une fin de non-recevoir insurmontable s'élèvera contre vous (2).

ARTICLE 1623.

S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait compensation jusqu'à due concurrence; et l'action, soit en supplément, soit en

(1) La loi 40, D. *De cont. empt.*, le porte expressément.

(2) Mais il a été jugé que lorsqu'une vente a été faite à tant la mesure, avec fixation provisoire d'un prix approximatif, qui doit être ultérieurement déterminé d'une manière définitive par un mesurage, la demande du vendeur, tendant à faire opérer ce mesurage, constitue un acte ayant pour objet l'exécution du contrat, qui ne se prescrit que par trente ans. Req., 31 mai 1853 (Deville, 53, 1, 693).

diminution du prix, n'a lieu que suivant les règles ci-dessus établies.

SOMMAIRE.

355. Compensation qui s'opère lorsque, deux fonds étant vendus, l'un a plus, l'autre moins. Cette compensation se fait entre les valeurs respectives, et non entre les contenance. Pour que l'article 1623 soit applicable, il faut que les deux fonds soient aliénés par le même contrat, et pour un seul et même prix.

356. *Quid* quand il n'y a déficit que dans un des deux fonds vendus pour un seul et même prix?

COMMENTAIRE.

355. Cet article est emprunté à la loi 42, au Dig. *De act. empt.*, que nous avons citée ci-dessus n° 338, et qu'avaient reproduite nos anciens auteurs (1).

Supposons, par exemple, que Pierre vende une vigne et un champ pour la somme de 20,000 fr., avec indication de 20 arpents pour la vigne, et 20 arpents pour le champ. Il arrive que la vigne n'a que 15 arpents et que le champ en a 25. L'excédant du champ se compensera avec le déficit de la vigne : « *Id quod in uno abundat, cum defectu in altero compensandum est* (2). »

Remarquez toutefois que la compensation ne se fait pas entre les contenance, mais entre le prix qu'elles représentent. C'est ce qui est conforme à ce que nous avons dit au n° 323; sans quoi, on arriverait à un résultat injuste, et, par exemple, si la vigne était d'une valeur supérieure au champ, on forcerait l'acheteur à prendre 5 arpents de terre de mauvaise qualité en remplacement de 5 arpents de vigne de qualité supérieure. Cela ne saurait être. Voici donc

(1) Despeisses, p. 25, n° 45. Pothier, *Vente*, n° 257. — Junge, *M. Duvergier*, t. 1, n° 303.

(2) Brunemann, sur la loi 42, D. *De act. empt.*, liv. 1, § 1.

comment on procédera. On fera estimer les 5 arpents de champ qui sont en plus, et on imputera leur valeur sur le déficit. Si après cette opération il y a déficit d'un vingtième sur le prix, l'acheteur agira par l'action *ex empto*, pour obtenir une diminution.

Ainsi, si nous supposons que chaque arpent de vigne vaut 300 francs, et chaque arpent de terre 100 francs, il manquera sur le prix de la vigne 1,500 fr., qui se compenseront jusqu'à due concurrence avec les 500 fr. en plus que vaut le champ. Restera un déficit de 1,000 francs, c'est-à-dire d'un vingtième, qui donnera lieu à l'action *quanti minoris* (1).

Pour que la compensation autorisée par notre article s'effectue, il faut nécessairement que la vente des deux fonds distincts ait été faite pour un seul et même prix, et par le même contrat; autrement, il y aurait deux ventes et l'on rentrerait sous l'empire de l'article 1619. L'acheteur pourrait renoncer à la vente qui contient excédant et obtenir une réduction de prix sur celle qui contient un déficit (2).

356. L'art. 1623 ne s'occupe que du cas où il y a plus de contenance dans un fonds et moins dans un autre.

Mais si l'un des deux fonds avait la contenance promise, tandis qu'il y aurait déficit sur l'autre, on procéderait suivant la règle énoncée dans l'art. 1619 (3).

Par exemple, la vigne a 20 arpents, ainsi que le vendeur l'a indiqué, mais le champ n'en a que 17. Le défaut de contenance est donc de plus d'un vingtième dans ce dernier immeuble; mais comme il n'a qu'une valeur médiocre, il s'ensuit que le déficit n'est pas évalué à plus de 300 fr., ce qui ne forme pas un

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 231.

(2) On peut consulter un arrêt de la cour de Paris du 19 mai 1810, rendu dans une espèce où les ventes avaient été faites par des actes séparés (Daloz, Vente, p. 867). Je fais remarquer que l'arrêtiste a omis de donner les motifs du jugement de première instance adoptés par la cour.

(3) *Suprà*, n° 343.

déficit d'un vingtième sur le prix total de 20,000 fr. Dans cet état de choses, l'acheteur sera non recevable dans son action en diminution de prix, l'art. 1619 voulant que le déficit soit calculé sur le prix et non sur la contenance. Or, il y a ici un prix en bloc pour les deux immeubles, et cette circonstance de l'unité de prix fait que l'on ne peut procéder comme si les deux fonds eussent été vendus séparément et comme objets distincts. Il est évident que, dans la pensée des parties, ils ont été considérés comme liés l'un à l'autre et comme formant un même corps de biens.

Vice versa, si le champ a les 20 arpents indiqués dans le contrat et si la vigne n'en a que 17, le déficit de 3 arpents sur le terrain de meilleure qualité produira sur le prix total un déficit de 1,500 francs, c'est-à-dire de plus d'un vingtième; dès lors, l'action en diminution de prix sera ouverte à l'acheteur.

Mais si la quotité de chaque terrain eût été énoncée dans le contrat, et que, pour former le prix total, on se fût borné à additionner leur valeur partielle, chaque nature de terre devrait être considérée isolément (1). Ce seraient autant de ventes distinctes, qui ne devraient avoir aucune influence l'une à l'égard de l'autre (2).

ARTICLE 1624.

La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

(1) *Suprà*, n° 343.

(2) Il est, du reste, une observation dont la justesse me paraît peu contestable, c'est que l'art. 1623 ne se lie qu'à l'hypothèse prévue par l'art. 1619, et qu'il est étranger au cas de l'art. 1617.

comment on procédera. On fera estimer les 5 arpents de champ qui sont en plus, et on imputera leur valeur sur le déficit. Si après cette opération il y a déficit d'un vingtième sur le prix, l'acheteur agira par l'action *ex empto*, pour obtenir une diminution.

Ainsi, si nous supposons que chaque arpent de vigne vaut 300 francs, et chaque arpent de terre 100 francs, il manquera sur le prix de la vigne 1,500 fr., qui se compenseront jusqu'à due concurrence avec les 500 fr. en plus que vaut le champ. Restera un déficit de 1,000 francs, c'est-à-dire d'un vingtième, qui donnera lieu à l'action *quanti minoris* (1).

Pour que la compensation autorisée par notre article s'effectue, il faut nécessairement que la vente des deux fonds distincts ait été faite pour un seul et même prix, et par le même contrat; autrement, il y aurait deux ventes et l'on rentrerait sous l'empire de l'article 1619. L'acheteur pourrait renoncer à la vente qui contient excédant et obtenir une réduction de prix sur celle qui contient un déficit (2).

356. L'art. 1623 ne s'occupe que du cas où il y a plus de contenance dans un fonds et moins dans un autre.

Mais si l'un des deux fonds avait la contenance promise, tandis qu'il y aurait déficit sur l'autre, on procéderait suivant la règle énoncée dans l'art. 1619 (3).

Par exemple, la vigne a 20 arpents, ainsi que le vendeur l'a indiqué, mais le champ n'en a que 17. Le défaut de contenance est donc de plus d'un vingtième dans ce dernier immeuble; mais comme il n'a qu'une valeur médiocre, il s'ensuit que le déficit n'est pas évalué à plus de 300 fr., ce qui ne forme pas un

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 231.

(2) On peut consulter un arrêt de la cour de Paris du 19 mai 1810, rendu dans une espèce où les ventes avaient été faites par des actes séparés (Daloz, Vente, p. 867). Je fais remarquer que l'arrêtiste a omis de donner les motifs du jugement de première instance adoptés par la cour.

(3) *Suprà*, n° 343.

déficit d'un vingtième sur le prix total de 20,000 fr. Dans cet état de choses, l'acheteur sera non recevable dans son action en diminution de prix, l'art. 1619 voulant que le déficit soit calculé sur le prix et non sur la contenance. Or, il y a ici un prix en bloc pour les deux immeubles, et cette circonstance de l'unité de prix fait que l'on ne peut procéder comme si les deux fonds eussent été vendus séparément et comme objets distincts. Il est évident que, dans la pensée des parties, ils ont été considérés comme liés l'un à l'autre et comme formant un même corps de biens.

Vice versa, si le champ a les 20 arpents indiqués dans le contrat et si la vigne n'en a que 17, le déficit de 3 arpents sur le terrain de meilleure qualité produira sur le prix total un déficit de 1,500 francs, c'est-à-dire de plus d'un vingtième; dès lors, l'action en diminution de prix sera ouverte à l'acheteur.

Mais si la quotité de chaque terrain eût été énoncée dans le contrat, et que, pour former le prix total, on se fût borné à additionner leur valeur partielle, chaque nature de terre devrait être considérée isolément (1). Ce seraient autant de ventes distinctes, qui ne devraient avoir aucune influence l'une à l'égard de l'autre (2).

ARTICLE 1624.

La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

(1) *Suprà*, n° 343.

(2) Il est, du reste, une observation dont la justesse me paraît peu contestable, c'est que l'art. 1623 ne se lie qu'à l'hypothèse prévue par l'art. 1619, et qu'il est étranger au cas de l'art. 1617.

SOMMAIRE.

357. Le vendeur doit garder la chose avant la tradition ; mais lorsque la vente est parfaite, le péril de la chose concerne l'acheteur.
358. Origine de l'adage *Res perit domino*. L'application que les Romains en faisaient à la vente était contraire à l'équité. Efforts de Cujas pour lui donner un sens plus conforme au droit naturel.
359. Le Code Napoléon l'a réconcilié avec la raison. Qu'entend-on par péril de la chose ?
360. Mais, pour que l'acheteur en soit chargé, il faut que ce soit un péril postérieur à la vente, et qu'il soit causé par la force majeure. Définition de la force majeure.
361. Le vendeur doit apporter à la garde de la chose les soins d'un bon père de famille. Sens de ces mots. Examen de la théorie des fautes. Son obscurité par le droit romain. Système de Vinnius, Pothier et Heineccius. Ils distinguent trois fautes, lourde, légère et très-légère.
362. D'autres jurisconsultes n'admettent que la faute lourde et la faute légère. Renvoi à l'ouvrage de M. Ducauroy, *les Institutes expliquées*.
363. Système du Code Napoléon. Imperfections de l'art. 1147.
364. Jamais le Code Napoléon n'exige une vigilance plus active que celle du bon père de famille.
365. Mais il se contente souvent d'une diligence moins active, et ne punit que la faute lourde.
366. La faute lourde est le *maximum* de la responsabilité, dans les cas où la garde de la chose est sans profit pour le détenteur ; ce qui est le système du droit romain.
367. Conclusion que l'art. 1137 est vicieux dans sa rédaction.
368. Mais il n'est pas inutile, comme le veut M. Duranton.
369. Preuves que le Code Napoléon a exclu la recherche de la faute très-légère.
370. Réponses aux objections de M. Toullier.
371. Définition de la diligence d'un bon père de famille.
372. Erreur de M. Toullier, qui confond les fautes contractuelles avec les délits et quasi-délits.
373. Distinction à faire à cet égard.
374. Suite.
- V. cependant MM. Duvergier, n° 295, et Marcadé, art. 1623, n° 2.

375. Analyse des textes. 1° Art. 456, relatif au tuteur.
376. 2° Art. 804, relatif à l'héritier bénéficiaire.
377. 3° Art. 1137.
378. 4° Art. 1245, relatif au débiteur d'un corps certain.
379. 5° Art. 1374, relatif au *negotiorum gestor*. Autres textes.
380. 6° Art. 1732, relatif au preneur.
381. 7° Art. 1850, relatif à l'associé.
382. 8° Art. 2080, relatif au gagiste.
383. 9° Art. 1927, relatif au dépositaire.
384. Objection résolue.
385. Réponse au système de M. Proudhon.
386. Explication de l'art. 1882.
387. Explication de l'art. 1928.
388. Réponse au système de M. Duranton. Des fautes considérées *in concreto* et *in abstracto*.
389. Manière de concevoir la faute lourde sous le Code Napoléon. Le législateur ne l'envisage que relativement.
390. Et en cela il est fondé en raison.
391. Au contraire, le système de M. Duranton conduit à l'injustice.
392. En matière de faute légère, il n'y a qu'un type, c'est celui du bon père de famille. La faute y est toujours considérée *in abstracto*.
393. Réponse à l'objection tirée de l'art. 1850.
394. Double règle de conduite que donne la loi nouvelle au gardien de la chose d'autrui.
395. Pourquoi la faute lourde est considérée *in concreto*, et la faute légère *in abstracto*.
396. M. Duranton admet à tort la faute très-légère.
397. Le Code Napoléon a bien fait de retrancher la faute très-légère du nombre des fautes contractuelles.
398. Le Code Napoléon a aussi repoussé avec raison l'ancienne doctrine, en tant qu'il veut que, soit que le contrat soit intéressé de part et d'autre, soit que le détenteur en retire un produit exclusif, la seule diligence requise soit celle du bon père de famille.
399. Résumé.
400. Le vendeur est tenu de la faute lourde et de la faute légère.
401. Il doit prouver que la chose a péri par force majeure.
402. En cas d'incendie, doit-il prouver que l'événement a eu lieu sans sa faute ? Dissentiment avec M. Proudhon. Le vol est-il un événement de force majeure ?
403. Si le vendeur est en demeure, il est tenu de la force majeure. Limitation.

404. Exception à la règle *Res perit emptori*. 1° Dans le cas de vente au poids, au compte, à la mesuse.
 405. 2° Dans le cas de vente avec dégustation.
 406. 3° Dans le cas de ventes suspendues par une condition. Explications à cet égard. Conciliation de l'art. 1601 avec l'art. 1182 du Code Napoléon.
 407. 4° Dans les ventes alternatives.
 408. On peut déroger à la règle *Res perit emptori*.

COMMENTAIRE.

357. Lorsque la chose est livrée à l'acheteur, il tombe sous le sens que c'est lui qui est chargé de la détérioration ou de la perte de la chose vendue, puisque le vendeur n'y conserve plus rien, ni propriété, ni possession.

Mais la question est plus complexe lorsque le vendeur n'en a pas encore fait la tradition (1).

Toute cette matière se rattache à deux principes fondamentaux : le premier, que, pendant le temps qui s'écoule entre le contrat et la tradition, le vendeur est chargé d'apporter à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille (art. 1136 Code Napoléon); le second, que, la vente une fois parfaite et la propriété transférée à l'acheteur, c'est ce dernier qui est grevé du péril de la chose (1138 Code Napoléon).

358. Le fameux adage *Res perit domino* a été puisé dans une constitution de Dioclétien et Maximien (2), dans laquelle il s'agit de savoir si l'objet mis en gage est aux risques du créancier saisi du gage, ou plutôt aux risques du débiteur qui en a conservé la propriété (3). Mais il s'en fallait de beaucoup que cet adage fût une règle invariable dans le droit romain (4);

(1) Il est entendu que l'on suppose ici que la chose subsistait au moment de la vente, sans quoi la vente serait nulle. (Art. 1601).

(2) L. 9, C. *De pignor. act.*

(3) M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 137, note.

(4) Pothier l'a démontré, *Vente*, n° 308.

il n'était applicable que lorsqu'on opposait le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose, par exemple au dépositaire, au commodataire, ou au gagiste; mais la règle était fautive lorsqu'on opposait le propriétaire débiteur au créancier; la chose périssait pour le créancier plutôt que pour le propriétaire qui en était libéré. C'est pourquoi, bien que la vente ne transférât pas la propriété tant que la chose n'était pas livrée (1), la chose était aux risques de l'acheteur (2).

Ce système du droit romain a été jugé contraire au droit naturel par Puffendorff et Barbeyrac, mais surtout par Grotius, dont l'autorité est bien plus imposante (3), et qui enseigne que, dans la plupart des législations anciennes dont les fragments nous sont parvenus, le péril de la chose regardait le vendeur jusqu'à la tradition. Aussi Cujas avait-il cherché à réconcilier les lois romaines avec l'équité, en s'appuyant sur un texte d'Africain (4) pour soutenir que l'acheteur privé de la chose devait être dispensé d'en payer le prix (5). Mais cette sorte de faux-fuyant n'avait pas eu le suffrage des interprètes; car, bien que ce passage d'Africain parût ne pas avoir été forcé par Cujas, il était constant qu'une foule de lois, toutes également formelles, directes et péremptoires, venaient le contredire et ranger cette opinion dans la classe des opinions isolées (6).

En France, ces lois avaient été adoptées par les auteurs et par la jurisprudence. Quoique l'acheteur ne fût pas propriétaire avant la tradition, il n'en était

(1) *Suprà*, n° 37.

(2) *Inst.*, *De empt. vendit.*, § 3. Paul, l. 8, Dig. *De peric. et com. rei vendit.*

(3) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. 12, n° 15.

(4) L. 33, D. *loc. cond.*

(5) *Ad. Afric. tract.* 8.

(6) Pothier, *Vente*, n° 308. M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, n° 1040.

pas moins chargé du risque de la chose dont il était créancier.

359. La théorie du Code Napoléon sur la transmission de la propriété par la seule énergie de la convention (1) a mis une parfaite harmonie entre les notions du droit naturel et la règle que la chose péricule pour l'acheteur. En effet, l'acheteur étant investi de la propriété dès que le contrat est arrivé à sa perfection, c'est le propriétaire qui souffre la perte de la chose, et il ne reste plus qu'à dire avec la raison et la plus stricte justice: *Res perit domino*.

Ainsi donc, les détériorations éprouvées par la chose depuis la vente, et même la destruction qui l'anéantit totalement, tout cela est à la charge de l'acheteur, qui n'en demeure pas moins obligé à payer le prix. Les pertes et dégradations sont ce qu'on appelle le péril de la chose, *periculum rei venditæ*. S'agit-il d'un animal vendu? le péril est la mort, une blessure, la fuite, l'enlèvement. S'agit-il d'un édifice? le péril est l'incendie, la démolition, le renversement. S'agit-il d'un domaine foncier? c'est un tremblement de terre qui y ouvre un abîme, un volcan qui l'envahit, un fleuve qui dévore le littoral qu'il parcourt. S'agit-il d'un vaisseau? c'est le naufrage, ou l'avarie. S'agit-il de liquides, denrées, et autres choses semblables? c'est l'acidité, la corruption, la dessiccation, etc. En un mot, quelle que soit la chose, c'est la division des parties, la ruine, le changement qui affecte la substance, etc. (2).

360. Mais ces périls que l'acheteur est obligé de supporter comme vrai propriétaire sont ceux dont l'origine est postérieure à la vente: car, s'ils avaient une cause antérieure, ils donneraient lieu à un recours en garantie, comme nous le verrons plus bas. Ce sont aussi ceux qui sont amenés par des évène-

(1) V. l'art. 1583 et mes observations.

(2) Voët, ad Pand., *De peric. et com. rei venditæ*, n° 1.

ments imprévus, par la force majeure (1); car s'ils étaient la suite du fait du vendeur, ce dernier en serait responsable.

361. Ici vient l'application de cette règle de l'article 1436, que jusqu'à la livraison l'acheteur doit conserver la chose, à peine de dommages et intérêts, et celle de l'art. 1437, que cette surveillance doit être celle d'un bon père de famille.

Caius disait aussi (2): « *Talis custodia desideranda est à venditore. qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet.* »

Mais que doit-on entendre par un bon père de famille? quel est le degré de vigilance que la loi a voulu exiger quand elle a pris pour type la conduite du bon père de famille?

Pour répondre à cette question, il faut aborder la

(1) Il existe sur la force majeure une savante dissertation d'un jurisconsulte italien nommé AVERANI, distingué par l'élégance de son style et par ses interprétations ingénieuses, quoique parfois hasardées (*Interpret juris*, lib. 2, c. 26). Les lois romaines qui parlent de la force majeure sont: L. 23, Dig. *De reg. juris*. l. 25, § *Vis major*, et l. 33, Dig. *Locat. cond.* L. 11, § *Si locuplet.* Dig. *De minorib.* L. 1, § *Et ille*, Dig. *De oblig.* l. 3, § 1, Dig. *Nautæ, cauponæ.* L. 52, § 3, Dig. *Pro socio.* L. 3, Dig. *De inst. leg.* L. 24, § *Servius.* *De damno infecto.* L. 5, § 4, Dic. *Commod.*

CICÉRON a dit: « *Communem et incertum casum neque vitare quisquam neque præstare ullo pacto potest.* » (Ep. 1, 5, c. 17.) Par *communis*, Cicéron veut dire ce qui peut arriver à tout le monde.

VINIUS a donné la définition suivante de la force majeure: « *Casum fortuitum definimus omne quod humano ceptu prævideri non potest, nec cui præviso potest resisti.* » (Partit. juris, lib. 2, c. 66.)

HOTMAN distingue cinq espèces de cas fortuits: 1° *divinum*, la foudre, la tempête, etc.; 2° *naturale*, la mort, l'éroulement par vétusté, etc.; 3° *humanum*, la violence, le fait du prince, etc.; 4° *bestiale*, le dommage causé par un animal furieux, etc.; 5° *fluviatile*, les dégradations commises par un fleuve.

(2) L. 35, § 4, Dig. *De cont. empt.*

théorie des fautes, qui partage les écrivains modernes (1) comme les anciens. Ce sera ici le lieu d'exposer les idées qui me paraissent devoir prévaloir sur la réparation des pertes causées par la négligence d'autrui; matière importante, qui joue un grand rôle dans les différents contrats dont nous nous occuperons par la suite. D'ailleurs, quel écrivain peut aujourd'hui écrire sur le droit, sans que l'école ne le somme aussitôt de dire son dernier mot sur la prestation des fautes? Êtes-vous pour M. Toullier contre M. Duranton? Préférez-vous M. Proudhon à M. Blondeau? Avez-vous opté entre Vinnius et M. Ducaurroy? Il est vrai que jusqu'à présent les tribunaux se sont montrés assez indifférents sur ces disputes de la chaire; mais peut-être pourrait-on leur faire le reproche de n'avoir amorti la vivacité de la question qu'en étouffant tout ce qui est discussion de système et point de droit sous la commode interprétation des faits et sous un équitable mais facile arbitraire. Néanmoins, dans cette matière comme dans toutes les autres, il y a des règles qu'il faut se garder de dédaigner: elles aident le magistrat, elles font luire de précieuses lumières pour ceux qui ont mission de discuter sur les faits et de les juger. Ces règles m'ont paru simples et judicieuses; je vais les exposer comme je les entends; dans tous les cas, et dussé-je me tromper, je prie le lecteur de ne pas m'adresser, comme fin de non-recevoir, le reproche de me livrer à d'oiseuses digressions. De tous les systèmes, le moins excusable, à mon avis, c'est celui qui, sous prétexte de fuir l'esprit de système, se fait une loi de n'en avoir aucun.

La théorie des fautes est fort obscure dans les textes

(1) M. Toullier, t. 6, nos 230 et suiv. M. Duranton, t. 40, nos 398 et suiv. à 415. M. Proudhon, Usufruit, t. 3, p. 472 et suiv. M. Blondeau, Thémis, t. 6, p. 310. M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 3, p. 172 nos 1067 et suiv.

du droit romain. Vinnius (1), Pothier (2), Heineccius (3), et la plupart des interprètes, distinguent trois sortes de fautes: la faute lourde, LATA CULPA; la faute légère, LEVIS CULPA; la faute très-légère, LEVISSIMA CULPA. Ces trois fautes répondent, suivant eux, à trois sortes de soins: ceux du père de famille insouciant pour ses propres affaires; ceux du père de famille économe, diligent et sage; ceux enfin du père de famille armé d'une sollicitude infatigable, qui veille avec cent yeux toujours ouverts (4). La faute lourde est l'omission des soins dont est capable un homme inattentif par caractère et par habitude; la faute légère est l'oubli de la vigilance du bon père de famille; enfin la faute très-légère est l'omission des soins qu'apportent à leurs affaires les hommes les plus actifs (5).

Après ces définitions, les jurisconsultes dont je parle distribuent la prestation des fautes d'après la répartition symétrique et ingénieuse que voici: 1° Dans les contrats qui n'apportent au détenteur de la chose aucune utilité, celui-ci n'est tenu que de la faute lourde; 2° dans les contrats qui ont pour objet l'utilité des deux parties, comme la vente et le louage, il y a lieu à la prestation de la faute légère; 3° enfin, dans les contrats dans lesquels le détenteur de la chose retire toute l'utilité, comme le commodat, ce détenteur est responsable de la faute très-légère.

362. Mais d'autres jurisconsultes non moins graves combattent cette division tripartite, et n'admettent que deux sortes de fautes, la faute lourde et la faute

(1) Sur le § 2, *Quib. mod. res. contrah.*

(2) Observ. imprimées à la suite de son traité *Du contrat de mariage*, et Répert., v° Faute.

(3) *Element. juris civ.*

(4) Heineccius, *loc. cit.*

(5) Idem, n° 787. Voyez plus bas la sous-distinction qu'ils faisaient entre les fautes IN CONCRETO et les fautes IN ABSTRACTO.

légère (1); la faute lourde, qui consiste dans l'omission du soin qu'on a coutume d'apporter à ses propres affaires, et que l'on apprécie relativement aux habitudes individuelles de la personne (2); la faute légère, qui consiste dans l'omission du soin qu'un homme aussi diligent que tout autre apporte à la conservation de ce qui lui appartient, faute qui s'apprécie par comparaison à la vigilance de l'homme soigneux considéré en général, du bon père de famille pris avec les qualités qu'on lui attribue quand on en fait un type abstrait (3).

Puis, en rattachant ces deux sortes de fautes à l'exécution des divers contrats, ces jurisconsultes disent (4) : Si la personne qui reçoit ou garde la chose pour la rendre s'oblige gratuitement, elle est seulement tenue du dol et de la faute lourde qui est assimilée au dol; si elle reçoit en garde la chose pour un avantage quelconque, elle est toujours tenue de la faute. Mais veut-on savoir de quelle faute? Il faut distinguer : si l'obligation est compensée par un avantage mutuel, comme dans la société ou dans le gage, il y a lieu à prestation de la faute grave, le plus souvent de la faute légère; si l'obligation ne procure d'avantage exclusif qu'au détenteur, comme dans le commodat, le détenteur est toujours tenu de la faute légère. La seule différence qu'il y ait donc entre les

(1) Doneau (*Comment. juris. civ.*, xvi, 7). Cocceius (*Exerc. curios.*, p. 58.) Thomasin (*De us. pract. doct. de culpar. præst. in cont.*) Lebrun, avocat au parlement de Paris (*Essai sur la prestation des fautes*). M. Hasse, jurisconsulte allemand, a reproduit, il n'y a pas longtemps, la même doctrine (*Die culpa des roemischen rechts*); et elle a été adoptée et défendue par M. Ducaurroy avec la précision et la force qu'on lui connaît (*Inst. explic.* t. 3 n^{os} 1068 et suiv.).

(2) Celsus le dit positivement dans la loi 32. *Dig. Dep. vel. contrâ.*

(3) *Inst.*, *Quib. mod. res. cont.*, § 2, idem, *De oblig. quæ quasi ex cont.*, § 1.

(4) J'emprunte ce résumé à M. Ducaurroy, n^o 1873.

contrats de la première espèce et les contrats de la seconde, c'est que ceux-ci imposent toujours la même responsabilité, celle de la faute légère, tandis que ceux-là n'imposent pas invariablement une responsabilité uniforme : tantôt c'est la faute lourde, tantôt c'est la légère. Mais lorsqu'ils imposent l'obligation de répondre de la faute légère, il n'y a aucune différence entre eux et les obligations formées dans un intérêt exclusif; et il n'est pas vrai de dire, comme Vinnius et Pothier, que les contrats qui ont pour objet un intérêt réciproque doivent toujours engendrer une responsabilité moins étendue que les contrats formés dans l'intérêt exclusif de l'obligé.

Cette théorie n'est pas aussi simple que celle qui jusqu'à ce jour a triomphé dans l'enseignement du droit et dans l'opinion des juristes; mais je la crois plus vraie et plus conforme aux textes. Elle finira par avoir sa revanche et par l'emporter sur sa rivale. Comme elle se rattache au droit romain pur, je ne m'y arrête pas plus longtemps, et, pensant qu'il suffit de renvoyer ceux qui veulent approfondir ce point controversé à l'excellent ouvrage de M. Ducaurroy, je me hâte de passer au système du Code Napoléon.

363. Les discours des orateurs du gouvernement chargés de présenter le Code Napoléon prouvent que le législateur moderne a eu plus de penchant à s'éloigner du système de Vinnius et de Pothier qu'à l'adopter

« Cette division des fautes, disait M. Bigot de Préameneu, est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique. La théorie par laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses. »

Néanmoins, lorsqu'on lit l'art. 1137 du Code Napoléon, qui résume à peu près toutes les innovations que le législateur a voulu introduire sur ce point, on est frappé des contradictions dans les termes que

renferme cet article, et des facilités qu'il semble se ménager pour se plier au système que répudiait M. Bigot.

« L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité d'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. »

A s'en tenir à ce paragraphe, il semblerait que le Code a voulu ouvrir une voie inconnue à la fois à l'ancienne jurisprudence et au droit romain; à l'ancienne jurisprudence, puisqu'il ne reproduit pas la distinction des trois sortes de fautes, et qu'en donnant pour modèle de la diligence du détenteur celle du bon père de famille, il efface la faute très légère dont le bon père de famille n'est pas tenu; au droit romain, puisqu'il ne s'enquiert pas du caractère du contrat et de l'utilité qu'on en retire, et qu'en faisant de la diligence du bon père de famille, la règle de tous les contrats, il ne veut pas qu'il y ait des cas où l'absence seule de dol ou de faute lourde soit un motif d'échapper à la responsabilité d'une perte qu'une faute légère n'a pas empêchée.

Jusque-là, tout est clair, et quelques personnes pourront peut-être dire, tout est bien.

Mais lisons le § qui suit, et nous allons voir cette innovation se rapetisser et se restreindre singulièrement.

« Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. »

Quoi! cette obligation de veiller à la conservation de la chose peut être plus étendue qu'on ne vient de la définir!! Mais, alors, il y a donc une diligence plus exacte que celle du père de famille? et dès lors, voilà la faute très légère qui reprend son ancien empire!!

Ou bien encore, cette obligation peut être moins étendue!! et alors il y a donc une diligence moins

exacte que celle du père de famille? et voilà la faute lourde, que le premier paragraphe avait détrônée, qui se trouve restaurée par le second!!!

364. Il est vrai que quand on examine ensuite toutes les applications que le législateur a faites de son principe sur la prestation des fautes, on ne trouve nulle part qu'il ait exigé de qui que ce soit une vigilance de droit plus active que celle du bon père de famille (1). Toujours cette vigilance est prise comme la limite au delà de laquelle on ne peut plus rien exiger. En réalité, donc, la réapparition de la faute très légère dans le second § de l'art. 1137 n'est tout au plus qu'une mention honorable de ce qui n'existe plus. Mais alors le défaut de rédaction de cet art. 1137 n'en est que plus flagrant.

365. Il n'en est pas de même de la faute lourde, qui, dans plusieurs cas, est indiquée par la loi comme la seule chose dont on puisse exiger la réparation. Je citerai l'art. 804 du Code Napoléon, portant : « L'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé (2). »

Je rappellerai encore l'art. 1927, qui oblige le dépositaire à apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (3); ce qui, en d'autres termes, est le soumettre exclusivement à la prestation de la faute lourde, et l'exempter de cette vigi-

(1) Les articles du Code Napoléon qui traitent des fautes sont : 450, 601, 804, 1137, 1245, 1374, 1382, 1383, 1562, 1624, 1728, 1732, 1733, 1806, 1850, 1880, 1882, 1927, 1928, 1992, 2037, 2080. Je prouverai tout à l'heure le point que j'énonce contre M. Toullier, M. Proudhon et M. Duranton.

(2) L. 22, § 3, Dig. Ad. S. C. Trebellian.

(3) Cet art. 1927 est emprunté à la loi 32, Dig. *Depositum vel contractum*, dans laquelle Celsus enseigne que ne pas avoir pour la chose d'autrui le soin qu'on a pour sa propre chose est une fraude (*fraude non caret*), ou, ce qui est la même chose, une faute grave. On peut voir Godefroy sur cette loi.

lance sans laquelle il n'y a pas de bon père de famille.

Est-ce tout? non. Et si le mandat est gratuit, le mandataire ne sera tenu que de la faute lourde, d'après l'art. 1992 (1).

De même, le juge peut prendre les circonstances en considération pour ne rendre le *negotiorum gestor* responsable que de la faute lourde (art. 1374) (2).

366. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que les cas où la faute grave est le *maximum* de la responsabilité sont précisément ceux où la détention de la chose est sans utilité pour celui qui est chargé de la conserver. Voyez en effet! L'héritier bénéficiaire retire souvent plus d'embarras que de profit de la succession; on ne lui impute donc que la faute grave. Le dépositaire rend un office d'ami; la garde du dépôt n'a que peines pour lui; la faute lourde lui sera seule imputée. Cependant, si, par exception, il reçoit un salaire, si le dépôt est uniquement dans son intérêt, il devient responsable de la faute légère (art. 1928).

Le mandat gratuit est une charge et non un avantage; aussi le mandataire n'est responsable que de la faute lourde, et, pour qu'il soit tenu de la faute légère, il faut qu'il reçoive un salaire (art. 1992). N'est-ce pas là la distinction du droit romain entre les conventions qui ont pour objet l'utilité du détenteur, et celles qui ne lui procurent pas d'avantages? Pourquoi donc la proscrire, cette distinction, dans le § premier de l'art. 1137, puisque dans l'application on est impuissant pour y échapper, et que d'ailleurs la justice exige qu'elle soit maintenue? car celui qui fait un sacrifice gratuit ne doit pas être traité aussi sévèrement que celui qui exploite à son profit la

(1) Je dis la faute lourde, car l'article 1992 fait allusion à une vigilance moins exacte que celle du bon père de famille.

(2) Même observation.

chose qu'il détient, ou qui est payé pour la conserver.

367. L'art. 1137 est donc rédigé d'une manière embarrassée et confuse; il pose des règles trop générales, il promet plus qu'il ne tient. Il suppose l'existence de ce qui n'existe pas, la faute très légère, et il fait croire à la suppression d'une distinction qui est maintenue dans toute sa vigueur, et qu'il eût été injuste d'abolir.

368. Mais, au milieu de ces imperfections de l'article 1137, nous écrierons-nous avec M. Duranton qu'il n'y a aucune différence entre la théorie du Code Napoléon sur les fautes, et l'ancienne jurisprudence, qui se croyait l'écho du droit romain? Nous reconnaitrons au contraire que cet art. 1137 a un grand sens, et qu'il a introduit d'heureuses améliorations qu'on ne pourrait méconnaître sans être infidèle à son esprit et à son texte.

369. D'abord nous répétons ce que nous avons dit au n° 364, savoir, que le Code Napoléon exclut toute recherche et toute responsabilité de la faute très légère.

Ici, nous avons à répondre à la fois à M. Toullier, qui veut que, de droit, l'on soit toujours tenu de la faute très légère (1); à M. Proudhon, qui trouve des traces de cette faute dans quelques dispositions exceptionnelles du Code Napoléon, et à M. Duranton, qui soutient que l'on en est tenu dans tous les cas où l'ancienne jurisprudence l'admettait.

370. Commençons par M. Toullier, qui, le premier de nos jours, a porté le flambeau de la critique sur cette partie du Code Napoléon; ce jurisconsulte a fait sentir les inconvénients de la division tripartite de Vinnius, Heineccius et Pothier. Mais, pour échapper à des distinctions vicieuses et souvent embarrassantes, il s'est jeté, à mon avis, dans un excès con-

(1) T. 6, n. 233.

traire, en se refusant à toute espèce de distinction et en voulant que tout fait quelconque de l'homme, même celui qui ne constituerait qu'une faute très légère, donne lieu à des dommages et intérêts.

L'art. 1137 se refuse à cette rigueur outrée. La règle qu'il pose, c'est que celui qui est chargé de la garde d'une chose doit y apporter *tous les soins d'un bon père de famille*; et rien de plus (1).

371. Or, qu'est-ce que la diligence d'un bon père de famille? C'est la diligence de celui qui, comme le dit Heineccius (2), tient le milieu entre l'avare aux cent yeux et l'homme négligent et dissipé. C'est, dans le système dont M. Ducaurroy est l'organe, et que j'adopte pleinement, la diligence qu'un individu aussi diligent que les hommes le sont ordinairement apporte à la conservation de ce qui lui appartient. On voit qu'en ce point les deux systèmes se rencontrent, et conduisent à une même définition, c'est-à-dire à ce juste milieu qui est dans la nature de l'humanité.

372. Sur quoi se fonde donc M. Toullier pour trouver dans le Code une disposition qui ajoute à l'austérité de l'art. 1137? Ce sont les art. 1382 et 1383 qui viennent à son secours; l'art. 1382 qui porte : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »; l'art. 1383, qui ajoute : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. »

Voilà, dit M. Toullier, des textes qui font disparaître toutes les distinctions entre la faute lourde, la faute légère, la faute très légère. Y a-t-il eu dommage, cela suffit pour qu'on soit tenu de le réparer.

(1) J'ai montré ci-dessus, n. 364, que la seconde partie de l'article annonce à cela la possibilité d'une exception dont aucun texte n'offre d'exemple.

(2) Instit., n. 786.

Peu importe que ce dommage provienne d'une faute lourde, légère ou même très légère.

Mais M. Toullier ne fait pas attention que ces deux articles, qui lui paraissent si décisifs, sont étrangers à la matière des contrats, qu'ils ne se réfèrent qu'à la matière des *délits* et des *quasi-délits*; qu'ainsi ils ne sauraient être empruntés au titre qui les renferme, pour limiter l'art. 1137, règle des fautes contractuelles (1).

Cette méprise de M. Toullier est aussi celle qui avait égaré les interprètes du droit romain, lesquels ayant trouvé que dans la matière des quasi-délits, Ulpien disait (2) que l'on est tenu de la faute très légère, importèrent cette sorte de faute dans la matière bien différente des fautes contractuelles.

373. Je dis qu'il ne faut pas confondre les fautes contractuelles avec les délits ou quasi-délits.

Dans les contrats, en effet, l'on suit la foi du débiteur. C'est volontairement qu'on lui livre ou qu'on lui laisse la chose dont il est constitué gardien. Vendeur, bailliste, associé, emprunteur, dépositaire, procureur, gagiste, tous ont été investis de la chose par un acte de confiance du créancier. Ce créancier a su avec qui il traitait; il a pu faire la loi, dicter ses conditions, imposer une responsabilité plus ou moins grande. N'ayant rien stipulé de particulier à cet égard, il faut supposer qu'il n'a compté que sur les précautions que suggère la prudence commune et ordinaire chez les hommes rangés et attentifs, et qu'il n'a pas exigé de ses commettants cette prudence extrême et insolite que la nature a refusée au commun des hommes. S'il avait voulu plus que l'exactitude du bon père de famille, il aurait fallu qu'il en fit l'ob-

(1) Cette observation a été faite par M. Proudhon (Usuf., t. 3, n. 1514) et par M. Duranton (t. 10, n. 408, p. 418).

(2) L. 44, Dig. *Ad legem Aquilianam* : « In lege Aquilla et LEVISSIMA CULPA VENIT. »

jet d'une stipulation expresse. Son silence est une preuve qu'il n'a rien désiré d'extraordinaire et de trop onéreux.

Au contraire, dans la matière des délits et des quasi-délits, je ne traite pas avec celui qui me blesse par la rapidité de son cheval, qui me casse un bras en jetant un corps dur par sa fenêtre, qui, faute de précaution, envoie le feu dans mes récoltes. Je n'ai pas été chercher et choisir cet homme imprudent; je n'ai pas pu lui imposer des conditions sur le degré de responsabilité dont il est tenu envers moi; je n'ai pu me débarrasser de lui ou l'éviter. Est-il donc extraordinaire que, dans l'imputation de ces sortes de faits, la loi soit différente de ce qu'elle est dans l'appréciation de la faute contractuelle? Y a-t-il parité entre des rapports fortuits nés d'une rencontre ou d'un voisinage fâcheux mais inévitable, et des rapports réglés par la volonté réfléchie des parties? Peut-on comparer des accidents contre lesquels la partie lésée n'a pu se prémunir par aucune prévision, et que la loi doit chercher à prévenir en interposant sa sévérité, avec des dommages éprouvés dans des communications volontaires où tout a pu être calculé?

374. Ces raisons ne s'appliquent pas aux engagements qui se forment sans convention, comme les engagements du tuteur, du communiste qu'on n'a pas choisi, du *negotiorum gestor*, de l'héritier bénéficiaire. Mais d'autres considérations non moins puissantes empêchent qu'on n'étende jusqu'à eux les articles invoqués par M. Toullier.

Le tuteur exerce, souvent malgré lui, une fonction légale ou dative. On l'arrache à ses affaires pour soigner celles d'autrui. Ne semble-t-il pas dès lors qu'il n'y ait pas lieu à se plaindre de sa gestion, lorsqu'il y a apporté le même soin qu'à l'administration de sa fortune personnelle? Faisons attention néanmoins qu'il est appelé à conserver les intérêts d'un mineur, et que la cause du mineur est toujours privilégiée.

Le tuteur sera donc responsable de la faute légère. Mais ce sera là le *maximum* de sa responsabilité, et il y aurait injustice à être plus exigeant.

Le communiste que le hasard vous donne est copropriétaire avec vous de l'objet indivis. Lorsqu'il en jouit, c'est pour ainsi dire de sa chose même qu'il fait usage. Que pouvez-vous donc lui demander de plus que le degré de vigilance qu'il met à ses propres affaires? Ne pouvez-vous pas, si vous le trouvez insouciant et inattentif, vous débarrasser de sa société incommode en demandant le partage? Qui vous oblige à le tolérer? Cependant, par égard pour le principe général de l'art. 1137, je consens à faire plus que le droit romain, qui ne lui imputait que la faute lourde (1), et à le rendre responsable de la faute légère, ce qui est exiger de lui les soins d'un bon père de famille considéré d'une manière abstraite. Mais aller jusqu'à la faute très légère, c'est parler en stoïcien et non pas en jurisconsulte.

Le *negotiorum gestor* veut vous rendre un service et vous apporte spontanément le tribut des soins dont il est capable pour ses affaires propres. La bonté de l'intention ne doit pas faire oublier qu'il y a imprudence, c'est-à-dire faute, dans le fait de celui qui s'immisce dans les affaires des autres avec une capacité bornée. La loi exige donc de lui plus que la réparation de la faute lourde; elle veut qu'il soit tenu de la faute légère. Quant à la faute très légère, comment pourriez-vous la lui imputer? Si vous aviez administré vous-même votre patrimoine, votre administration eût été celle d'un père de famille diligent, comme le sont en général les hommes soigneux; mais il n'y a pas de vraisemblance que vous y eussiez apporté cette vigilance infatigable, extrême, minutieuse, hérissée de peines et de soins, qui n'est qu'une rare exception dans la société. Pourquoi donc pré-

(1) Paul, l. 25, § 46, Dig. *Familiae ercise*.

tendriez-vous de votre *negotiorum gestor* plus et mieux que vous n'auriez fait vous-même à sa place.

Enfin, l'héritier bénéficiaire administre sans intérêt pour lui. Quoi de plus naturel que de se contenter des soins qu'il aurait pour sa propre chose? Ici, on ne saurait forcer sa responsabilité en lui objectant qu'il s'est mêlé de ce qui ne le regardait pas. Sa qualité d'héritier est sa réponse à l'objection.

375. A ces raisons de doctrine, voulons-nous ajouter le détail des textes? je n'en connais pas un seul qui conduise à penser que le législateur a prétendu imputer la faute très-légère.

L'art. 450 recommande au tuteur d'administrer *en bon père de famille*. D'après le sens qui toujours a été attaché à ces mots, la faute très-légère n'est pas imputable au père de famille (1). M. Toullier pourra-t-il prouver que ces mêmes expressions ont un autre sens dans l'art. 450?

376. L'art. 804 ne charge l'héritier bénéficiaire que de la *faute grave*. Nous voilà bien loin de la faute très-légère.

377. L'art. 1137, dont nous avons tant parlé, pose le système mitoyen que nous cherchons à établir. Les mots, *tous les soins d'un bon père de famille*, n'y ont pas d'autre signification que dans l'art. 450 et dans tous les auteurs qui ont écrit avant le Code. Ce qui le prouve, c'est que, dans le § qui suit, cet article suppose qu'il y a des cas où l'on peut exiger *plus ou moins* que la diligence du bon père de famille. S'il y a possibilité d'exiger quelque chose de plus, c'est donc que la faute très-légère n'est pas comprise dans les dispositions du premier §, et que le législateur n'a entendu parler que de la faute moyenne.

(1) C'est aussi ce qui avait lieu dans l'ancienne jurisprudence (Pothier, Pand., t. 3, p. 824 notes sur la loi 23, Dig. De reg. juris). Tout prouve que le Code Napoléon a voulu suivre les anciens errements.

373. L'art 1245 rend le débiteur d'un corps certain responsable des détériorations survenues *par sa faute* avant la livraison. Dira-t-on que, ce texte ne précisant pas de quelle faute il entend parler, il n'y a pas de raison pour exclure la faute très-légère? Mais l'art. 1245 ne doit pas être séparé de l'art. 1137, dont il répète à peu près la disposition. Or, l'art. 1137 ne rend pas débiteur de la faute très-légère celui qui est chargé de livrer une chose placée sous sa garde. Le mot *faute*, pris isolément, n'implique donc que l'idée de faute légère. Telle était aussi l'acception qu'il avait dans le droit romain. *Culpa est*, disait le jurisconsulte Paul, *quod cum a diligente provideri poterit, non esset praevisum* (1). Dans le droit, les qualités ou les défauts des hommes et des choses se prennent toujours dans un sens mitoyen.

379. D'après l'art. 1374, le *negotiorum gestor* doit apporter dans sa gestion *tous les soins d'un bon père de famille*. Le sens de ceci est maintenant trop bien fixé pour qu'il soit nécessaire d'y insister, et je ferai observer que ce maximum est d'autant plus remarquable que, d'après les interprètes du droit romain, il y avait des cas où la responsabilité du *negotiorum gestor* pouvait aller jusqu'à la faute très-légère (2). N'est-il pas clair que le Code a voulu par sa définition s'éloigner de cette voie?

Même langage dans les art. 1728, 1806, 1880, 601 et 1562.

380. L'art. 1732 porte : « Le preneur répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu *sans sa faute*? » Equivoquera-t-on sur le mot *faute*? Mais nous croyons que tous les doutes seront

(1) L. 31, Dig. Ad. leg. Aquil. La loi 9, § 2, Dig. De juris et facti ignor., confirme cette définition.

(2) Pothier, Pand., t. 3, p. 824, notes sur la loi 23, Dig. De reg. juris.

bientôt levés si l'on compare l'art. 1732 avec l'art. 1245 dont nous venons de parler, et surtout si l'on se souvient que, d'après l'art. 1728, le preneur ne doit que les soins d'un bon père de famille. Donc on ne peut exiger de lui les soins de l'homme aux cent yeux toujours ouverts; donc on ne peut lui imputer que la faute légère; donc la faute dont il est question dans l'art. 1732 n'est pas la faute très-légère.

381. C'est dans le même sens que l'art. 1850 dit que l'associé est tenu des dommages qu'il a causés à la société par sa faute. L'art. 1137 est toujours là pour expliquer qu'il ne s'agit que de la faute que n'aurait pas commise un bon père de famille, c'est-à-dire de la faute légère. Les mêmes observations expliquent l'article 1992.

382. L'art. 2080 veut que le créancier gagiste réponde, selon la règle établie au titre des contrats et obligations, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. Est-il nécessaire de dire, en présence d'un texte aussi précis, que l'art. 1137 est encore le meilleur commentaire de l'art. 2080, et que la négligence dont parle l'art. 2080 est la faute légère, c'est-à-dire l'omission des soins d'un bon père de famille?

383. Enfin, l'art. 1927 vient poser une limite inférieure à la faute légère en ne demandant au dépositaire que les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. Comme nous l'avons déjà dit, c'est là la faute lourde, définie par Celsus dans des termes que l'art. 1927 ne fait en quelque sorte que traduire (1).

Il est vrai que l'art. 1728 prévoit plusieurs cas dans lesquels la responsabilité du dépositaire doit être appréciée avec plus de rigueur; mais il ne dit pas à quel point cette rigueur doit s'arrêter de droit, et dès lors

(1) L. 32, Dig. *Depositum vel contra*.

la règle générale posée par l'art. 1137 empêche qu'on ne s'élève jusqu'à la faute très-légère.

384. On pourra peut-être objecter que, s'il arrivait que le dépositaire fût un homme extrêmement soigneux pour ses affaires, et qu'il n'apportât pas une diligence aussi minutieuse à la garde du dépôt, cette faute, quoique très-légère, devrait être punie d'après notre article; qu'ainsi on ne saurait dire que la faute très-légère soit exclue radicalement du système du Code.

Cette objection roule sur une erreur. En morale et en droit, celui qui veut bien s'exténuer pour faire prospérer ses affaires n'est pas obligé d'en faire autant pour rendre à autrui un service gratuit. Tout ce qu'on peut exiger de lui, dans la plus stricte justice, c'est qu'il ne descende pas au-dessous des soins du bon père de famille. Lors donc que le législateur prend pour point de comparaison les soins que le dépositaire apporte à sa propre chose, il n'entend pas parler de ces soins excessifs, extraordinaires, qui tiennent un homme éveillé jour et nuit. Ces soins-là ne sont pas dus; et si on les a, au péril de sa santé, pour ses affaires propres, rien ne commande de les avoir pour les affaires des autres. Le plus haut terme de comparaison est donc la diligence du bon père de famille. Celui qui, pour sa chose, est un administrateur diligent, doit l'être aussi pour le dépôt dont il s'est chargé, sans quoi il serait coupable d'un manque de foi. Mais on ne saurait lui demander rien de plus, et c'est ainsi que ce point de droit était entendu dans l'ancienne jurisprudence (1), dont le Code n'a pas voulu s'écarter.

385. Donnons maintenant un mot de réfutation à la doctrine de M. Proudhon. Ce jurisconsulte, après avoir fort bien aperçu que la règle générale, posée par le Code Napoléon, est dans tous les cas, et à moins

(1) Voyez Pothier, *Traité du Dépôt*.

d'une exception formelle, que le débiteur est soumis à tous les soins d'un bon père de famille, croit néanmoins que, dans quelques circonstances singulières, le Code Napoléon a eu égard aux fautes très légères, et qu'il ne les a pas complètement rejetées, ainsi que je le soutiens.

Mais l'art. 1374, dont se prévaut M. Proudhon pour appuyer cette proposition, établit précisément tout le contraire. Car, en ne soumettant le *negotiorum gestor* qu'à tous les soins d'un bon père de famille, il s'écarte du système des interprètes du droit romain qui lui imposaient, dans certains cas, tous les soins d'un père de famille très diligent (1). Il ramène donc l'obligation, qui, suivant ces auteurs, pouvait être de la faute très légère, à la faute légère. Quant à la seconde partie de l'art. 1374, loin de nous conduire jusqu'à la faute très légère, elle nous en éloigne expressément, puisqu'elle permet de faire descendre la responsabilité au-dessous de la faute légère elle-même.

386. L'opinion de M. Proudhon ne trouve pas plus d'appui dans l'art. 1882, qui rend l'emprunteur responsable de la perte de la chose empruntée, lorsqu'il a préféré conserver la sienne, ne pouvant sauver que l'une des deux. Cette disposition est empruntée à Ulpien (2) : « Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, quum posset res commodatas salvâ facere, suas prætulit. »

Mais Ulpien est si loin de rattacher cette solution à une responsabilité qui s'étendrait jusqu'à la faute très légère, qu'il ajoute immédiatement après ; *Custodiam planè commodatæ rei, etiam diligentem debet præstare*. Ulpien n'a donc en vue qu'une surveillance di-

(1) Heineccius, n° 788. Pothier, Pand., t. 3, p. 824, notes sur la loi 23, Dig. *De reg. juris*.

(2) L. 5, § 4, Dig. *Commod. vel contra*.

ligente, et non pas une surveillance très diligente. La faute très légère est ici hors de cause.

Et, en effet, le commodataire qui, pouvant sauver d'un cas fortuit la chose prêtée, aime mieux sauver la sienne, n'est pas exempt de malice. Il paie d'ingratitude celui qui lui a généreusement confié son bien. Il se montre d'un égoïsme impardonnable, et je vois dans son fait une faute voisine du dol, plutôt que la faute très légère.

Quoi! dira M. Proudhon, une faute voisine du dol, si la chose que le commodataire s'empresse de sauver était bien supérieure en valeur à celle du prêteur!!!

J'avoue que dans ce cas nous nous écartons davantage du dol; mais nous sommes encore éloignés de la faute très légère. En effet, l'emprunteur n'a pas été pour cette chose, qu'il a laissée périr, le bon père de famille; car il l'a abandonnée pour une autre qu'il a affectionnée davantage. Si le prêteur eût été là, en présence du péril, il aurait sauvé sa chose; car le danger n'était pas irréparable. Or, le détenteur d'un objet qui ne fait pas pour la conservation de cet objet ce qu'aurait fait le propriétaire avec l'aide d'une prudence ordinaire commet une faute lourde dans certains cas, légère dans certains autres. Mais dire que son omission constitue une faute très légère, c'est là juger avec inexactitude (1).

387. Quant à l'art. 1923, qui porte que le dépositaire doit être traité avec plus de rigueur lorsque, par le contrat de dépôt, il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de fautes, je n'ai rien à en dire, sinon que la loi reconnaît aux parties un droit dont elle n'a pas cru devoir elle-même profiter. Que le créancier exige que le débiteur sera tenu de la faute très légère, il le peut, et je suis

(1) Je n'ignore pas que Pothier rattache l'obligation de l'emprunteur à une diligence très exacte (*Prêt à usage*, n° 56). Mais il me semble qu'il y a beaucoup à dire contre cette assertion.

loin de le nier. Mais je dis que c'est précisément à cause de cela que la loi ne punit jamais cette faute ; car elle s'en rapporte à la vigilance du créancier pour la stipuler, si cela lui convient ; quant à elle, elle arbitre la capacité des hommes en se basant sur un terme moyen, qui est la seule mesure équitable des actions de l'homme.

388. Le système de M. Duranton doit maintenant faire l'objet de notre examen.

Il faut d'abord s'entendre avec lui sur ce qu'il entend par faute lourde, faute légère et faute très légère.

M. Duranton s'est appliqué à reproduire toutes les définitions des anciens interprètes.

La faute lourde, ou grande négligence, n'est pas seulement relative, comme quand un homme négligent a pour la chose d'autrui encore plus de négligence que pour la sienne ; elle est aussi absolue, comme quand on juge le défaut de diligence en lui-même, et qu'on le punit comme n'étant que le partage des hommes les moins soigneux dans leurs affaires (1).

La faute légère doit être examinée sous deux points de vue. Tantôt elle est estimée par la vigilance que tout père de famille bien réglé a coutume d'apporter à la conduite de ses affaires, abstraction faite de celle que le détenteur de la chose met dans l'administration de ce qui lui appartient, et c'est ce que M. Duranton appelle, avec Heineccius (2), la faute légère prise dans le sens abstrait (*in abstracto*) ; tantôt la faute légère est estimée en considérant la vigilance habituelle qu'apporte dans ses affaires celui avec qui l'on a traité ; c'est la faute légère dans le sens concret (*in*

(1) Ulp., l. 213, § 2, Dig. De verb. signif. : « *Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt.* » Paul dit la même chose, l. 223. Dig. De verb. signif.

(2) N° 787.

concreto), toujours d'après le langage d'Heineccius et des interprètes.

Quant à la faute très légère, la définition de M. Duranton ne s'éloigne pas de celle que nous avons donnée ci-dessus. Nous n'avons rien à en dire pour le moment.

Mais les deux premières définitions nous paraissent manquer de vérité, et ne pouvoir se combiner avec les textes du Code Napoléon.

389. Il n'y a dans les contrats et quasi-contrats qu'une manière de concevoir la faute lourde. C'est de comparer l'omission dont on poursuit le dommage à la conduite que tient le débiteur dans la gestion de ses affaires. Un homme est négligent et inconsidéré dans ce qui le concerne ; vous ne pouvez pas toujours vous en plaindre, vous qui vous êtes confié à lui. Mais si dans la conservation de la chose que vous avez remise en ses mains il montre encore moins de vigilance que pour ses affaires propres, alors ce sera un manque de foi de sa part, ou, si on l'aime mieux, une faute lourde, dont il sera responsable envers vous. Tel est le point de vue sous lequel Celsus envisage ce genre de faute (1). Et si je voulais approfondir la question d'après le droit romain, je pourrais prouver, avec Lebrun et M. Ducauroy, que c'est

(1) L. 32, Dig. Depos. vel. contrā. La même idée est reproduite, suivant moi, dans la loi 22, § 3, Dig. Ad S. C. Treb., empruntée à Ulpien. Après avoir dit que le grevé n'est tenu que de la faute lourde, il ajoute : *Sed et si cum distrahere deberet non fecit, lata culpa, non levi et rebus suis consuetā negligentia, hujusmodi rei rationem reddet* ; ce que je traduis ainsi : « Mais si, devant vendre, il ne l'a pas fait, par suite d'une faute lourde » (mais non pas parce qu'il aura commis une faute légère et qu'il se sera laissé aller à une de ces négligences qui lui sont habituelles dans la gestion de ses affaires), il sera responsable. » En effet, une telle négligence n'est pas une faute lourde. Il n'y aurait faute lourde qu'autant que le grevé serait encore plus négligent pour la garde du fidéi-commis que pour sa propre chose.

là la vraie définition de la faute lourde dans les contrats et quasi-contrats. Mais cette discussion m'entraînerait trop loin, et je veux me renfermer dans le Code Napoléon.

Or, le Code nous fournit un texte précieux à l'appui de la définition que je substitue à celle M. Duranton. C'est l'art. 1927, portant : « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

Voilà donc la diligence du gardien estimée d'une manière relative. Tant qu'il donnera à la conservation du dépôt les mêmes soins qu'il donne à ses propres affaires, il sera exempt de reproches. La responsabilité ne commencera pour lui qu'au moment où il omettra, pour surveiller la chose déposée, quelques-uns des soins qu'il sait ne pas négliger pour ce qui lui appartient. Mais si par caractère et par habitude il est négligent ou inconsidéré dans ce qui le concerne, il le sera impunément à l'égard du déposant. Ainsi ce n'est pas le fait en lui-même qu'il faut examiner ; ce n'est ni sa gravité abstraite, ni le tort réel qu'il a causé, qui doivent être la règle du magistrat. Une question d'imputabilité domine tout ; c'est d'elle que dépend la réparation du dommage.

390. Je crois, au fond, que rien n'est plus juste ni plus moral.

Il s'agit en effet de punir civilement une faute lourde, une faute tout aussi répréhensible que le dol (1). Il s'agit de prononcer des dommages et intérêts proportionnés à la gravité de cette faute. Certes, c'est là quelque chose de sérieux, qui rapproche le juge civil du juge criminel. Or, ne serait-il pas inique que le fait fût dépourvu de ses circonstances atténuantes, et qu'il fût considéré matériellement (si

(1) *Latiorem culpam dolum esse*. Celsus, l. 32, Dig. *Depositi vel contrâ*.

je peux m'exprimer ainsi), et indépendamment de sa moralité? Telle omission qui, dans certains cas et eu égard à certaines personnes, est une faute grave, peut n'être qu'une faute légère dans d'autres circonstances (1) et eu égard à d'autres personnes qui par leur âge, leur sexe, leur inaptitude, leur incurie naturelle et non affectée, doivent être traitées avec indulgence. En jurisprudence, comme aux yeux du philosophe et du théologien, les mêmes faits ne sauraient constituer toujours des fautes d'égale étendue.

Maintenant, qu'a voulu l'art. 1927? Caractériser la faute lourde, comme l'avaient fait Paul et Ulpien. Sachons donc profiter de ce trait de lumière. Contentons-nous de cette définition et prenons-la pour règle dans les autres cas où la loi ne s'est pas expliquée avec la même précision. J'ose penser qu'en procédant ainsi, on sera plus exact que M. Duranton.

391. Cet auteur veut, par exemple, que l'héritier bénéficiaire qui, conformément à l'art. 804, doit répondre de la *faute grave*, n'en soit tenu qu'*in abstracto*, « Quand bien même, dit-il, cet héritier serait un homme très soigneux pour ses propres affaires, si les fautes qu'il a commises dans son administration n'étaient pas graves, il n'en répondrait pas (2). »

D'où il faut conclure que, si la faute était grave dans le sens abstrait, il faudrait l'imputer à l'héritier qui pourrait se défendre par son âge qui serait celui de l'inexpérience, par son sexe qui serait celui qui comporte l'ignorance des affaires, par son incapacité habituelle et bien constatée qui l'empêcherait de mettre dans les affaires de la succession plus de diligence que dans les siennes propres.

(1) Les loi 213, § 2, et 223, Dig. *De verb. signif.*, citées tout à l'heure, ne prouvent rien contre ceci ; elles ne sont pas applicables, lorsque le fait est tel, malgré sa gravité, qu'un certain nombre d'hommes n'en comprennent pas les dangers. Ces deux lois n'excluent pas une appréciation relative.

(2) T. 10, p. 420.

Eh bien ! la proposition de M. Duranton et la conséquence qui en découle me paraissent également conduire à l'injustice. L'homme vigilant pour ses affaires, qui se laisse aller, pour les affaires de la succession, à des omissions qu'on ne trouve pas dans ce qui le concerne personnellement, manque de bonne foi et se rend coupable d'une faute grave, quand même le fait pris isolément peut ne paraître qu'une faute légère.

L'héritier que son âge, son sexe, son inexpérience habituelle placent dans une position à part, ne mérite pas d'être puni quand il a gouverné les choses de la succession comme les siennes propres; et quoique sa négligence pût, au premier coup d'œil, être qualifiée de faute lourde, cependant, en égard à la personne qui l'a commise, elle n'est qu'une faute légère, non imputable en pareil cas. C'est ce qu'Ulpien décidait pour l'héritier grevé d'un fidéicommiss (*Non levi et rebus suis consuetâ negligentia*) (1). Il y a même raison de décider pour l'héritier bénéficiaire.

392. Je ne suis pas plus satisfait des distinctions sur la faute légère que M. Duranton a empruntées aux anciens docteurs. En elles-mêmes, ces distinctions peuvent être niées, et dans leur application au droit romain je n'y ai aucune foi. Mais elles me paraissent bien plus exotiques encore dans le système du Code Napoléon.

En effet, qu'on prenne un à un tous les articles du Code Napoléon, ainsi que je l'ai fait ci-dessus; on verra qu'ici ils cessent d'avoir égard aux habitudes individuelles de celui qui est préposé à la conservation de la chose; mais qu'ils créent un type général, celui du bon père de famille. C'est à ce type abstrait qu'ils rapportent l'acte qu'il s'agit d'estimer, et il n'y a faute alors qu'autant que le bon père de famille

(1) *Suprà*, n° 381. Loi 21, § 3, Dig. *Ad S. C. Trebell.*, dont nous avons donné la traduction.

eût fait dans les circonstances données ce que le débiteur a omis de faire. Les articles 1374, 1728, 1880, et surtout l'art. 1137, qui contient le principe de toute la matière, sont décisifs; ils dégagent le fait de tout ce qu'il y a de relatif, et ils se renferment dans l'absolu.

393. A la vérité, l'art. 1850, qui règle la diligence de l'associé, est moins précis. Il dit, avec un peu de vague peut-être: « *Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute;* » et ce qu'il y a de remarquable, c'est que c'est précisément au sujet de l'obligation de l'associé que les interprètes avaient créé leurs distinctions entre la faute légère *in concreto*, et la faute légère *in abstracto* (1). Aussi M. Duranton profite-t-il du vague de l'art. 1850 pour dire que, dans le contrat de société, on doit se contenter d'une diligence égale à celle que l'associé met dans l'administration de ses propres biens, pourvu toutefois que la faute qui lui serait reprochée ne fût pas lourde (2). Ainsi, l'associé omet-il, dans la conduite des affaires de la société, les soins du bon père de famille, il n'est pas responsable s'il n'est pas plus diligent dans la conduite de ses propres affaires; pourvu toutefois que la faute ne soit pas très grave et comparable au dol. Car dans tout contrat quelconque le dol doit être réprimé. Mais est-il plus diligent pour ses propres affaires que pour celles de la société, il est responsable, à condition toutefois que la faute ne sera pas très légère (3); car, dans les contrats intéressés de part et d'autre, la faute très légère n'est pas imputable.

(1) Heineccius, n° 787, l. 72, Dig. *Pro socio. Inst., De societ., § 9.*

(2) T. 40, p. 423, n° 411.

(3) *Idem*, p. 413, n° 400. Voët pensait cependant (car il y avait autant de systèmes que de jurisconsultes) qu'étant très diligent pour ses propres affaires, il devait l'être aussi, à peine de dommages et intérêts, pour celles de la société (*Pro socio*, n° 12).

Tout ceci me paraît en opposition avec la volonté du législateur, hautement manifestée par l'art. 1137 du Code Napoléon. La distinction arbitraire entre la faute légère *in concreto* et la faute légère *in abstracto* est effacée par cet article important dont M. Duranton ne veut pas tenir compte. Puisqu'en effet la diligence de celui qui garde la chose doit être celle d'un bon père de famille (1137), il n'y a pas à s'enquérir des particularités de sa conduite, et de son zèle plus ou moins actif pour ce qui touche à ses intérêts. Il suffit d'examiner ce qu'à sa place aurait fait un bon père de famille.

Le mot *faute* employé dans l'art. 1850 ne peut se plier, sans une véritable torture, à une autre interprétation. Car l'art. 1137 est là, toujours présent, pour fixer le sens du mot *faute*. C'est la faute telle que ne la commet pas le bon père de famille, et non la négligence estimée dans un sens relatif à celui à qui on la reproche.

394. Le législateur a toujours pris soin d'éviter ces expressions *fautes lourdes, fautes légères et très légères*, dans la matière des contrats (1). Il s'est contenté de donner deux règles de conduite au gardien de la chose d'autrui, et c'est dans l'observation ou l'infraction de ces deux règles que gît toute la théorie des fautes. 1° Ayez pour la chose dont vous êtes chargé le même soin que celui dont vous êtes capable pour la surveillance de la vôtre. 2° Ayez pour la chose d'autrui, non-seulement l'attention que vous portez à la vôtre, mais encore celle qu'un bon père de famille aurait à votre place. La première de ces règles n'exige qu'un soin relatif, et sa violation constitue la faute lourde. La seconde exige un soin dont

(1) M. Berlier, discussion au conseil d'État sur l'art. 1850 (Fenet, t. 14, p. 374). Si l'on trouve une fois le mot *faute grave*, c'est dans l'art. 804, au titre des Successions; mais alors on n'avait pas encore réfléchi à la théorie des fautes en général.

la mesure se trouve dans un modèle impersonnel et abstrait; sa violation constitue la faute légère, c'est-à-dire une faute moins grave que la précédente.

395. Pourquoi ne doit-on pas tenir compte, dans l'estimation de la faute légère, des circonstances atténuantes qu'apportent les imperfections naturelles de la personne inculpée? C'est que le législateur a voulu arriver à un plus haut degré de sévérité, pour mieux protéger certains intérêts. C'est que, dans ce but, il a commandé à l'homme de s'élever, en quelque sorte, au-dessus des forces qu'il est habitué à déployer; c'est qu'il exige un effort de bonne volonté, un surcroît de vigilance, un redoublement d'activité. Tout cela est possible et faisable, et il ne faut pas crier à un stoïcisme impraticable; car la limite de ces efforts est dans l'humanité même. Elle s'arrête aux soins de ce bon père de famille qui, dans l'ordre des intérêts civils, représente un juste milieu, règle habituelle de l'homme.

396. Avoir rétabli la justesse des définitions que M. Duranton avait faussées, à mon avis, c'est avoir renversé presque tout son système. Car, quand il parle de la faute très légère comme pouvant donner lieu à des dommages et intérêts, il s'appuie beaucoup plus sur les idées des anciens commentateurs que sur les textes du Code Napoléon, qu'il ne cite presque pas.

397. Revenons maintenant à notre première proposition (1), savoir, que le Code a banni du nombre des fautes contractuelles la faute très légère. Nous ne pouvons qu'applaudir à cette réforme. Il y avait quelque chose d'une trop grande rigueur théologique dans le système des interprètes qui voulaient tenir compte de cette faute si minime. Ils faisaient dégénérer le droit en une école de casuistes inflexibles et en distinctions de cas de conscience qu'il faut laisser au

(1) Nos 364, 369, *suprà*.

tribunal de la pénitence. Quand un homme a pris toutes les précautions que suggère la prudence ordinaire, quand il a fait preuve de cette diligence attentive qui est le lot du bon père de famille, il a rempli son devoir aux yeux de la loi; et l'on ne doit pas sévir contre les omissions *vénies* qu'on ne saurait prévenir que par un raffinement de prévoyance et par des prodiges d'activité que la nature a refusés au commun des hommes.

398. Une seconde amélioration que n'a pas aperçue M. Duranton, c'est qu'il n'y a plus de différence, en ce qui concerne la responsabilité du détenteur, entre les contrats intéressés de part et d'autre, et ceux qui assurent au détenteur un profit exclusif. Dans les uns comme dans les autres, la seule diligence requise, c'est celle du bon père de famille. En effet, par le système des interprètes, le commodataire était tenu de la faute très légère; mais, d'après l'art. 1880 du Code Napoléon, il n'est responsable que de l'omission dont le bon père de famille se montre exempt, et cette disposition me paraît beaucoup plus juste que l'autre. Je ne vois pas pourquoi la responsabilité du détenteur serait aggravée de ce qu'il serait seul à tirer avantage de la chose, et pourquoi elle serait diminuée de ce que l'autre partie aurait un profit dans le contrat. La circonstance d'un avantage exclusif ne doit rien ajouter à la responsabilité. Soit que l'avantage soit mutuel, soit qu'il soit exclusif, l'obligation doit toujours rester celle d'un bon père de famille. Que celui qui veut trouver dans la partie avec laquelle il traite les qualités par excellence, lui impose le devoir de les apporter. Mais la loi juge les hommes tels qu'ils sont en général, et elle ne peut tenir compte de ces vertus extraordinaires, de ces organisations accomplies, qui malheureusement sont de trop rares exceptions.

399. Il ne nous reste plus qu'à résumer cette longue discussion.

Une règle générale existe sur la prestation des fautes, c'est que, de droit, on est tenu de la diligence du bon père de famille.

Pour échapper à cette obligation, il faut une disposition exceptionnelle de la loi; et cette exception a lieu lorsque le détenteur de la chose ne retire aucun profit de sa possession. Alors la faute lourde est seule imputable.

Dans tous les autres cas, c'est la vigilance du bon père de famille qui doit être prise pour terme de comparaison. Ainsi, plus de différence entre les contrats qui procurent un avantage mutuel ou un profit exclusif. Ces distinctions des interprètes, entées sur le droit romain, sont désormais abolies; plus de subdivisions de la faute en faute légère et très-légère; plus de nuances arbitraires entre la faute grave *in abstracto* et la faute grave *in concreto*, entre la faute légère *in abstracto* et la faute légère *in concreto*. La loi ne reconnaît que deux genres de fautes, la faute grave, et la faute légère. La faute très-légère est renvoyée au domaine de la conscience; elle ne trouve plus de place dans les contrats, à moins que l'on ne stipule expressément qu'elle sera imputable. La faute grave, c'est être plus négligent pour la chose d'autrui que pour sa propre chose. La faute légère, c'est omettre le soin que le bon père de famille, considéré comme être abstrait, apporte dans la gestion de ses affaires.

Tel est le système simple, vrai, facile à appliquer, qui domine dans le Code Napoléon. Il ne lui manque que d'être formulé d'une manière plus précise; mais quand on s'est donné la peine de le dégager des nuages qui l'obscurcissent, on le trouve aussi satisfaisant pour la philosophie que commode dans la pratique.

400. Le vendeur qui n'a pas encore livré la chose sera donc tenu, ainsi que nous l'avons dit au n° 361, des soins d'un bon père de famille, et l'on sait main-

tenant à quoi s'en tenir sur le sens de cette obligation. Il devra la réparation, non seulement du dol et de la faute lourde, mais encore de la faute légère.

401. Quoique ordinairement le dol et la fraude ne se présument pas, néanmoins le vendeur, étant débiteur de la chose, doit prouver que la perte a eu lieu par force majeure (1); sinon, il sera condamné en des dommages et intérêts.

402. Mais on sait qu'il y a souvent des événements de force majeure qui sont préparés par la faute de celui qu'ils viennent frapper.

L'incendie peut avoir consumé la maison parce que les ordonnances de police sur le ramonage des cheminées n'auront pas été exécutées, ou parce qu'on aura témérairement jeté quelques étincelles de feu auprès de matières inflammables, etc. Les voleurs peuvent n'avoir ravi la chose vendue que parce que le vendeur n'avait pas fermé avec assez de soin les portes de la chambre qui la renfermait, ou même parce qu'il l'avait laissée exposée aux regards de tous et à la convoitise des malveillants. L'animal acheté peut n'avoir péri que parce qu'il aura été employé à un travail excessif.

On demande si, dans ces différents cas, il suffit au vendeur d'avoir prouvé l'incendie de sa maison, le vol de la chose, la mort de l'animal; ou bien si ce sera encore à lui à établir que ces accidents sont arrivés sans sa faute.

M. Proudhon (2) pense qu'une fois le cas fortuit justifié, la tâche du débiteur est remplie, et que c'est à son adversaire à prouver que la faute en a été la cause.

Car 1^o, dit M. Proudhon, le vendeur n'est plus

(1) Art. 1302 du Code Napoléon.

(2) Usufruit, t. 3, n^o 1540 et suiv. — Junge M. Duvergier, 1, n^o 280.

qu'un défendeur, eu égard à cette réplique, et il se trouve placé sous l'égide de la maxime *Actore non probante, absolvitur reus*.

2^o On ne peut obliger le débiteur à prouver qu'il ne s'est rendu coupable d'aucune faute, *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*.

3^o La présomption du droit est que l'homme n'est pas coupable.

4^o Les art. 1806, 1807, 1808, tranchent la question par une analogie toute puissante.

Il y a cependant plus d'une réponse à cette argumentation.

Mettons d'abord de côté cette raison tirée de l'impossibilité de faire une preuve négative. Elle n'est ici d'aucune application. La position dont on demande au vendeur de justifier est tout affirmative. Par exemple, qu'il prouve que l'incendie est venu d'une maison voisine, ou qu'il a eu lieu par vice de construction et malgré les précautions de ramonage prises assez fréquemment; qu'il prouve que sa maison était barricadée, que l'objet volé était sous clef; qu'il prouve que le cheval vendu a voyagé à vide, ou bien qu'il a toujours été dans les pâturages et à l'écurie; sa défense sera complète et il n'aura eu à insister que sur des faits affirmatifs. M. Proudhon a trop d'expérience pour ignorer qu'il n'y a presque aucune négation qui ne puisse se convertir en une affirmation.

Mais abordons quelque chose de plus sérieux.

L'obligation du vendeur est de prouver le cas fortuit qu'il allègue (art. 1303). Mais y a-t-il preuve de cas fortuit ou d'accident tant qu'il n'est pas établi que c'est le hasard pur ou une force irrésistible qui ont amené la perte de la chose? La preuve est-elle faite quand on peut tout aussi bien penser que la faute de l'homme a concouru avec le fait étranger? Puisque la force majeure est celle à laquelle on n'a pu résister

par aucune prévision (1), n'est-il pas nécessaire de prouver qu'on a résisté par de sages prévisions, et qu'on a été vaincu?

J'invoquerai ici la disposition de l'art. 1245 du Code Napoléon : « Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent pas de son fait et de sa faute, etc. »

Donc, en remettant la chose, le débiteur doit prouver que, si elle est détériorée, ce n'est pas par sa faute; donc encore, c'est à lui à établir que, de sa part, il y a absence de faute. Eh bien! je demande s'il satisfait à cette obligation en prétextant d'un fait qui n'exclut pas nécessairement la faute, d'un fait qui n'est fortuit qu'autant qu'il est démontré que la négligence de l'homme ne l'a pas amené.

Assurément les art. 1302 et 1245 du Code Napoléon, qui forment la règle de la matière, sont plus directement applicables à la question actuelle que les articles 1806, 1807, 1808, dont parle M. Proudhon, et qui peuvent n'être considérés que comme des exceptions.

D'ailleurs, analogies pour analogies, je peux, dans mon système, en invoquer d'aussi décisives que M. Proudhon.

L'art. 1733 du Code Napoléon veut que l'incendie soit, de droit, imputable au locataire, et c'est à ce dernier, à se décharger de cette responsabilité en prouvant que le feu a été mis sans sa faute par suite d'un éclat de tonnerre, d'un vice de construction ou d'une communication de la maison voisine. N'est-ce pas là l'application des principes consacrés par les

(1) V. *suprà* la définition de Vinnius, n° 360; la loi 2, au Dig. *Quod metus causâ*, dit : « *Vis est major rei impetus qui repelli non potest.* »

art. 1302 et 1245? Et cette analogie est d'autant plus grave, que, comme le vendeur, le preneur est tenu d'user de la chose en bon père de famille; que, comme le vendeur, il est obligé de la rendre telle qu'elle était lors du contrat; qu'enfin, comme le vendeur, il ne répond que de la faute légère. Pourquoi donc lui imputer l'incendie? Parce que, d'après l'art. 1302, il doit prouver le cas fortuit, et qu'il n'y a preuve d'accident qu'autant qu'il est démontré qu'il n'y a pas faute; parce que, d'après l'art. 1245, c'est au détenteur à prouver qu'il est exempt de toute négligence.

Ce que l'art. 1733 dit du cas d'incendie, les lois romaines le disent du vol (1); et c'est en s'appuyant sur elles que les interprètes faisaient une sage distinction. Si le vol a été accompagné de violence, il est évident qu'il constitue un fait de force majeure, aucune preuve n'est nécessaire pour le démontrer; mais s'il a été commis sans l'emploi de la force, le vendeur devra prouver que les circonstances ont été telles qu'on ne doit pas l'attribuer à sa négligence. Car, dans ce cas, le vol n'est pas exclusif de l'idée de faute et d'imprévoyance de la part de celui qui en est victime. En général, un père de famille diligent sait se mettre à l'abri du vol. « *Contra furtum*, dit Averani (2), *in quo nulla vis adhibetur, à diligenti paterfamilias, præcaveri potest. RARÒ SINE CULPA NOSTRA ACCIDIT.* »

403. On a vu ci-dessus que le vendeur n'est responsable que de la faute qu'il commet dans la garde de la chose vendue et non livrée, mais qu'il n'est pas tenu du fait de force majeure.

Mais s'il s'était laissé mettre en demeure, il serait responsable tout à la fois du dol, de la faute, et même

(1) Ulp., l. 52, 3, Dig. *Pro sociis*.

(2) *Interpret. juris.*, lib. 2, c. 26, n° 44.

de la force majeure; car, *rem post moram factam perire moratori* (1).

Toutefois, si la chose eût également péri entre les mains de l'acheteur dans le cas où elle lui aurait été livrée, le vendeur serait libéré, quand même il aurait été mis en demeure (2).

404. Nous venons d'épuiser la première exception à la règle qui met la chose vendue aux risques de l'acquéreur aussitôt que le contrat est conclu. On a vu que, lorsque le dommage ou la perte ont eu lieu par la faute du vendeur, c'est ce dernier qui en est tenu.

Il y a une seconde exception à la maxime *Res perit emptori*.

Elle a lieu dans la vente des choses qui se vendent au poids, au compte ou à la mesure. Comme on l'a vu ci-dessus (3), la vente de ces objets ne transfère la propriété qu'autant que le comptage, le pesage et le mesurage ont eu lieu. Il suit donc de là qu'avant ces opérations, c'est sur le vendeur que pèse le péril de la chose (art. 1585). Car, dans le système du Code Napoléon, le risque suit toujours le propriétaire (4).

Au reste, le titre du Digeste *De periculo et commodo rei venditæ* est plein de décisions et d'exemples sur ce point de jurisprudence que nous avons imité de lui.

Mais lorsque le mesurage, le comptage et le pesage ont été faits, tout le risque passe à l'acheteur (5).

En ce qui concerne les ventes d'immeubles faites à tant la mesure, nous avons démontré ailleurs (6)

(1) Voët, ad Pand., *De rei vindicat.*, n° 34. Art. 1042 du Code Napoléon, et 4302, id.

(2) Idem., Pothier, Vente, n° 58.

(3) N° 82, 83.

(4) V. *suprà*, n° 87, 88, les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunal.

(5) Ulpien, l. 4, § 1, Dig. *De peric. et com.*

(6) N° 329.

dans quels cas elles ne sont pas régies par l'art. 1585, de telle sorte qu'avant le mesurage, c'est l'acheteur qui est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose.

405. Une troisième exception à la maxime *Res perit emptori* a lieu lorsque la vente porte sur des objets vendus avec condition de dégustation (1). On peut voir nos observations sur l'art. 1586 du Code Napoléon.

406. Une quatrième exception a lieu dans les ventes soumises à une condition suspensive. « *Cum speciem venditam per violentiam ignis absumptam dicas, si venditionem nulla conditio suspenderat, amissæ rei periculum te non adstringit* (2). »

L'art. 1182 du Code Napoléon résume d'une manière complète tout ce qui se rapporte à ce point. Nous allons le rapporter avec de courtes observations.

« Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur (ici c'est le vendeur), qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'évènement de l'obligation.

« Si la chose est entièrement périée par la faute du débiteur, la condition est éteinte. »

On conçoit la raison de ces deux dispositions.

Si la condition ne se réalise pas, la vente tombe, et le vendeur reste avec sa perte.

Si elle se réalise, elle ne fait que purifier une vente qui manque de cause, puisqu'elle manque d'un objet qui en soit le siège. C'est donc comme s'il n'y avait pas de vente (3).

(1) *Suprà*, n° 99 et 101. Pothier, n° 311, et les auteurs cités dans les notes du n° 101.

(2) Diocl. et Maxim., l. 5, C. *De peric. et com. rei vendit.* Pothier, Pand., t. 1, p. 512, n° 16, et Vente, n° 312. Fargole, Test., t. 2, p. 259, n° 131, et p. 186, n° 14. M. Toullier, t. 6, n° 538 et suiv.

(3) Voët, ad Pand., *De peric. et com.*, n° 5. « *At rei totius in-*

L'art. 1182 continue ainsi :

« Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix, ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix. »

On voit la différence que la loi fait, d'accord avec les lois romaines et l'ancienne jurisprudence, entre le cas de perte et le cas de détérioration de la chose. La raison en est que la détérioration de la chose n'ôte pas à la vente son sujet, et que, lorsque la condition se réalise, le contrat trouve une chose à laquelle il s'applique. Or nous avons vu ci-dessus (1) que le vendeur n'est tenu qu'à délivrer la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la réalisation de la condition. Il s'ensuit que la détérioration est pour le compte de l'acheteur.

Néanmoins, l'art. 1182 permet à l'acheteur de faire résoudre la vente (2); car c'est avant la perfection du contrat que l'état de l'objet vendu s'est trouvé changé, et peut-être que l'acheteur n'eût pas traité avec le vendeur si les détériorations eussent eu lieu au moment où les arrangements ont commencé.

Mais si l'acheteur veut se tenir à la vente, il doit prendre la chose dans l'état où elle se trouve, et il n'a droit à aucune diminution de prix. Il n'y a pas d'antinomie entre cette disposition et celle de l'article 1601 que nous avons ci-dessus analysée. Dans le cas de l'art. 1601, la vente est faite purement et sim-

« teritus, pendente conditione, contingens, venditori nocet, perindè ac si nulla venditio intercessisset, quasi deficienti jam re, sine quâ tamen venditio nulla intelligi potest. » L. 8, Dig. De peric. et com. L. 10, § 5, Dig. De jur. dot.

(1) N° 318.

(2) De même dans le cas de l'article 1601. Mais ici cette faveur a été critiquée (MM. Toullier, t. 6, n° 538; Delvincourt, t. 2, p. 484, notes; Duranton, Contrats, n° 491). Dans tous les cas, c'est une innovation.

plement; mais, au moment où la chose est aliénée, elle a éprouvé, à l'insu des parties, des détériorations. Pour rendre à la vente le caractère commutatif qu'elle doit toujours conserver, il fallait nécessairement diminuer le prix par une réduction proportionnelle; une erreur ne devait pas être le point de départ de la fixation du prix.

Il en est autrement dans le cas de l'art. 1182. Les parties ont traité avec connaissance de l'objet vendu. Aucune erreur n'a été commise de part ni d'autre. C'est depuis le contrat qu'ont eu lieu les détériorations sans la faute du vendeur. Le contrat doit donc ou être anéanti pour le tout, ou subsister pour le tout; il faut que l'acheteur subisse les chances de droit qui sont attachées à la qualité qu'il veut conserver.

407. Une cinquième exception à la règle *Res perit emptori* se trouve dans les ventes alternatives. Soit que le choix ait été laissé au vendeur, soit qu'il ait été laissé à l'acheteur, la première des deux choses qui vient à périr depuis le contrat périt pour le vendeur; car celle qui reste demeure *in obligatione*, et il est obligé de la livrer. Mais si celle qui reste vient aussi à périr, elle périt pour l'acheteur, qui demeure obligé au paiement du prix.

Si les deux choses périssent en même temps, le vendeur est pareillement libéré de son obligation, et l'acheteur reste débiteur du prix (1).

408. Nous terminerons en disant que les parties peuvent déroger aux règles que nous venons de tracer. Ulpien le décide expressément dans la loi 10, D. *De peric. et com. rei venditæ*. Mais ces sortes de pactes, qui déplacent la responsabilité légale, ne doivent pas être étendus hors de leurs cas, et on ne doit les ad-

(1) Paul, l. 34, § 6, Dig. De cont. empt. Pothier, Vente, n° 313.

mettre que lorsqu'il n'y a pas de doute sur leur existence (1).

SECTION III.

DE LA GARANTIE.

ARTICLE 1625.

La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur, a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires.

SOMMAIRE.

409. Le vendeur doit garantir la chose après qu'il l'a livrée.
 410. Signification du mot *garantie*. Son étymologie.
 411. Deux sortes de garantie, celle de droit et celle de fait. Définition de ces deux espèces de garantie.
 412. La distinction de la garantie de droit et de fait est implicitement dans le Code Napoléon. Division de cette section.
 413. Pourquoi tous les vices de la chose ne donnent pas lieu à la garantie. Principes de Cicéron à cet égard. Exagération qu'ils renferment. Saint Thomas a indiqué un juste milieu suivi par le Code Napoléon.
 414. L'obligation de garantir n'est pas inhérente à toute obligation de donner. Contrats qui donnent ouverture à la garantie.

COMMENTAIRE.

409. Il ne suffit pas que le vendeur livre la chose à l'acheteur ; il faut encore qu'il la lui garantisse. C'est la deuxième obligation qui lui est imposée par l'art. 1630 (2).

(1) Brunemann, sur la loi 10, D. *De peric. et com.*

(2) Pomponius, l. 3, Dig. *De act. empt.* « *Datio possessionis quæ a venditore fieri debet, talis est, ut si quis eam possessio-*

410. « *Garantir*, dit Loyseau, signifie proprement assurer, et un garant est celui qui assure un autre, et qui est tenu de l'acquitter de quelque action ou procès (1). »

Les jurisconsultes étymologistes ne sont pas d'accord sur l'origine du mot *garant*. Cujas le fait dériver de l'idiome tudesque ; Loyseau, d'un vieux mot français, *garer*, qui signifie mettre en sûreté (2). Le garant est ce que les Romains appelaient *auctor*.

411. Les interprètes du droit ont distingué deux sortes de garantie, la garantie de droit et la garantie de fait (3) ; la garantie de droit, qui concerne le droit et la seigneurie de la chose, ou même certaines qualités non apparentes et tellement capitales que sans elles la chose ne pourrait être employée à son usage naturel (4) ; la garantie de fait (5), qui regarde la bonté intérieure de l'objet vendu et ses qualités ; mais ces qualités ne sont pas des qualités essentielles, dont le défaut équivaut à l'absence de tout droit et engendre l'action rédhibitoire. Ce sont des qualités secondaires, qui n'ont rien d'assez considérable pour affecter la destination de la chose, quand elles viennent à manquer.

La garantie de droit est ainsi appelée, parce qu'en toutes ventes le vendeur en est tenu, encore que le contrat n'en fasse pas mention (6). La garantie de fait porte ce nom (7) parce que, quand le contrat est pur et simple, sans faire mention de garantie, le vendeur en est exempt. Car il n'est pas tenu de ga-

« *nem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.* » Pothier. Vente, n° 82.

(1) Garantie des rentes, ch. 1, n° 1.

(2) Idem, n° 2.

(3) Domat, p. 44, sect. 10, n° 5.

(4) Art. 1641 et suiv. *Infrà*, nos 544 et suiv.

(5) Loyseau, id., n° 6.

(6) L. 16, C. *De eviction.*

(7) *Infrà*, n° 561.

mettre que lorsqu'il n'y a pas de doute sur leur existence (1).

SECTION III.

DE LA GARANTIE.

ARTICLE 1625.

La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur, a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires.

SOMMAIRE.

409. Le vendeur doit garantir la chose après qu'il l'a livrée.
 410. Signification du mot *garantie*. Son étymologie.
 411. Deux sortes de garantie, celle de droit et celle de fait. Définition de ces deux espèces de garantie.
 412. La distinction de la garantie de droit et de fait est implicitement dans le Code Napoléon. Division de cette section.
 413. Pourquoi tous les vices de la chose ne donnent pas lieu à la garantie. Principes de Cicéron à cet égard. Exagération qu'ils renferment. Saint Thomas a indiqué un juste milieu suivi par le Code Napoléon.
 414. L'obligation de garantir n'est pas inhérente à toute obligation de donner. Contrats qui donnent ouverture à la garantie.

COMMENTAIRE.

409. Il ne suffit pas que le vendeur livre la chose à l'acheteur ; il faut encore qu'il la lui garantisse. C'est la deuxième obligation qui lui est imposée par l'art. 1630 (2).

(1) Brunemann, sur la loi 10, D. *De peric. et com.*

(2) Pomponius, l. 3, Dig. *De act. empt.* « *Datio possessionis* » quæ a venditore fieri debet, talis est, ut si quis eam possessio-

410. « *Garantir*, dit Loyseau, signifie proprement assurer, et un garant est celui qui assure un autre, et qui est tenu de l'acquitter de quelque action ou procès (1). »

Les jurisconsultes étymologistes ne sont pas d'accord sur l'origine du mot *garant*. Cujas le fait dériver de l'idiome tudesque ; Loyseau, d'un vieux mot français, *garer*, qui signifie mettre en sûreté (2). Le garant est ce que les Romains appelaient *auctor*.

411. Les interprètes du droit ont distingué deux sortes de garantie, la garantie de droit et la garantie de fait (3) ; la garantie de droit, qui concerne le droit et la seigneurie de la chose, ou même certaines qualités non apparentes et tellement capitales que sans elles la chose ne pourrait être employée à son usage naturel (4) ; la garantie de fait (5), qui regarde la bonté intérieure de l'objet vendu et ses qualités ; mais ces qualités ne sont pas des qualités essentielles, dont le défaut équivaut à l'absence de tout droit et engendre l'action rédhibitoire. Ce sont des qualités secondaires, qui n'ont rien d'assez considérable pour affecter la destination de la chose, quand elles viennent à manquer.

La garantie de droit est ainsi appelée, parce qu'en toutes ventes le vendeur en est tenu, encore que le contrat n'en fasse pas mention (6). La garantie de fait porte ce nom (7) parce que, quand le contrat est pur et simple, sans faire mention de garantie, le vendeur en est exempt. Car il n'est pas tenu de ga-

» *nem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.* » Pothier. Vente, n° 82.

(1) Garantie des rentes, ch. 1, n° 1.

(2) Idem, n° 2.

(3) Domat, p. 44, sect. 10, n° 5.

(4) Art. 1641 et suiv. *Infrà*, nos 544 et suiv.

(5) Loyseau, id., n° 6.

(6) L. 16, C. *De eviction.*

(7) *Infrà*, n° 561.

rantir que la chose soit exempte de tout vice. C'est à l'acheteur à s'en informer, et il est présumé l'acheter telle qu'elle était. Il faut donc que la garantie de fait soit promise pour être due (1).

412. Le Code a adopté ces distinctions ineffaçables dans le droit; la garantie de droit est écrite dans les art. 1626, 1627 et suivants, et la garantie de fait dans l'art. 1627. Nous nous en occuperons avec étendue. En attendant, constatons la portée de notre article, qui, définissant le double objet de la garantie de droit, veut que le vendeur soit tenu : 1° d'assurer à l'acheteur une paisible possession et de lui maintenir la seigneurie de l'objet vendu; 2° de répondre des vices cachés qui peuvent altérer la bonté présumée de la chose et en empêcher l'usage. De là, la division de cette section en deux paragraphes : l'un, consacré à la garantie en cas d'éviction; l'autre, à la garantie des vices rédhibitoires. Quant à la garantie de fait, elle trouvera sa place dans chacune de ces subdivisions, dont elle modifie les principes généraux.

413. On pourra peut-être s'étonner que dans la vente, qui est de tous les contrats celui où la bonne foi devrait occuper la plus grande place (2), tous les vices de la chose et tous les mécomptes de l'acheteur ne donnent pas lieu à une action en garantie.

L'auteur du plus bel ouvrage de morale que nous ait légué l'antiquité, Cicéron, voulait dans son admirable traité des Devoirs (3) que le vendeur déclarât à l'acheteur tous les défauts de la chose dont il avait connaissance. Si je mets ma maison en vente, je ne dois pas laisser ignorer qu'elle est malsaine. Un homme ouvert, juste et honnête ne doit rien dissimuler dans le but de s'enrichir; il doit aplanir à l'acheteur ses

(1) Loyseau, chap. 2, nos 7 et 10. Cout. de Sens, § 260. *Infrà*, n° 547.

(2) *Infrà*, n° 545.

(3) *De officiis*, lib. 3, n° 12 et suiv.

investigations, sous peine de ressembler à celui qui refuse de montrer le chemin au voyageur égaré. Cicéron va plus loin. Il exige que le vendeur éclaire l'acheteur sur toutes les circonstances extrinsèques de nature à influencer sur la vente. Un marchand, dit-il, est venu à Rhodes avec une grosse cargaison de blé; il trouve cette île pressée par la disette, les grains s'y vendent extrêmement cher; mais il sait que plusieurs marchands sont partis d'Alexandrie, et il a rencontré, dans son trajet, des vaisseaux qui, chargés de blé, se dirigeaient vers Rhodes. En avertira-t-il les Rhodiens, ou gardera-t-il le silence, afin de tirer le meilleur parti de sa marchandise? Cicéron rapporte les opinions diverses des philosophes sur cette question, et il se range à l'avis de ceux qui exigeaient que le marchand de blé ne cachât rien aux acheteurs.

Cette dernière opinion a été condamnée par Gro-tius (1) et par presque tous les publicistes et moralistes modernes (2). Les événements fortuits qui peuvent amener plus tard la baisse de la marchandise ne doivent pas plus être déclarés par le vendeur que l'acheteur ne doit exprimer ceux qui doivent la faire hausser. Ce sont là des accidents extrinsèques, dont les parties n'ont pas à s'informer respectivement, d'autant qu'ils sont incertains par eux-mêmes, et que le hasard peut les faire manquer. Est-il raisonnable de vouloir forcer le vendeur et l'acheteur à prédire l'avenir, et de placer la base du contrat de vente sur une éventualité trompeuse? La morale ne s'offense pas de ce qu'un père de famille tire de sa chose le prix qui se trouve en rapport avec les besoins courants, et avec la valeur que l'opinion publique y attache au moment où il la met en vente. Qu'arrive-

(1) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. 12, n° 9.

(2) Alexander ab Alexandro, *Genialium dierum*, lib. 6, c. 1. Mais Pothier, Vente, n° 242, conçoit quelques doutes.

rait-il avec ces principes exagérés, que Cicéron avait sans doute puisés dans ses souvenirs de l'école stoïcienne? C'est qu'une société se trouverait privée des ressources du commerce, et qu'à force de vouloir lui inoculer des règles de morale philosophique, on la réduirait à la misère. Si un marchand ne peut profiter des circonstances qui amènent la hausse, croyez-vous qu'il fera des approvisionnements, qu'il se donnera la peine de courir les mers pour vous apporter les denrées dont vous manquez, qu'il exposera sa fortune dans un négoce environné de chances de perte et dont vous retrancherez les chances de gain? C'est ici que le mieux est l'ennemi du bien.

Quant à l'autre question soulevée par Cicéron, et qui consiste à savoir si le vendeur doit déclarer tous les défauts qui sont à sa connaissance, même ceux qui ne sont pas rédhibitoires, je la crois résolue par la conscience de tous les peuples, qui, ce me semble, a bien autant de poids que les subtilités des casuistes et les raffinements des philosophes. Que veut-on en poussant les choses à l'excès? Que le vendeur soit le premier à déprécier la chose dont il veut se défaire, qu'il publie les motifs qui l'en ont dégoûté: or, Diogène disait très bien: « *Quid verò est stultius quàm venditorem ejus rei, quam vendat, vitia narrare* (1)? » J'ai une maison mal bâtie, vieille, humide. N'est-il pas absurde que vous vouliez m'imposer la loi de faire mettre dans les affiches: *A vendre, une maison mal bâtie, vieille et humide?* L'acheteur est là pour examiner la chose; il a ses experts, et je lui laisse le temps de la réflexion. Il ne manquera pas d'ailleurs de motifs, bons ou mauvais, pour chercher à déprécier ma chose, et pour me prouver qu'elle a plus d'inconvénients que je ne lui en crois; et moi, j'aurai la simplicité philosophique de le mettre sur la voie du dénigrement et de lui fournir des armes contre moi!! L'im-

(1) *Offices de Cicér.*, lib. 3, c. 13.

portant est que je ne trompe pas mon acheteur et que je ne lui vende pas plus cher que ne vaut l'objet vendu. Avec cela, je reste fidèle à la morale. Le reste n'est que duperie. Saint Thomas le décide ainsi (1); et, quoique Pothier (2) préfère à sa doctrine le rigorisme de Cicéron, et quelques décisions des jurisconsultes romains, empreintes des idées du Portique (3), je crois que saint Thomas est mieux entré dans la réalité de la vie pratique et dans les convictions de l'humanité.

Le Code Napoléon n'a pas marché sur les traces de la philosophie stoïcienne. Nous verrons plus tard (4) qu'il n'autorise pas un acheteur à se plaindre des défauts qui ne seraient pas rédhibitoires dans le sens de l'art. 1641. D'une part, il a voulu favoriser l'intérêt du commerce, qui s'oppose à ce que les transactions soient continuellement en suspens, et à ce que les parties reviennent contre leur propre fait; de l'autre, il ne s'est pas mis en opposition avec les règles du for intérieur, qui ne saurait exiger que l'un des contractants se sacrifie à l'autre, en lui détaillant minutieusement des circonstances le plus souvent inutiles, des défauts le plus souvent sans conséquence, et dont l'acheteur ne manquerait pas d'abuser, bien qu'il ait dû savoir d'avance que la chose qu'il achetait ne pouvait être parfaite.

414. L'obligation de garantir n'est pas inhérente à toute obligation de donner; elle a lieu dans la vente, le partage, la dation en paiement, l'échange, le louage, la transaction (5); mais elle n'a pas lieu dans la dona-

(1) 11, 2, 77, art. 3, et Questions quotlibétiques, 11 et 12.

(2) Vente, n° 238.

(3) Par exemple, cette opinion de Caius, qui prétend que le vendeur est tenu à des dommages et intérêts, s'il n'a pas fait connaître que l'un des voisins de l'objet vendu est un homme litigieux et tracassier. L. 35, § 8, *De cont. empt.*

(4) Art. 1641.

(5) Voët, ad Pand., *De evict.*, n° 7 et suiv.

tion (1), dans les legs d'un corps certain et déterminé (2). De même le procureur qui livre une chose n'en est pas tenu (3).

§ I.

DE LA GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION.

ARTICLE 1626.

Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé DE DROIT à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, ET NON DECLARÉES lors de la vente.

SOMMAIRE.

415. Résumé de l'art. 1626. Sens du mot éviction. Division du commentaire et de l'exposition de l'art. 1626.
416. L'éviction doit procéder d'une cause antérieure à la vente.
417. 1^{re} exception. Quand l'acheteur s'est chargé du péril de la chose.
418. 2^e exception. Quand le vendeur a déclaré à l'acheteur la cause de l'éviction, ou que l'acheteur l'a connue.
419. 3^e exception. Quand la sentence portant éviction est tombée en péremption, ou qu'il ne se présente personne pour l'exécuter.
420. 4^e exception. Quand l'acheteur est à la fois créancier et débiteur pour l'éviction. De la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.
421. 5^e exception. Quand l'éviction a lieu par le fait de l'acheteur ou par sa faute.
422. Le vendeur est garant quand l'éviction, quoique postérieure à la vente, procède du fait du vendeur.

(1) Voët, ad Pand. *De evict.*, n° 43.

(2) Idem, n° 44.

(3) Loyseau, *Garantie des rentes*, ch. 4, n° 14.

423. Mais, hors ce cas, l'éviction procédant d'une cause postérieure au contrat reste pour le compte de l'acheteur. Exemples empruntés à l'expropriation pour cause d'utilité publique et au fait du prince. Autres tirés de la force majeure et de la violence.
424. Les Romains considéraient comme fait de force majeure postérieure au contrat l'injustice du juge. Ce système n'est pas suivi chez les peuples modernes.
425. Une prescription commencée au moment de la vente est-elle une cause d'éviction antérieure au contrat? Rejet arrêt de Bordeaux qui décide l'affirmative.
426. Une surenchère exercée par un créancier du vendeur est une cause d'éviction antérieure au contrat; car le vendeur pouvait la faire cesser.
427. *Quid* si les hypothèques ne sont pas le fait du vendeur?
428. *Quid* si l'acquéreur se rend adjudicataire?
429. Pour qu'il y ait lieu à garantir, quelles personnes doivent souffrir l'éviction? Des successeurs *in universum jus* et à titre particulier. Si le donataire est évincé, le donateur peut agir en garantie contre son vendeur. Rejet d'une opinion de Pothier.
430. Renvoi pour les questions relatives à la chose évincée.
431. Le vendeur est responsable s'il y a simple trouble sans éviction. Qu'entend-on par trouble?
432. L'obligation de garantir est de droit. Cependant la stipulation de garantie n'est pas sans utilité. La garantie de droit s'applique-t-elle aux ventes sur expropriation forcée? Résolution négative, contre MM. Pigeau et Duranton. Mais l'obligation de garantir peut être modifiée. Une clause spéciale peut même en exempter le vendeur. Cas où la clause de garantie ne produit aucun effet.
433. Le trouble et l'éviction donnent naissance à l'action en garantie, branche de l'action *ex empto*.
434. Elle est indivisible. Conséquences. Renvoi.
435. Mais l'obligation de payer les dommages et intérêts par suite de l'action en garantie est divisible. Raison de cela. Double obligation renfermée dans l'obligation de garantir.
436. Quand s'intente l'action en garantie.
437. Contre qui on doit la diriger. Rejet de deux arrêts de Bruxelles et de Paris qui décident que le détenteur ne peut franchir son vendeur immédiat pour recourir contre le vendeur originaire.
438. Quand il y a plusieurs héritiers du vendeur, l'action peut être dirigée contre tous ou contre un seul. Grande erreur de la Cour de cassation, qui veut que l'action en ga-

tion (1), dans les legs d'un corps certain et déterminé (2). De même le procureur qui livre une chose n'en est pas tenu (3).

§ I.

DE LA GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION.

ARTICLE 1626.

Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé DE DROIT à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, ET NON DECLARÉES lors de la vente.

SOMMAIRE.

415. Résumé de l'art. 1626. Sens du mot éviction. Division du commentaire et de l'exposition de l'art. 1626.
416. L'éviction doit procéder d'une cause antérieure à la vente.
417. 1^{re} exception. Quand l'acheteur s'est chargé du péril de la chose.
418. 2^e exception. Quand le vendeur a déclaré à l'acheteur la cause de l'éviction, ou que l'acheteur l'a connue.
419. 3^e exception. Quand la sentence portant éviction est tombée en péremption, ou qu'il ne se présente personne pour l'exécuter.
420. 4^e exception. Quand l'acheteur est à la fois créancier et débiteur pour l'éviction. De la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.
421. 5^e exception. Quand l'éviction a lieu par le fait de l'acheteur ou par sa faute.
422. Le vendeur est garant quand l'éviction, quoique postérieure à la vente, procède du fait du vendeur.

(1) Voët, ad Pand. *De evict.*, n° 43.

(2) Idem, n° 44.

(3) Loyseau, *Garantie des rentes*, ch. 4, n° 14.

423. Mais, hors ce cas, l'éviction procédant d'une cause postérieure au contrat reste pour le compte de l'acheteur. Exemples empruntés à l'expropriation pour cause d'utilité publique et au fait du prince. Autres tirés de la force majeure et de la violence.
424. Les Romains considéraient comme fait de force majeure postérieure au contrat l'injustice du juge. Ce système n'est pas suivi chez les peuples modernes.
425. Une prescription commencée au moment de la vente est-elle une cause d'éviction antérieure au contrat? Rejet arrêt de Bordeaux qui décide l'affirmative.
426. Une surenchère exercée par un créancier du vendeur est une cause d'éviction antérieure au contrat; car le vendeur pouvait la faire cesser.
427. *Quid* si les hypothèques ne sont pas le fait du vendeur?
428. *Quid* si l'acquéreur se rend adjudicataire?
429. Pour qu'il y ait lieu à garantir, quelles personnes doivent souffrir l'éviction? Des successeurs *in universum jus* et à titre particulier. Si le donataire est évincé, le donateur peut agir en garantie contre son vendeur. Rejet d'une opinion de Pothier.
430. Renvoi pour les questions relatives à la chose évincée.
431. Le vendeur est responsable s'il y a simple trouble sans éviction. Qu'entend-on par trouble?
432. L'obligation de garantir est de droit. Cependant la stipulation de garantie n'est pas sans utilité. La garantie de droit s'applique-t-elle aux ventes sur expropriation forcée? Résolution négative, contre MM. Pigeau et Duranton. Mais l'obligation de garantir peut être modifiée. Une clause spéciale peut même en exempter le vendeur. Cas où la clause de garantie ne produit aucun effet.
433. Le trouble et l'éviction donnent naissance à l'action en garantie, branche de l'action *ex empto*.
434. Elle est indivisible. Conséquences. Renvoi.
435. Mais l'obligation de payer les dommages et intérêts par suite de l'action en garantie est divisible. Raison de cela. Double obligation renfermée dans l'obligation de garantir.
436. Quand s'intente l'action en garantie.
437. Contre qui on doit la diriger. Rejet de deux arrêts de Bruxelles et de Paris qui décident que le détenteur ne peut franchir son vendeur immédiat pour recourir contre le vendeur originaire.
438. Quand il y a plusieurs héritiers du vendeur, l'action peut être dirigée contre tous ou contre un seul. Grande erreur de la Cour de cassation, qui veut que l'action en ga-

- rantie soit divisible, et qu'il n'y ait que l'exception de garantie qui soit indivisible. C'est précisément le contraire qui est vrai. Raison de cela.
439. L'héritier appelé seul en garantie pourra mettre en cause ses cohéritiers, et obtiendra du juge délai suffisant.
440. S'il accepte seul la lutte, sa victoire profitera à tous. Mais s'il succombe, il n'y aura pas chose jugée contre les cohéritiers. L'indivisibilité de la défense n'est pas un obstacle à cette décision.
441. Par prudence, l'acheteur doit mettre en cause tous les héritiers. L'héritier actionné seul doit mettre en cause tous ses consorts pour obtenir partage des dépens.
442. L'acheteur n'est pas tenu d'appeler les cautions du vendeur. Cependant il le peut par prudence.
443. Lorsque les parties sont en présence, le vendeur ou ses héritiers doivent prendre le fait et cause de l'acheteur. Portée de cette obligation. Mais s'ils n'ont pas de moyens de défense, ils doivent aller au devant des obligations imposées par l'article 1630. *Quid* si l'acheteur veut prendre le procès à ses risques ?
444. Quand le vendeur prend fait et cause, l'acheteur peut se faire mettre hors de cause. Le jugement contre le garant est exécutoire contre le garanti.
445. De l'exception de garantie en faveur de l'acheteur.
446. Elle a lieu lorsque l'acheteur est inquiété par celui qui est héritier du vendeur. Origine de la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Elle peut être opposée au mineur, héritier du tuteur. *Quid* si le tuteur a agi sans qualité ?
447. Elle peut être opposée au légataire universel ou à titre universel, mais non à l'héritier bénéficiaire.
448. Peut-on l'opposer au donateur universel ? Discussion de la question.
449. Dans le droit romain, la donation, même universelle, ne formait qu'un titre singulier.
450. *Quid* aujourd'hui ?
451. Réponse aux objections.
452. Suite.
453. Suite.
454. Résumé.
455. Le donataire n'est pas tenu *ultra quantitatem rerum donatarum*.
456. Application de tous ces principes à l'obligation de garantir.
457. L'exception de garantie est-elle indivisible dans ses effets ? Résolution négative contre plusieurs auteurs et contre

- un arrêt de la Cour de cassation. Réfutation d'une opinion de M. Duranton, qui n'est ni celle de la Cour de cassation ni celle de l'auteur.
458. L'exception de garantie a lieu lorsque le vendeur est devenu, *ex post facto*, propriétaire de la chose. Application de cette règle.
459. 1^o Au mineur qui a hérité du tuteur, qui, en sa qualité, a vendu par erreur son bien propre.
460. 2^o A la mère qui, comme tutrice, a vendu les biens de son fils sans promettre de garantie, et qui ensuite succède à ce fils. Rejet d'une opinion du président Favre et d'un arrêt du sénat de Chambéry.
461. Les cautions du vendeur qui veulent troubler l'acquéreur peuvent être repoussées par la maxime *Quem de evictione*, etc.
462. Il en est de même des héritiers de la caution. Réfutation de l'opinion contraire de M. Duranton.
463. On peut également opposer l'exception de garantie à la femme commune.

COMMENTAIRE.

415. Alors même que le vendeur a gardé le silence sur la garantie en cas d'éviction, il en est tenu de droit, par la nature même du contrat de vente. Car il a contracté l'obligation de rendre l'acheteur propriétaire de la chose, ou bien, comme le dit l'art. 1604, de la transporter en sa puissance et possession ; il est clair que cette obligation ne serait pas accomplie si l'acheteur n'avait qu'une possession inquiète et troublée (1). Le vendeur doit donc faire cesser le trouble ; il doit rendre la possession de l'acheteur paisible, comme doit l'être celle d'un propriétaire muni d'un titre sérieux ; et si l'acheteur est évincé d'une partie ou de la totalité de la chose, ou bien s'il est obligé de supporter des charges qui n'avaient pas été déclarées lors de la vente, le vendeur doit l'en garantir.

(1) Pomp., l. 3, D. *De act. empt.*

Tel est le résumé de notre article. Nous allons le développer sous toutes ses faces.

D'abord quel est le sens du mot *éviction*? Ce mot, emprunté au droit romain, *evictio*, signifie ôter quelque chose à quelqu'un en vertu d'une sentence. *Evincere est aliquid vincendo auferre*. L'éviction, dit Pothier, est le délaissement qu'on oblige quelqu'un de faire d'une chose, en vertu d'une sentence qui l'y condamne (1). Mais, comme Pothier le reconnaît lui-même, le sens de ce mot est bien plus large; il comprend tous les cas où, même sans sentence, l'acheteur ne peut conserver la chose dont la vente lui a été faite. Ainsi c'est une véritable éviction si l'acheteur, actionné pour une cause légitime, reconnaît la justice de la demande, et s'exécute de bonne grâce pour éviter des frais inutiles et souvent considérables (2).

Ainsi encore (et ceci est remarquable), si vous m'avez vendu une chose grevée, à mon insu, d'une cause d'éviction, et que je vienne à succéder au véritable propriétaire de cette chose, il y a éviction, quoiqu'il n'y ait pas jugement. Car ce n'est pas en vertu de votre vente que je jouis; c'est en vertu de mon titre successif, et vos obligations envers moi ne sont pas remplies. J'ai donc droit de me plaindre de vous et de vous forcer à me rendre le prix (3).

Il y a plus! Nous verrons plus tard, n° 431, qu'on peut comprendre sous la dénomination d'éviction le simple trouble apporté à la jouissance du vendeur (4).

Enfin il y a également éviction lorsque l'acheteur, poursuivi par les créanciers hypothécaires comme tiers détenteur, paie les dettes inscrites du vendeur

(1) Vente, n° 83.

(2) Pothier, Vente, n° 96.

(3) Ulp., l. 13, § 6, *De act. empt.* Julien, l. 29, *idem*. Pothier, Vente, n° 97. M. Duranton, t. 16, n° 249.

(4) Pour confirmer ceci, voir l'arrêt de la cour d'Orléans du 5 juin 1829, dans l'affaire Bouchepora (Dal., 30, 1, 207).

pour conserver la possession de la chose vendue. L'art. 2178 le décide expressément (1).

Nous allons examiner 1° quel est le genre d'éviction dont l'acheteur peut exiger que le vendeur le garantisse; 2° sur quelle personne il faut que l'éviction ait lieu pour qu'on ait droit de s'en plaindre; 3° quelle chose doit être évincée pour donner lieu à la garantie; 4° quelle est la nature de l'action en garantie; 5° contre qui elle s'intente; 6° quelles personnes sont sujettes à l'exception de garantie.

Lorsque nous serons parvenus aux articles suivants, nous verrons comment la garantie peut être restreinte ou étendue, en quelles condamnations elle se résout, et quelles sont toutes ses conséquences; enfin, quelles plaintes l'acheteur peut élever quand il trouve la chose grevée de charges occultes et non déclarées lors du contrat.

415. Sur le premier point, il est une règle fondamentale, c'est qu'il faut que l'éviction procède d'une cause antérieure à la vente. Car on sait qu'après la vente, toutes les causes de péril sont pour le compte de l'acheteur (2). Mais quand le germe de l'éviction est inhérent à la chose vendue et procède d'une cause antérieure à la vente, ou même contemporaine, le vendeur en est responsable. Il a promis à l'acheteur de le rendre propriétaire, de le faire jouir paisiblement et sans trouble. Il ne peut donc se décharger sur lui d'un péril dont sa chose était affectée et dont il devait la purger avant de l'aliéner (3).

(1) Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 844 et sur la Société n° 535.

(2) Pothier, Vente, n° 87, et Pand., t. 1, p. 607, n° 21, Cass., 13 décembre 1843 (Devill., 44, 1, 209).

(3) V. MM. Duranton, t. 16, n° 260; Zachariæ, t. 2, p. 516; Duvergier, t. 1, n° 321; Marcadé, art. 1626-1629, n° 2. V. aussi Cass., 4 mai, 1808; Bordeaux, 27 février 1829; Toulouse, 27 août 1834 (Devill., 35, 2, 326). Et il a été décidé par application de la règle, que l'expropriation pour cause d'alignement

Cette règle souffre néanmoins quelques exceptions.

417. La première a lieu quand, par un pacte exprès inséré dans le contrat de vente, l'acheteur s'est chargé du péril de la chose vendue. Telles sont les ventes faites aux risques et périls de l'acheteur (art. 1629 Code Napoléon).

418. La deuxième a lieu, quoiqu'il n'y ait pas de clause expresse, lorsque la cause d'éviction a été déclarée à l'acheteur (1), par exemple, quand on lui a dit qu'elle était grevée d'un droit de retour, de réméré, etc. : « Quæ et tu notanter intellige etiam si » SCIENS à sciente quoque emit. Nam nec tunc quoque » agit de evictione, nisi de eâ expressim caveat. » Ce sont les paroles de Tiraqueau (2). Elles se fondent sur la loi 27 au C. De evict. (3). Il est évident que l'acquéreur a voulu prendre alors la chose avec les dangers qui y étaient attachés; *fundum emere qualis est videtur*, dit Brunemann (4).

Il ne faut pas considérer comme contraire à cette règle un arrêt de la cour de Paris du 16 juillet 1832 (5). Car dans l'espèce il s'agissait unique-

est une éviction donnant lieu à une action en garantie contre le vendeur, lorsque cette expropriation, a lieu en vertu d'une clause domaniale, d'après laquelle la propriété vendue est tenue de se conformer, sans indemnité, aux alignements indiqués par l'administration. Cass., 20 mars 1850 et 14 juin 1853 (Deville, 51, 1, 86; 53, 1, 525).

(1) Texte de notre article, et art. 1638, 1642.

(2) *De retract. gentil.*, § 12, glose 1, n° 7, 8. Il fait allusion au cas où l'acheteur a acquis connaissant la cause de l'éviction. Telle est aussi la doctrine de Voët (ad Pand., *De evict.*, n° 32), de Brunemann (sur la loi 27, C. *De evict.*), de Perez (sur le Code *De evict.*, n° 25), de Caballinus (*De evict.*, § 2, n° 32). Voyez Pothier, n° 188. Cicéron a dit, dans ses Offices, liv. 3, n° 13 : « Ubi enim iudicium emptoris, ibi fraus venditoris quæ potest esse? »

(3) Pothier, n° 88 et 188. *Infrà*, n° 426, 481, 525, 544. MM. Duranton, t. 16, n° 261; Duvergier, t. 1, n° 317.

(4) *Loc. cit.*

(5) Dal., 32, 2, 214.

ment de la répétition du prix, et l'acheteur prétendait que, malgré l'énonciation formelle d'un droit de retour conditionnel, il avait droit à en être remboursé. C'est en ce sens que la cour de Paris se prononça, et l'on voit que la question qu'elle décida est tout autre que celle que j'examine ici. En effet, la non-garantie n'est nullement incompatible avec la restitution du prix, comme le décide l'art. 1629. Tel peut être affranchi d'un recours en garantie, qui n'est pas moins tenu de restituer le prix qui a été versé entre ses mains. Il est vrai que l'arrêtiste, en formulant la rubrique de cet arrêt, lui a donné une portée tellement générale, qu'il semblerait que la cour de Paris a prétendu juger que la déclaration positive des charges existantes ne modifie en rien la garantie de droit. Mais je crois que c'est aller trop loin (1).

Disons donc que si, par exemple, le vendeur déclare à l'acheteur les hypothèques dont la chose vendue est grevée (2), c'est comme s'il la lui vendait à charge de ces mêmes hypothèques; il n'y a pas lieu alors à un recours pour éviction. La charge ayant été déclarée, l'art. 1626 n'admet pas de garantie. C'est absolument comme si les parties avaient stipulé dans le contrat l'affranchissement exprès de tout recours en garantie (3).

Ce que je viens de dire d'une déclaration expresse faite par le vendeur s'applique-t-il au cas où l'acheteur a connu *extrinsecus* le péril dont la chose était menacée, bien que le vendeur ne lui en eût pas parlé?

En thèse générale, l'affirmative est certaine. Peu importe d'où vienne la connaissance qu'a l'acheteur

(1) *Infrà*, n° 483.

(2) Ce cas est prévu par Pothier, Vente, 188; et la loi 27, C. *De evict.*, le décide également : « Si fundum sciens alienum vel OBLIGATUM comparatum Athenocles, etc. » *Infrà*, n° 426.

(3) Mais *quid* si les hypothèques étaient le fait du vendeur? V. *Infrà*, n° 474, 477 et 428.

du danger de l'éviction. Si cette connaissance existe positivement, elle suffit pour que l'acheteur ne puisse rien reprocher au vendeur au sujet d'une éviction à laquelle il a dû s'attendre (1).

La loi 27 au C. *De evictionibus* me paraît décisive. Elle ne s'enquiert que d'une chose. L'acheteur a-t-il connu le péril (*sciens*)? Ce point une fois constaté, elle ne cherche pas quelle est la voie qui a conduit l'acheteur à ces informations; car ceci est indifférent. En effet, c'est le cas de répéter avec Cicéron : « Ubi iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quæ potest esse? »

Et c'est en partant de cette idée que l'ancienne jurisprudence décidait que l'acheteur n'avait pas de recours en garantie pour l'éviction causée par le retrait lignager (2). Car ce retrait procédait d'une loi municipale que nul n'était censé ignorer; *ex consuetudine notâ lippis et tonsoribus*, comme dit Tiraqueau (3).

Voilà aussi pourquoi le retrait successoral, consacré par l'art. 841 du Code Napoléon, ne donne pas ouverture à la garantie (4). C'est une cause d'éviction présumée connue.

Enfin la règle qui veut que le vendeur ne soit pas tenu des servitudes apparentes (5) et des défauts visibles de la chose (6) est la conséquence de ce principe.

(1) C'est aussi l'avis de Pothier, n° 188. — Sic Rej., 20 juin 1843 (Devill., 43, 1, 788); 16 juin 1840 (Devill., 40, 1, 870); Douai, 16 fév. 1846 (Devill., 46, 2, 29). V. aussi MM. Duvergier, n° 318, et Marcadé, art. 1626-1629, n° 6. Mais le vendeur ne peut être admis à prouver par témoins que son acquéreur a eu connaissance d'une charge occulte qui grevait l'immeuble et en diminuait la valeur, à moins qu'il n'existe à cet égard un commencement de preuve par écrit. Orléans, 13 mars 1835 (Devill., 36, 2, 531).

(2) Pothier, n° 88.

(3) *Deret. gent.*, § 12, glose 1, n° 6.

(4) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 259.

(5) Art. 1638.

(6) Art. 1642.

Toutefois, en ce qui concerne les hypothèques, il ne faut l'admettre qu'avec un juste tempérament et moyennant une distinction.

Si les hypothèques émanent du vendeur lui-même, et qu'elles servent à garantir ses dettes personnelles, la connaissance que l'acheteur a pu en avoir ne suffit pas pour prouver qu'il a voulu acheter à ses risques et périls et prendre les charges pour son compte. Car il a pu penser et il a même naturellement supposé que le vendeur paierait ses dettes, et ferait cesser par-là les causes de l'hypothèque. Le vendeur, en ne le chargeant pas de payer les créanciers hypothécaires, lui a suffisamment donné la persuasion que son intention était de s'acquitter lui-même envers eux. C'est ici qu'il y a une grande différence entre l'hypothèque et d'autres charges analogues, telles que servitudes, droit de retour, etc. Celles-ci affectent l'immeuble pour des causes qu'il n'est pas au pouvoir du vendeur de faire disparaître. Mais il n'en est pas de même de l'hypothèque qui sert de garantie aux dettes personnelles du vendeur. Celui-ci a toujours moyen de l'effacer, et l'acquéreur doit présumer que le vendeur libérera l'immeuble en se libérant lui-même. L'obligation de garantie subsistera donc dans toute son étendue; on doit le décider avec d'autant plus de raison qu'il s'agit ici d'un fait personnel au vendeur, dont il ne faut pas facilement croire qu'il a voulu se décharger sur l'acheteur (1).

Mais si les hypothèques procèdent du chef de ceux qui ont possédé l'immeuble avant le vendeur, si ce dernier n'avait pas l'obligation personnelle de les acquitter, si, en un mot, il n'était que tiers détenteur pur et simple, je pense que la connaissance, positivement acquise par l'acheteur, de l'existence des hypothèques, sera une cause suffisante d'exclusion de la garantie. La loi 27 au C. *De evictionibus* le décide ainsi,

(1) *Infrà*, n° 477.

et sa solution est tout-à-fait rationnelle (1). Quelle différence y a-t-il, dans ce cas, entre une hypothèque connue et une servitude apparente, ou un défaut visible? (2)

419. La troisième exception a lieu quand la sentence portant condamnation de délaisser est tombée en péremption sans avoir été exécutée, ou qu'il ne se présente personne pour en procurer l'exécution et lui donner effet (3).

420. La quatrième exception a lieu lorsque l'acheteur réunit dans sa personne la double qualité de créancier pour éviction et de débiteur pour cette même éviction.

Par exemple, j'achète de Denis et je vous revends une maison. Vous êtes obligé de la délaisser, la cause de l'éviction étant antérieure à la vente que je vous ai faite et à celle que Denis m'a passée; vous auriez action en garantie contre moi, et moi à mon tour j'aurais action en garantie contre Denis. Mais il arrive que vous êtes héritier de Denis, et par conséquent tenu de tous ses faits. Il est évident que votre action contre moi est désormais inutile; car, si je suis tenu envers vous, vous êtes tenu envers moi pour tout autant, en votre qualité de successeur de Denis. Les deux actions se compensent donc l'une et l'autre et s'entre-détruisent. De là la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (4), ou, en d'autres termes, *Celui qui doit garantir ne peut évincer*. Cette règle est aussi conforme à la raison qu'à la morale. A la raison, car il est clair que celui qui

(1) *Junge* Pothier, n° 188.

(2) V. art. 1638 et 1642 du Code Napoléon.

(3) L. 57. D. *De evict.* Pothier, n° 89. V. *Rej.*, 14 avril 1830 (Devill., 30, 1, 280). *Secus* M. Duvergier, t. 1, n° 326.

(4) *Infrà*, n° 445. L. 11, C. *De evict.*, et Brunemann, sur cette loi. Donellus (Doneau), lib. 20, c. 2. Pothier, Vente, n° 90. Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1826 (Dal., 26, 1, 222).

doit défendre ne doit pas attaquer; à la morale, car il y aurait dol dans le fait de celui qui réclamerait une chose qu'il devrait rendre ensuite.

421. La cinquième exception a lieu lorsque l'éviction, quoiqu'ayant une cause antérieure à la vente, n'a eu lieu que par le fait de l'acheteur ou par sa faute.

Par exemple, vous avez hypothéqué la maison B à Pierre. Vous donnez cette maison à Jacques, Jacques me la vend, et peu après je vous la cède. Le créancier hypothécaire vous évincé; pourrez-vous agir contre moi? Non. A la vérité, la cause de l'éviction est antérieure à la vente que je vous ai faite; à la vérité encore, vous n'êtes pas garant de Jacques, mon vendeur; car c'est par donation que Jacques a été investi par vous de la propriété, et la donation n'emporte pas de garantie. Mais il n'en est pas moins certain que c'est vous qui êtes l'auteur de l'hypothèque qui a donné lieu à l'éviction, et comme cette hypothèque est votre fait, vous n'êtes pas recevable à vous en plaindre et à agir contre moi (1).

J'ai dit que l'éviction ne doit pas avoir lieu si l'acheteur s'est laissé évincer par sa faute.

Ainsi, s'il arrive qu'actionné en désistement, il prenne sur lui de répondre à la demande sans appeler son vendeur en garantie, et qu'il soit condamné, par suite de sa négligence, à faire valoir quelques moyens décisifs que son vendeur lui aurait fournis, il devra supporter la peine de son éviction, et ne pourra la faire rejaillir sur le vendeur qui aurait pu la prévenir (2).

(1) Pothier, 91. Despeisses, p. 29, n° 20, § 3. L. Dig. 20, *De evictione*.

(2) Pothier, n° 95; art. 1640. *Infrà*, mes observations sur cet article, n° 540 et suiv., et 424. Dans mon Commentaire sur les Hypothèques, t. 3, n° 844, j'ai examiné la question de savoir si le vendeur est affranchi lorsque le tiers détenteur, poursuivi en expropriation, délaisse sans avoir dénoncé la poursuite à son

422. Ce n'est pas seulement l'éviction antérieure par sa cause à la vente qui donne lieu à l'éviction; il peut arriver que l'éviction dont la cause est née postérieurement au contrat soit le fondement d'une action contre le vendeur. C'est ce qui a lieu quand l'éviction procède du fait du vendeur lui-même.

Par exemple, vous me vendez la maison B, par acte sous seing privé. Postérieurement, vous avez la mauvaise foi de la vendre, par acte authentique, à Raymond. Celui-ci m'évince, attendu que, me confiant dans votre loyauté, je n'ai pas encore donné une date certaine à mon titre. Vous serez évidemment tenu de me garantir (1).

423. Mais, dans tous autres les cas, l'éviction dont le principe est postérieur au contrat reste pour le compte de l'acquéreur. Ainsi, si je suis exproprié pour cause d'utilité publique et en vertu de mesures d'administration ordonnées après la vente, je n'aurai pas de recours contre vous (2). Si je suis dépouillé par l'autorité de la loi du 28 août 1792, qui fait rentrer les communes dans les biens que les seigneurs avaient acquis d'elles, et que cette éviction soit postérieure à mon achat, ce sera un fait de force majeure, appelé en droit *fait du souverain*, qui ne pourra pas donner sujet à action contre mon vendeur (3).

vendeur. J'ai montré que les nouveaux principes forcent à s'éloigner du système de Loyseau.

(1) Pothier donne un exemple qui n'est plus applicable (n° 89). Il part en effet de ce point de jurisprudence, qui était certain de son temps, savoir, que la vente n'avait d'effet, à l'égard des tiers, que par la tradition, et il suppose qu'avant la tradition le vendeur a hypothéqué l'immeuble vendu.

(2) V. cependant *suprà*, la note sous le n° 416.

(3) Arrêt de la cour de cassation du 27 pluviôse an xi. Dalloz, Vente, p. 877. V. *Infra*, n° 465, 466. Sur le fait du prince, on peut consulter les arrêts rendus dans l'affaire du baron de Boucheporn. En cette matière, le point à rechercher est de savoir si le prince n'a fait que déclarer un droit préexistant, ou bien

De même, si les biens des exilés sont mis en vente et revendus par les acquéreurs, et qu'ensuite ils soient restitués par suite des conditions de la paix, les vendeurs ne seront pas tenus de l'éviction, parce que c'est là un fait imprévu, et Brunemann nous apprend que c'est ce qui a été jugé par un arrêt qu'il rapporte (1).

Le jurisconsulte Paul donne un exemple curieux de cette règle (2). Un certain Lucius Titius avait acheté des terres en Germanie, au delà du Rhin, et il avait payé une partie du prix. Son héritier, ayant été poursuivi par le vendeur pour solder le reliquat, fit valoir qu'une partie de ses terres avait été saisie par un édit du prince pour les nécessités de l'empire, et que l'autre avait été distribuée en récompense aux vétérans. Néanmoins, il fut condamné à payer le restant du prix, parce que la cause de cette éviction était postérieure à la vente.

C'est en se fondant sur cette loi que Brunemann a écrit ce qui suit sur le fait du prince (3) : « *Cum res à principe auferatur, hic casus à venditore non est præstandus, quia futuri casus evictionis post contractum emptionis ad venditorem non pertinent. Nam venditor non tenetur de eâ evictione quæ fit ex plenitudine potestatis, quæ semper videtur excepta..... SECUS AUTEM, si princeps auferat VIA JURIS et PER MODUM PROCESSUS (4).* »

s'il a agi par un coup d'autorité légal ou illégal (Dalloz, 28, 1, 386, et 30, 1, 207). — *Junge* Cass., 8 janv. 1851 (Deville, 51, 1, 106). V. aussi M. Marcadé, art. 1626-1629, n° 2.

(1) Sur la loi 11, D. *De evict.*

(2) L. 11, Dig. *De evict.*

(3) Sur la loi 11, *De evict.*

(4) Notez bien cette dernière phrase. Si le prince n'a parlé que comme juge, on rentre alors dans la matière de la chose jugée, qui n'a rien d'exceptionnel, et le vendeur est responsable, suivant les distinctions exposées n° 421 et 424, si la cause du trouble est antérieure à la vente.

Au fait du prince, on peut comparer, pour les résultats, la violence. Sur ce point, je rapporterai une espèce dont j'ai eu connaissance.

La famille Spinola, de Gênes, avait vendu au sieur Frediani, de Bastia, un vaste domaine, connu sous le nom de *Precojo di Migliacciaro et Coasima*. Plusieurs années après, les populations d'un canton de la Corse, appelé *Fiumorbo*, avaient profité des désordres qui suivirent les révolutions de 1814 et 1815 pour se jeter sur plusieurs points de ce domaine, en occuper par la force des portions considérables, et s'emparer des récoltes abondantes que produit ce sol fertile. Le sieur Frediani actionna en garantie la famille Spinola. Mais il fut déclaré non fondé; car les causes de l'éviction étaient postérieures à la vente.

Le sieur Frediani faisait cependant valoir un fait assez grave. Il s'appuyait sur ce que, dans d'autres circonstances, toutes antérieures au contrat, les habitants du Fiumorbo avaient profité des mouvements révolutionnaires qui avaient agité la Corse pour envahir les terres dont il s'agit; il en tirait la conséquence que ces populations avaient sur ce vaste territoire des prétentions de propriété qui éclataient à chaque époque de trouble; que c'était là une cause permanente d'éviction, dont l'origine avait précédé la vente, et dont il devait être garanti, le cas échéant. Mais il est à remarquer que ces prétentions des habitants du Fiumorbo n'avaient aucun fondement dans le droit; elles ne reposaient que sur la violence, et elles étaient comprimées toutes les fois que l'ordre et les lois reprenaient leur empire. Les vendeurs ne pouvaient donc pas répondre des voies de fait auxquelles les caprices de ces habitants pouvaient les porter après le contrat. C'eût été les rendre responsables de révolutions qu'il n'était au pouvoir de personne d'empêcher et de prévoir; c'eût été mettre à leur charge la force majeure arrivée après qu'ils s'étaient dépouillés de la chose.

424. Les Romains considéraient comme fait de force majeure postérieur au contrat l'injustice du juge qui, contre le droit et la raison, condamnait l'acquéreur à se désister, encore que la source de l'éviction précédât la vente (1).

Cette jurisprudence ne peut avoir lieu chez nous qu'autant que l'acheteur aurait omis d'appeler en garantie le vendeur, qui aurait eu des moyens de défense à faire valoir.

Mais si l'acheteur n'avait pas appelé le vendeur, et si celui-ci ne prouvait pas qu'il avait des moyens suffisants de faire rejeter la demande (art. 1640), il ne servirait de rien de dire et même d'établir que les juges se sont trompés. Comme Voët le fait remarquer, après Groëneweghen et Wassenaar (2), les lois romaines qui font retomber sur l'acheteur l'injustice du juge ne doivent pas être suivies chez les peuples modernes, où, à côté de la maxime « *Res judicata pro veritate habetur*, » il est de règle que les juges ne prennent pas le procès à leurs risques et périls : *nec judices hodiè soleant litem suam facere*. La magistrature est un pouvoir public auquel on est forcé de recourir pour avoir justice. L'acheteur s'est défendu devant elle; il a résisté comme il le devait; s'il est condamné, même par erreur, il doit avoir son recours contre son vendeur, à qui le jugement est opposable (3). Le vendeur aurait été condamné de même s'il eût été en cause.

425. Lorsqu'au moment de la vente il y a une prescription commencée, et qu'après le contrat cette prescription se continue paisiblement et aboutit à former un droit de propriété qui évince l'acquéreur,

(1) Ulpien, l. 51, Dig. *De evict.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 908, n° 22, et *Vente*, n° 95.

(2) *De evict.*, n° 30.

(3) Arg. de l'art. 1640. — V. MM: Duvergier, t. 1, n° 316; Marcadé. *loc. cit.*, n° 2. *Rej.* 6 janvier 1841 (*Devill.* 41, 1, 24).

on demande si cette cause d'éviction est antérieure ou postérieure à la vente.

Il a été jugé, avec raison, par arrêt de la cour de Bourges du 4 février 1823, qu'une telle cause d'éviction est postérieure à la vente et n'engage pas la garantie du vendeur (1). En effet, une prescription commencée n'est absolument rien; elle ne confère aucun droit; elle n'est que le commencement d'une espérance vague encore, fugitive, féconde en déceptions, puisqu'à tout moment le moindre acte d'interruption ou de poursuite peut la faire évanouir. L'acheteur doit s'imputer d'avoir laissé convertir cette espérance incertaine en un droit de propriété positif et incommutable. Il ne tenait qu'à lui de couper le fil de cette indue possession. La cause de l'éviction est donc postérieure à la vente, et, de plus, elle est le fait de l'acheteur. Je n'ignore pas que le contraire a été jugé par arrêt de la cour de Bordeaux du 4 février 1831 (2). Mais cette décision ne me paraît pas devoir être suivie. La cour de Bordeaux n'a pas fait assez d'attention qu'une prescription commencée ne forme aucun droit acquis, tellement que le législateur pourrait, sans encourir le reproche de rétroactivité, n'avoir aucun égard aux prescriptions commencées (3). Vainement objecte-t-elle que, du moins, la possession du tiers détenteur contient un germe d'éviction; je réponds que le germe était sans consistance au moment de l'aliénation; qu'il était toujours menacé d'avortement, et que s'il a été fécondé, c'est par l'incurie de l'acheteur, dont le fait ne doit pas être imputable au vendeur.

(1) Dal., Vente, p. 873. note 3.

(2) Dal., 31, 2, 85.

(3) L'article 2281 forme une disposition exceptionnelle et de faveur, afin de faciliter la transition d'une législation à une autre (M. Merlin, Rép., t. 17, p. 409). V. encore MM. Zachariae, t. 2, p. 516. Duvergier, t. 1, n° 314. V. aussi Pau, 9 déc. 1853 (Devill., 54, 2, 262). Néanmoins V. M. Marcadé, loc. cit. n° 2.

426. Plusieurs arrêts ont décidé que le vendeur n'est pas responsable de l'éviction qui résulte d'une surenchère légalement exercée par un de ses créanciers (1). Leur motif est que la surenchère est un fait postérieur à la vente, et non personnel au vendeur. Ceux qui défendent ces décisions argumentent de ce qui était décidé par l'ancienne jurisprudence à l'égard du retrait lignager ou du retrait féodal, que l'on considérait comme des causes légales d'éviction, mises par la loi municipale à la charge de l'acheteur, lequel est toujours censé acheter aux charges de la coutume (2). On ajoute que l'acquéreur n'a pu se croire propriétaire incommutable qu'après l'expiration du délai pour surenchérir.

M. Pigeau décide au contraire que la surenchère est une cause d'éviction dont le vendeur est tenu, conformément à l'article 1630 du Code Napoléon (3), et c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par un arrêt en date du 4 mai 1808, portant cassation d'un arrêt de la cour de Paris du 8 mai 1807 (4). En voici les considérants : « Attendu que des dispositions des art. » 1626 et 1630 combinées avec celles des art. 1631, » 1633, 2183 et 2191, ainsi que de l'édit de 1771, » lesquelles ne sont toutes que déclaratives des an- » ciens principes et des anciennes lois sur la garantie » en cas d'éviction, il résulte que la surenchère au- » torisée par ces dispositions étant une cause d'évic- » tion, la garantie est due, aux termes de l'art. 1630, » si l'acquéreur est évincé, soit qu'elle ait été ou » n'ait pas été stipulée, à moins que, conformément

(1) Metz, 31 mars 1821; Paris, 25 prairial an xii : rapportés dans le recueil de M. Dalloz, Vente, p. 873.

(2) Pothier, Vente, n° 88. Voët, ad Pand., *De evict.*, n° 2.

(3) Procédure civile, p. 439. Junge MM. Duranton, t. 16, n° 260; Zachariae t. 2, p. 516; Marcadé loc. cit.; Duvergier, t. 1, n° 321. V. Bordeaux, 29 février 1829; Toulouse, 27 août 1834 (Devill., 35, 2, 325).

(4) Dalloz, Vente, p. 874.

à l'art. 1627, il n'ait été convenu que le vendeur n'y serait pas soumis; casse, etc.

On voit que l'entraînement qu'a la Cour de cassation à juger la question par la question remonte à une époque déjà reculée; car l'arrêt qu'on vient de lire n'est motivé que sur une pétition de principe. Néanmoins, on doit suivre sa décision, par les considérations suivantes, que M. Lecoutour, avocat-général, avait, du reste, soulevées en partie, et qui méritaient de trouver place dans l'arrêt. C'est que, l'éviction par suite de surenchère provient d'un fait personnel au vendeur, qui peut, en désintéressant les créanciers, empêcher l'éviction. C'est là la grande différence qui existe entre le retrait et la surenchère. Le retrait était une voie de droit, indépendante de la volonté du vendeur et de l'acquéreur (1); tandis que la surenchère n'est que la suite du droit hypothécaire que le débiteur peut éteindre en payant. Et la loi l'entend si bien ainsi, que l'art. 2185 du Code Napoléon exige que la réquisition de surenchère soit signifiée au précédent propriétaire débiteur principal (2). Pourquoi cette signification, sinon pour que le débiteur soit mis en demeure de venir au secours du tiers détenteur, afin de faire cesser le trouble en désintéressant les créanciers?

Opposera-t-on que celui qui achète un immeuble grevé d'inscriptions hypothécaires, et qui retient le prix par devers lui pour le payer aux créanciers, sait qu'il est exposé aux chances d'une surenchère; que c'est la conséquence nécessaire et forcée des hypothèques qu'il a connues en achetant; que c'est lui qui provoque la surenchère en mettant les créanciers en demeure dans le délai déterminé par l'art. 2185

(1) En effet, Voët dit : « *Cum illud culpæ venditoris adscribi nequeat* » (*Loc. cit.*) Voyez aussi Tiraqueau, *De retract. gentil.*, § 1, glose 9, n° 34.

(2) Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 4, n° 939.

du Code Napoléon; que l'art. 2186 lui a appris suffisamment que son titre n'est incommutable que faite par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans les délais prescrits?

Mais toutes ces raisons viennent échouer contre cette réflexion décisive : que le vendeur pouvait et devait faire cesser les causes de la surenchère, et que l'acheteur avait juste motif d'espérer qu'il interviendrait pour se libérer envers ses créanciers (1).

On fait à l'acheteur un reproche de ce que, par l'accomplissement des formalités relatives au purge-ment, il a en quelque sorte été au devant de la surenchère. Mais il faut faire attention que, s'il n'avait pas purgé, les créanciers l'auraient poursuivi par la voie hypothécaire, et lui auraient enlevé l'immeuble en l'expropriant; or, qui peut nier que, dans ce cas, il n'y ait lieu à la garantie de la part du vendeur (2)? Eh bien! son obligation est absolument la même lorsque l'acheteur a voulu prendre la voie du purge-ment plus favorable à ses intérêts et à ceux du vendeur, et qu'une surenchère l'a dépossédé. Forcé d'abandonner son immeuble pour les dettes d'autrui, il serait injuste que l'acquéreur souffrit une perte de la négligence de son vendeur à s'acquitter envers ses créanciers, et c'est ce que décide expressément l'art. 2192 dans son § final (3).

Il en serait autrement si la vente avait été faite à charge de telles hypothèques, ou si le vendeur les avait expressément déclarées (4), parce qu'alors le vendeur aura fait suffisamment connaître à l'acheteur

(1) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 4, n° 967, où ces raisons sont reproduites.

(2) Art. 2178 du Code Napoléon; mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 844.

(3) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 4, n° 972, *in fine*.

(4) Art. 1626, qui dit : *les charges non déclarées lors de la vente*. *Suprà*, n° 418.

qu'il se repose sur lui du soin de payer les dettes inscrites. Il y a ici modification aux principes généraux sur la garantie, ainsi que je l'ai dit au n° 418 ci-dessus; mais, hors ce cas, l'obligation écrite dans l'art. 1626 subsiste dans toute sa force.

427. En serait-il de même si les hypothèques provenaient, non du chef du vendeur lui-même, mais des détenteurs antérieurs? Je pense que l'éviction soufferte par l'acquéreur motiverait également un recours en garantie (1). Ces hypothèques sont une cause de trouble antérieure à la vente, et le vendeur est, par la nature même du contrat, chargé d'en exempter son acquéreur. En ne lui imposant pas l'obligation de payer les créanciers inscrits, il lui a laissé croire qu'il ferait, lui vendeur, toutes les diligences nécessaires auprès des débiteurs pour désintéresser les créanciers.

Néanmoins, si les hypothèques avaient été déclarées par le vendeur, ou même s'il résultait des circonstances que l'acheteur en avait connaissance positive, la garantie cesserait, comme je l'ai expliqué au n° 418. Mais nous verrons plus tard que l'acheteur qui aurait payé le prix entre les mains du vendeur aurait droit de le répéter (2).

428. Lorsque l'acquéreur, menacé d'éviction par une surenchère, préfère se rendre adjudicataire pour conserver la chose, il peut recourir contre son vendeur pour se faire restituer ce qu'il a payé en sus du prix stipulé par son titre, ensemble l'intérêt de cet excédant à compter du jour de chaque paiement (3). Cette répétition est d'autant plus juste que les deniers déboursés par l'acheteur ont servi à payer la dette du vendeur. Elle se fonde non-seulement sur

(1) M. Duranton, t. 16, n° 260.

(2) Arg. de l'art. 1629. *Infra*, n° 482 et 483.

(3) Mon Comment. sur les Hypothèques, n° 968-970. Art. 2491 du Code Napoléon.

l'action *ex empto*, mais encore sur la gestion d'affaires. L'acheteur s'est constitué le *negotiorum gestor* du vendeur.

Si le vendeur avait déclaré les hypothèques, de telle sorte que l'acheteur n'eût acquis l'immeuble qu'à charge de ces mêmes hypothèques, l'acheteur n'aurait à la vérité aucun recours contre le vendeur par la voie de l'action en garantie. Car, comme je l'ai dit *suprà*, n° 418 et 427, et comme je l'expliquerai de nouveau au n° 477, la déclaration faite par le vendeur le dispense de garantir (art. 1626 du Code Napoléon) (1). Mais, l'action *ex empto* se trouvant éliminée, il resterait toujours l'action pour gestion d'affaires. L'acheteur, ayant payé les dettes du vendeur, aurait nécessairement son recours contre lui.

Si les hypothèques qui ont troublé la jouissance de l'acquéreur ne proviennent pas du chef du vendeur, mais de précédents propriétaires, il faut distinguer. Ou le contrat n'est pas exclusif de la garantie, et alors l'acheteur a son recours tant contre son vendeur direct que contre les précédents propriétaires, dont ses deniers ont servi à acquitter la dette; ou le contrat est exclusif de toute garantie, et alors l'acheteur n'aura pas de recours contre le vendeur. Mais il répètera contre ceux qui ont établi les hypothèques, et dont les dettes ont été payées, les deniers qu'il a déboursés dans leur intérêt (2).

429. Voyons maintenant quelles personnes doivent souffrir de l'éviction pour qu'il y ait lieu à garantie.

L'action pour éviction est ouverte à l'acheteur ou à ses ayant-cause. Cependant ceci demande quelques explications.

Lorsque le successeur de l'acheteur le représente *in universum jus*, il est évident que, s'il vient à être

(1) V., n° 482, ce que dit Cujas à cet égard.

(2) *Junge* mon Comment. sur les Hypothèques, art. 2491, t. 4, n° 970.

évincé, il peu exercer contre le vendeur toutes les actions de son auteur.

Mais, suivant Pothier (1), il y a des distinctions à faire, lorsque l'ayant-cause est un successeur à titre particulier. Si ce successeur a un recours contre celui qui lui a transmis la chose, celui-ci pourra se plaindre de l'éviction, et forcer le vendeur originaire à la garantie. Mais si l'ayant-cause n'a pas de recours, son auteur sera sans intérêt pour demander garantie.

En appliquant cette doctrine aux divers contrats, il en résulterait que, si la chose était évincée sur un second acheteur, ou sur un second créancier à qui la chose aurait été donnée en paiement, ou sur un échangeur, ou sur un copartageant, ou sur un bailleur, etc. (2), l'acheteur, de qui tous ces individus tiendraient leurs droits, aurait action en garantie contre son vendeur. Jusqu'ici tout est incontestable. Mais si l'ayant-cause était un donataire ou un légataire de corps certain, l'éviction soufferte par lui ne donnerait pas lieu à garantie, parce que, n'ayant pas de recours contre son auteur, celui-ci ne serait pas intéressé à forcer le vendeur à le garantir. Pothier appuie cette décision sur un argument qu'il tire de la loi 71, Dig. De evict.

Lorsqu'on réfléchit sur cette opinion, on est frappé de ce qu'elle a de contraire à l'équité; car enfin, si j'avais conservé par devers moi la chose que vous m'avez vendue, vous seriez tenu de me garantir. Mais, parce que je l'ai donnée, et que le donataire n'a pas d'action contre moi, il s'ensuivra que je devrai voir sans me plaindre une éviction qui dépouille celui que j'avais voulu gratifier, qui rend inutile le fruit de mon affection et de ma générosité, et qui vous enrichit à mes dépens!

Mais, en examinant avec attention la loi dont s'au-

(1) Vente, n° 98.

(2) *Suprà*, n° 443.

torise Pothier, on ne voit pas qu'elle conduise à un résultat si défavorable et si injuste. En voici le sens et le commentaire :

Un père donne un immeuble en dot à sa fille. Mais bientôt le véritable propriétaire se présente et en évince celle-ci. Le père aura-t-il l'action *ex empto*, comme souffrant personnellement un dommage? C'est une question sur laquelle il existe des doutes sérieux (*non immeritò dubitatur*). On peut dire d'abord que la chose a cessé d'appartenir au père, qui, dès lors, n'a plus d'intérêt à ce qu'il y ait ou non éviction. Il est si vrai que ce domaine a cessé de lui appartenir, que, s'il était fils émancipé, et qu'après avoir donné en dot à sa fille l'immeuble en question il devint héritier de son père, il ne serait pas tenu de rapporter ce fonds à ses autres frères restés en puissance de père, à qui l'on sait qu'il doit le rapport de tous ses biens. Mais voyons cependant s'il n'est pas plus probable qu'il y a lieu à garantie. Il importe au père que sa fille soit et reste dotée; il y a d'ailleurs possibilité que la dot puisse lui faire retour. Car de deux choses l'une : ou cette fille est en puissance, ou elle est émancipée. Si elle est en puissance, la dot fait retour au père à la dissolution du mariage, alors même qu'il y a divorce. Si elle est émancipée, la dot est réversible au père quand sa fille meurt avant son mari. Il faut donc qu'il n'y ait pas éviction, afin que le père puisse exercer ce droit. Mais supposons que la fille soit émancipée et qu'elle survive à son mari, cas auquel la dot ne retourne pas au père. Eh bien! même dans ce cas, le père pourra agir en garantie; car il lui importe que sa fille soit dotée. L'intérêt du père n'est ici qu'un intérêt d'affection; mais il est suffisant pour autoriser son action. *Quod magis paterna affectio inducit* (1).

(1) Voyez Pand. de Pothier, t. 1, p. 614, n° 41. Il faut consulter les notes.

Ou je m'abuse fort, ou cette loi me paraît repousser la doctrine trop rigoureuse que Pothier a voulu en faire découler. Suivant Paul, aux écrits duquel ce texte a été emprunté, un intérêt d'affection suffit pour que l'acheteur, qui n'est plus propriétaire de la chose, prenne l'initiative afin de faire maintenir et garantir l'aliénation à titre gratuit qu'il lui a plu de faire. Je n'en demande pas davantage. Le donateur qui voit dépouiller celui qu'il a voulu enrichir, l'héritier qui voit le légataire privé du legs que son auteur lui avait fait pour faciliter son mariage, lui procurer un établissement, etc., sont maîtres de consulter leurs affections; ces affections sont pour eux un intérêt suffisant pour faire maintenir l'effet de libéralités qui, d'après la pensée qui les a dictées, doivent demeurer intactes. La doctrine de Pothier aurait cet inconvénient, que le seul individu qui serait gratifié en définitive serait, non pas celui que le donateur avait en vue, mais son vendeur. Car tandis que le donataire perdrait, lui seul verrait sa position améliorée, et se trouverait déchargé d'un recours légitime.

J'estime donc (1) que le donateur ne peut, à la vérité, être contraint à agir contre le vendeur, mais que, quand il en a la volonté, il n'y a pas de fin de non-recevoir contre lui. Je vais même jusqu'à croire que, dans notre droit français, qui ne suit pas les subtilités du droit romain sur la cession des actions, le donateur et le testateur sont censés avoir implicitement cédé au donataire et au légataire tous leurs droits et actions par rapport à la chose, et que par conséquent aucune fin de non-recevoir ne pourrait être opposée au donataire ou au légataire évincé qui

(1) C'est aussi le sentiment de MM. Duranton, t. 16, 276; Zachariae, t. 2 p. 518; Duvergier, t. 1, n° 343; Marcadé, art. 1626-1629, n° 4. — V. aussi Cass. 25 janv. 1820; Bordeaux, 2 avril 1826 et 4 février 1831 (Devill. 34, 2, 438).

intenterait directement l'action en garantie contre le vendeur de son auteur. Dans le doute, on doit présumer que la chose a été donnée et léguée *cum omni suâ causâ*. Voyez au surplus ce que je dis *infra*, n° 437, et la loi 59, au D. *De evict.*

430. Quant à la question de savoir quelle chose doit être évincée pour donner lieu à la garantie, nous la traiterons sous l'art. 1636, auquel elle se rattache.

431. Ce n'est pas seulement le cas d'éviction qui donne lieu à garantie; la responsabilité du vendeur est encore engagée lorsqu'il y a simple *trouble* dans la personne de l'acheteur. A la vérité, notre article ne le dit pas textuellement; mais cette obligation résulte de l'art. 1604. On pourrait même soutenir avec fondement que, par le mot *éviction*, l'art. 1626 a entendu parler tout à la fois du cas où la chose est élevée à l'acheteur, et du cas où la possession de ce dernier est l'objet de quelque atteinte ou de quelque menace (1).

On appelle *trouble* les demandes qui sont données contre l'acheteur par un tiers, qui prétend avoir droit de se faire délaisser l'héritage vendu (2); ou bien, quand l'acheteur n'est pas en possession, le refus que fait le tiers qui détient la chose de la lui délaisser (3); en un mot, tout ce qui ébranle le droit de l'acheteur, tout ce qui le met en question, soit pour le tout, soit pour partie, tout ce qui constitue une prétention menaçante et une collision contraire aux promesses du contrat.

432. L'obligation de garantir l'acheteur de tous troubles et éviction est de droit dans le contrat de vente. Notre article le déclare en termes exprès (4). Aussi arrive-t-il bien souvent que la promesse de ga-

(1) Pothier, n° 83.

(2) Idem, n° 103.

(3) Idem.

(4) L. 2 et 19, Dig. *De evict.* L. 6 et 25, C. *cod. tit.*

garantie ne sert de rien, *quia expressio eorum quae tacite insunt, nihil operatur*. C'est pourquoi les Romains, amis du laconisme et dédaigneux de paroles banales dans les contrats, n'avaient pas coutume de stipuler simplement la garantie; mais on ajoutait communément à la vente la promesse de payer le double du prix en cas d'éviction, ce qui s'appelait *stipulatio duplae* (1).

Si cependant il arrive que, par la nature du contrat ou les circonstances de la vente, la garantie ne soit pas due, comme, par exemple, lorsque l'acheteur a su que la chose appartenait à autrui, la stipulation de garantie a alors un effet réel, et elle oblige la partie à ce qu'elle a promis (2).

Le principe que la garantie est due de droit s'applique à toutes ventes volontaires quelconques, même à celles qui ont lieu en justice au plus offrant et dernier enchérisseur, après dépôt du cahier des charges (3).

Mais la disposition de notre article s'applique-t-elle aux ventes sur saisie? Voët décide que l'adjudicataire n'a pas d'action en garantie (4), et c'est aussi la doctrine de Pothier (5). « Cette vente, dit-il, a cela de moins que les ventes contractuelles, qu'elle ne donne point à l'adjudicataire d'action en garantie, au cas qu'il souffre éviction de ce qui lui a été adjudgé... Quoique l'adjudicataire n'ait pas, en ce cas, une action de garantie, il est néanmoins équitable qu'il ait au moins action pour la répétition du prix qu'il a payé ou en totalité, s'il souffre éviction du total, ou à proportion de la perte dont il souffre éviction. Par le droit romain, lorsque le créancier

(1) V. au Dig. *De evict.* Cet usage était tombé en désuétude chez les nations modernes.

(2) Loyseau, *Garantie des rentes*, ch. 4, n° 12, 13, 14.

(3) Arrêt de la cour de Paris du 17 prairial an xii. Dalloz, *Vente*, p. 875, note 1.

(4) Ad Pand. *De evict.*, n° 5.

(5) Procédure civile, p. 258, éd. Dupin.

avait vendu le gage *jure pignoris*, l'acheteur, qui souffrait éviction, n'avait pas d'action pour la répétition de ce prix, contre le créancier qui *suum receperat* (1), mais contre le débiteur qui avait été libéré par le prix que son créancier avait touché. Par notre jurisprudence, on donne cette répétition contre les créanciers qui ont touché à l'ordre; et, lorsque l'éviction n'a été que pour partie, il n'y a répétition que pour partie du prix. Ce sont les derniers rcevants à l'ordre qui sont seuls tenus de cette restitution du prix.

A entendre M. Pigeau (2), il n'en serait pas cependant ainsi, et l'adjudicataire aurait contre le saisi et les créanciers une action en garantie. Mais cette opinion est irréflectée. Ni le saisi ni les créanciers ne sont les vendeurs. L'un est dépouillé malgré lui de sa propriété, les autres ne font que solliciter de la justice l'exécution de leur contrat (3). A vrai dire, c'est la justice qui vend. Conçoit-on, dès lors, que les articles 1626 et suivants puissent être la loi d'une vente si différente de toutes les autres? Conçoit-on que l'acheteur puisse demander des dommages et intérêts contre des personnes qui ne lui ont rien promis? N'est-il pas clair que l'action appelée en droit *condictio indebiti* doit entièrement lui suffire (4)? Nous verrons même plus tard que cette action, en tant

(1) Voët rappelle toutes ces lois, *loc. cit.*

(2) T. 2, p. 252. *Junge* MM. Duranton, t. 16, n° 265; Zachariae, t. 2 p. 252; Duvergier, t. 4 n° 345; Marcadé, art. 1626-1629 n° 3. Cass. 16 déc. 1828; Pau, 20 avril 1836 (Deville, 37, 2, 278). — Toutefois ces arrêts et ces auteurs expriment que si l'action en garantie existe, elle ne peut cependant être dirigée que contre le saisi. V. encore M. Persil (quest. t. 2, p. 241) dont l'opinion, conforme à celle de Pigeau, accorde l'action tant contre le créancier saisissant que contre le saisi. *Sic*. Toulouse, 24 janvier 1826; Dijon, 25 août 1829; Caen, 7 déc. 1827.

(3) Bruxelles, 12 décembre 1807 (Dal., *Saisie*, p. 803, note 2).

(4) *Infra*, n° 522.

qu'elle s'exercerait contre les créanciers qui ont reçu leur dû, est susceptible de sérieuses objections (1).

Quoique l'éviction soit due de droit dans les ventes, néanmoins, comme elle n'est pas de l'essence de ce contrat, et qu'elle n'est que de sa nature, les parties peuvent la modifier, et le vendeur peut même en être exempté, comme nous le verrons dans les articles qui suivent.

Il y a cependant certains cas où elle n'est pas due, quand même elle serait positivement stipulée. On peut citer celui où le mari a vendu le fonds dotal à un individu qui connaissait le vice de la chose. L'article 1560 lui donne le droit de faire révoquer l'aliénation, et, par le paragraphe final de cet article, on voit qu'il n'est pas même soumis à des dommages et intérêts.

On peut en dire autant des stipulations de garantie portées dans les actes par lesquels le roi engageait des biens domaniaux. Ces clauses étaient sans valeur; elles avaient pour but de masquer la nature du contrat, de lui donner les apparences d'une vente, tandis qu'il cachait une antichrèse. De telles stipulations doivent être considérées comme non écrites. C'est ce qu'a jugé la cour de Nancy par arrêt du 28 mars 1833, dans la cause du préfet des Vosges contre le comte d'Hoffelize (2).

433. Le trouble et l'éviction éprouvés par l'acheteur donnent naissance à une action, branche de l'action personnelle *ex empto*. On l'appelle action en garantie. Elle a pour objet de forcer le vendeur à faire cesser le trouble ou l'éviction, et à procurer à l'acheteur la propriété libre et la jouissance paisible de la chose. Elle le met en demeure de prendre fait

(1) N° 498.

(2) Jurisp. des cours de Nancy et de Metz. T. 1, 2^e part., p. 15.

et cause de l'acheteur, et de se charger de sa défense (1).

434. Cette obligation est indivisible (2). Nous en dirons les motifs au n° 438, quand nous nous expliquerons sur un arrêt de la Cour de cassation, qui paraît avoir voulu ébranler ce principe.

Il suit de là que, s'il y a plusieurs vendeurs d'une même chose pour un prix unique, tous sont tenus pour le total de prendre le fait et cause de l'acheteur : *Singulis quidem IN SOLIDUM*, dit Voët, *defendendi necessitas incumbit* (3). Et si parmi les vendeurs il n'y en a qu'un qui consente à entrer en lice, la décision, soit favorable, soit défavorable, qui intervient avec lui sur l'éviction, lie chacun de ses consorts à qui le trouble aura été dénoncé (4).

Il en est de même du cas où le vendeur a laissé plusieurs héritiers. L'acheteur peut les actionner chacun pour le total, et s'adresser à un pour tous les autres (5); au surplus, nous serons forcé de revenir sur ce point au n° 438.

435. Mais remarquez que, lorsque les vendeurs ou les héritiers du vendeur sont vaincus dans leurs efforts solidaires, et qu'il a été prononcé contre eux des dommages et intérêts, l'obligation de les payer est divisible, et se partage en autant de têtes qu'il y a de vendeurs ou d'héritiers (6). En effet, il y a deux obligations renfermées dans l'obligation de garantir,

(1) Pothier, Vente, n° 104.

(2) Dumoulin, *De divid. et individ.*, p. 2, n° 407 et suiv. Voët, *ad Pand.*, *De evict.*, n° 15. Pothier, Vente, n° 105. Arrêt de la cour de Bruxelles du 5 janvier 1815 (Dal., Vente, p. 880, note 2).

(3) *Loc. cit.*

(4) L. 61, § 1, Dig. *De evictionib.* L. 4, Dig. *Si ex noxali causâ agat.* L. 85, § 5, Dig. *De verb. oblig.* *Infra*, n° 440.

(5) Dumoulin, *loc. cit.*, n° 455.

(6) L. 85, § 5, Dig. *De verb. oblig.* L. 62, § 1, Dig. *De evict.* Auteurs précités, M. Durantou, t. 16, n° 276.

deux obligations qui sont subordonnées l'une à l'autre et qu'il ne faut pas confondre. La première est une obligation de faire, qui, comme nous l'avons dit, est indivisible; la seconde est une obligation de donner, qui se réalise quand l'autre ne sort pas à effet.

« *Obligatio quæ quis tenetur de evictione*, dit Dumoulin (1), *habet duo capitula : primum FACIENDI, secundum DANDI.* » Et comme la chose à donner est une somme d'argent, il est clair qu'elle est divisible. Je reviens sur tout ceci au n° 438.

Si les vendeurs n'ont pas vendu en commun (2), mais qu'ils aient entendu vendre chacun séparément leur part, et qu'un prix distinct ait été fixé pour chacune, il y aura autant de ventes que de parts indivises, et chaque vendeur ne sera tenu de garantir que pour sa part et portion.

436. Voyons maintenant quand il y a lieu d'intenter l'action en garantie.

Dans le droit romain, l'acheteur troublé dans sa possession devait se borner à dénoncer à son vendeur l'atteinte portée à son droit, afin qu'il prit sa défense s'il le jugeait à propos. Mais ce n'était qu'après que l'acheteur avait été condamné qu'il pouvait intenter l'action en garantie contre son vendeur. Il la portait devant le juge du domicile du vendeur (3).

La procédure française est plus prompte et plus simple. L'acheteur dénonce le trouble au vendeur et le somme de prendre son fait et cause; de plus, il peut, par action connexe à l'action principale, former sa demande à fin de garantie devant le juge saisi de la demande originaire, bien qu'il ne soit pas le juge du domicile du vendeur (Code de procédure civile), et si les deux demandes, originaire et en garantie,

(1) *Loc. cit.* n° 41, partie 1^{re}.

(2) *Communitèr*, dit Voët, *loc. cit.*

(3) Pothier, n° 108. Despeisses, p. 33, § 24.

sont en état, le juge y fait droit conjointement (1).

Néanmoins, l'acheteur n'est pas forcé de former sa demande en garantie pendant que la demande originaire suit son cours (2). Il peut intenter son action après la sentence qui ordonne le désistement, pourvu qu'elle ne soit pas prescrite.

Mais alors l'action en garantie, étant une action principale, doit être intentée devant le juge du domicile du vendeur.

Pothier a fort bien fait ressortir les dangers de cette procédure tardive (3).

D'abord l'acheteur n'a aucun recours pour tous les dépens faits dans le temps qui s'écoule entre le trouble et sa demande en garantie. Ce n'est que du moment que le vendeur est appelé en cause qu'il peut prendre la place de l'acheteur et soutenir le procès à ses frais.

En second lieu, en appelant son garant après la sentence, il se charge du soin de la justifier, tandis que, s'il eût actionné auparavant le vendeur, la condamnation eût pesé directement sur ce dernier.

437. L'action en garantie s'intente contre le vendeur, ou ses héritiers ou ayant-cause (4).

Les auteurs qui ont écrit en prenant spécialement pour guide le droit romain ont enseigné que, s'il y a plusieurs acquéreurs successifs, et que la chose soit revendiquée sur le dernier détenteur, celui-ci ne doit pas franchir tous les acquéreurs intermédiaires pour arriver de plein saut jusqu'au vendeur originaire; car il n'y a entre eux rien de commun : *cum nullum inter hos intercesserit negotium*, dit Voët (5). Mais il doit appeler en garantie son vendeur immédiat, et celui-ci

(1) Art. 181, 182, 184 du Code de procédure civile.

(2) Art. 178 du Code de procédure civile.

(3) N° 110.

(4) Pothier, 111.

(5) Ad Pand., *De evict.*, n° 21.

appellera à son tour le vendeur de qui il tient la chose, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive au vendeur originaire (1). C'est en effet ce que décide expressément la loi 59 Dig. *De evict.*, et quelques cours ont pensé que ce point de droit doit encore prévaloir sous le Code Napoléon (2).

Mais leur erreur est grande, et il faut savoir gré à la cour de Bordeaux d'avoir été la première à la combattre (3).

Dans le droit romain, les actions ne pouvaient passer d'une personne à l'autre sans cession (4); tout ce que le créancier pouvait faire c'était d'agir contre son débiteur pour le forcer à lui céder ses actions. *Neque enim, dit Oléa, ex eo quod creditor debitorem obligatum, ejus actiones exercere licere ei debet, sed tantum in id agere, ut sibi cedantur* (5). C'est aussi ce qu'enseignait le président Favre : « *Non enim eo quod debitorem habeant obligatum cum ipsius bonis omnibus et juri- bus, videri possint habere jus exercendi actiones, sed tantum jus petendi ut sibi cedantur* » (6). Et ailleurs : « *Adversus debitorem debitoris mei cum quo non contracti, nullam mihi actionem posse competere* » (7).

Voilà pourquoi la loi 59, au Dig. *De evict.*, dit que le détenteur actionné en désistement ne peut franchir le vendeur intermédiaire qu'autant que ce dernier lui aurait cédé ses actions. *Nisi cessæ ei fuerint actiones.*

(1) Voët, *loc. cit.*. Despeisses, p. 34, § 39.

(2) Bruxelles, 6 janvier 1808 (Daloz, *Vente*, p. 882). Paris, 22 mars 1825 (Dal., 25, 2, 184).

(3) Arrêt du 5 avril 1826, rendu sous la présidence de M. de Saget (Dal., 26, 2, 117). Autre de la même cour du 4 février 1831 (Dal., 31, 2, 85). *Junge* MM. Duranton, t. 16, n° 274; et Duvergier, t. 1, n° 344.

(4) L. pénult., C. *De novat.*

(5) *De cessione jurium*, t. 4, quæst. 3, n° 5.

(6) *De errorib. pragmatic.*, decad. 1, error, 8.

(7) *Rationalia, ad legem Si convenerit* Dig. *De pignorat. act.*

Mais on sait qu'il en est autrement sous l'empire des lois nouvelles (1). L'art. 1666 veut que le créancier puisse exercer tous les droits et actions de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne.

Cet article du Code Napoléon décide la question dans le sens adopté par la cour de Bordeaux. Car il ne viendra dans l'idée de personne que le droit d'appeler garant, quoique donnant lieu à une action personnelle, soit un droit exclusivement attaché à la personne.

Enfin, chaque vendeur est censé avoir transféré la chose à son acquéreur *cum omni sua causâ*, c'est-à-dire avec tous les droits qui pouvaient lui compéter de ce chef: le dernier acquéreur est donc tacitement et nécessairement subrogé à tous les droits en garantie de ceux qui ont possédé la chose avant lui, et dont il résume les droits en sa personne (2).

Pour défendre la nécessité d'un recours graduel, on insiste en disant qu'il est possible que l'éviction provienne du fait du dernier vendeur; ou bien, que la stipulation de non-garantie peut se trouver dans le contrat des vendeurs intermédiaires qu'on franchit. Mais qu'importe tout cela? L'acquéreur évincé sera tenu de justifier du droit de celui qu'il représente; il n'y a pas de doute à cet égard. Mais, ce droit une fois prouvé, que restera-t-il de l'objection?

438. Lorsque le vendeur a laissé plusieurs héritiers, l'acheteur peut intenter son action contre eux tous, ou bien seulement contre l'un d'entre eux. C'est la décision de Dumoulin (3) et de Pothier (4); elle dé-

(1) Sous l'ancienne jurisprudence, on ne suivait pas non plus la rigueur du droit romain. D'Aguesseau, 6^e plaidoyer, t. 2, p. 12. Répert., v^o Créancier.

(2) C'est aussi ce que pensent Domat, liv. 1, sect. 2 et Pothier, *Vente*, n° 149.

(3) *De divid.*, n° 455 et suiv.

(4) *Vente*, n° 144.

coule du principe d'indivisibilité que nous avons établi ci-dessus, n° 434.

La Cour de cassation a cependant établi, dans un arrêt du 11 août 1830, que l'ACTION en garantie contre plusieurs héritiers est divisible, en conformité des art. 870 et 873 du Code Napoléon, et qu'elle est sous ce rapport bien différente de l'EXCEPTION de garantie opposée contre l'un des héritiers du vendeur qui voudrait à un autre titre obtenir le désistement de l'acquéreur; que cette exception seule est indivisible, mais que l'action directe et principale ne l'est pas (1).

Cet arrêt n'est qu'un paradoxe qui n'a pas le moindre fondement dans le droit, et que la critique doit repousser avec énergie.

La Cour de cassation veut-elle admettre ou rejeter que l'obligation de garantie est indivisible? Si elle l'adopte, que peuvent les art. 870 et 873 du Code Napoléon, qu'elle cite, contre les articles 1623 et 1225 du Code Napoléon! Si elle ne l'adopte pas, si elle veut prendre pour son compte des opinions que Dumoulin avait terrassées par son irrésistible dialectique, il ne sera pas difficile de reproduire quelques-uns de ses arguments principaux, et de faire rentrer ces opinions, ou pour mieux dire ces erreurs (2), dans l'oubli d'où elles n'auraient jamais dû sortir (3).

(1) Dal., 30, 1, 343.

(2) Suivant sa manière brusque et hautaine, Dumoulin ne leur épargne pas les épithètes les plus dures: par exemple, *Sed hæc est stupida opinio* (n° 415); ou bien, *nova phantasia* (n° 462), ou bien encore, *nova et insolens* (n° 416), *divinatoria et falsa* (n° 418), *contortio violenta* (n° 442), *inepta opinio* (n° 410), etc., etc.

(3) Bien que cette matière ait été expliquée par Pothier avec beaucoup de clarté, ceux qui voudront l'approfondir ne peuvent se dispenser de recourir à l'ouvrage de Dumoulin, que Pothier n'a fait que résumer. Il est vrai qu'il faut un grand courage pour lire Dumoulin, dont le latin est barbare, et dont la manière obscure, grossière et fatigante, a fait dire à Cujas (*Observ.*, lib. 23, c. 32): « *Hunc errorem notavit Carolus Molinæus, libro de » usuris, salebrosâ licet et inconditâ oratione nimis.* » Aussi, le

D'abord, il ne faut pas confondre l'obligation de défendre avec l'obligation d'acquitter l'acheteur (1). La première est principale, ou, comme dit Dumoulin, *principalis, imò principalior, quia, ut est primum caput evictionis, ita est primaria obligatio quâ tenetur venditor emptori* (2); l'autre n'est que secondaire et accessoire: *obligatio verò ad interesse et restitutionem pretii, cum non succedat nisi in prioris defectum, secundaria est, et potius videtur accessoria* (3).

Je dis qu'il ne faut pas les confondre; car la première peut réussir: alors la seconde s'évanouit; ce n'est que lorsque l'obligation de défendre est impuissante que celle d'indemniser prend sa place. *Primo capite sufficiente, dit encore Dumoulin, evanescit secundum; primo deficiente, tùm succedit secundum* (4). Ainsi, quoique concourant au même but, ces deux obligations sont profondément distinctes, et chacune doit conserver son caractère spécial et sa nature diverse.

président Favre, frappé de ces défauts, ainsi que des hardiesses quelquefois exagérées de Dumoulin, a-t-il parlé de ce jurisconsulte avec dédain, tellement qu'il l'appelle un homme de rien quand on le compare à Cujas. « *Id rectè ante nos observatum est, non tantùm à Cujaccio, sed etiam à Carolo Molinæo, qui, » si cum Cujaccio. in jurisprudentia, conferatur, meo judicio, » NULLUS HOMO EST.* » (*De errorib. pragmat.*, decad. 8, error 7, n° 7.) Néanmoins, ce jugement est infiniment trop sévère. Dumoulin est sans doute fort au-dessous de Cujas pour l'élégance du style, pour la clarté et l'élévation de la pensée, pour la connaissance des anciens et l'intelligence de l'histoire. Dumoulin n'avait ni littérature ni atticisme; et, en histoire, son ouvrage sur les fiefs est là pour déposer de sa profonde ignorance, qui, du reste, a été fort bien relevée par Mably; tandis que Cujas était un esprit cultivé et élégant, nourri de la fleur de la littérature et très versé dans l'histoire romaine, qui lui a fourni d'importantes découvertes en droit. Mais je crois que Dumoulin était capable de saisir une idée avec plus de force que Cujas et de la généraliser avec des vues plus larges.

(1) *Suprà*, n° 435.

(2) N° 493.

(3) *Loc. cit.*

(4) N° 460.

La Cour de cassation n'a pas dit pourquoi l'action principale et directe en garantie est considérée par elle comme divisible. Mais j'ai grand'peur qu'elle ne lui attribue ce caractère que parce qu'elle n'a vu que les dommages et intérêts auxquels elle aboutit, alors que la prise de fait et cause vient à échouer. S'il en était ainsi, le faux point de vue serait palpable. Ce serait une de ces erreurs que, depuis Dumoulin, il n'est plus permis de reproduire.

Avant tout, en effet, que demande l'acheteur? Il demande que la chose qu'il a achetée lui soit conservée; c'est pour cela qu'il lutte; c'est pour cela qu'il somme ses défenseurs naturels de venir à son aide. Les dommages et intérêts ne sont demandés qu'en second ordre. Or, ici tout le monde convient que l'obligation de les payer se divise entre les héritiers pour leur part et portion.

Mais en est-il de même de l'obligation de défendre, qui marche avant l'obligation d'indemniser et qui peut la rendre inutile? Personne n'osera le soutenir. Conçoit-on que l'obligation de défendre puisse se diviser? Conçoit-on que vous, héritier, qui êtes tenu de prendre mon fait et cause, vous satisfassiez à ce devoir en me défendant seulement pour une portion virile du litige! Tombe-t-il sous le sens qu'on puisse soutenir un tiers, un quart de procès, produire un tiers ou un quart de titres, faire valoir un tiers ou un quart de chaque moyen? Non! et il faut avoir toujours présent à la pensée ce passage de Dumoulin: *Unus solus hæredum tenetur defendere in solidum, id est, TOTAM CAUSAM* (1); ou bien encore celui-ci: *Quia respicit unicam et integram totius controversiæ defensionem, quasi certam quamdam formam* (2). Ce n'est pas seulement parce qu'il serait contraire à la bonne foi de ne défendre que pour partie celui dont on est garant

(1) N° 498.

(2) N° 496.

que l'obligation de prendre fait et cause est indivisible; c'est par une raison plus décisive et plus forte: c'est parce qu'un litige qu'on accepte ne se fractionne pas, et qu'il n'y a pas de milieu entre le poursuivre ou l'abandonner (1), de même que quand on s'est obligé à donner une statue, il n'y a pas de milieu entre la donner complète et pourvue de toutes ses parties, et ne pas la livrer du tout (2).

Disons donc que l'acheteur pourra actionner l'un des héritiers du vendeur pour prendre son fait et cause, et fournir des moyens de défense qui fassent cesser le trouble (3).

439. Mais cet héritier pourra à son tour mettre en cause ses cohéritiers, et pour cela il obtiendra un délai suffisant de l'équité du juge. « *Fateor tamen, dit Dumoulin (4), quòd unus in solidum conventus non solum potest consortes vocare in idem judicium, sed etiam dilationem obtinere.* » Et cette décision est conforme à l'art. 1225 du Code Napoléon.

440. Mais supposons que l'héritier appelé en garantie n'appelle pas ses consorts, et prenne à sa charge la défense de l'acheteur.

S'il parvient à repousser les prétentions de l'auteur du trouble, cette victoire profite à la fois à l'acheteur, à lui et à ses consorts. *Si enim vincit, quia absolutur, prodest denuntianti et ex consequenti necessario suis consortibus qui remanent in tuto.* Ce sont les expressions de Dumoulin (5).

(1) C'est ce que dit énergiquement Cujas: « *Defensionis causa individua est. Defensio pro parte ridicula est; aut nihil agit qui defendit, aut defendit in solidum.* » (Sur la loi 85, D. de verb. oblig., lib. 75. Pauli, ad edict.) Voyez *infra*, n° 457.

(2) L. 80, § 1, Dig. *Ad leg. Falcid.*

(3) C'est aussi l'opinion de M. Duranton, t. 16, n° 277, et t. 9, n° 264. — *Contra* MM. Duvergier, t. 1 n° 355; Marcadé, art. 1626-1629, n° 8.

(4) N° 462.

(5) N° 471.

Mais qu'arrivera-t-il s'il succombe dans la lutte? Il sera condamné, conformément à l'art. 1630, à indemniser l'acheteur, mais seulement pour sa part et portion. Car, comme nous l'avons vu, cette obligation est tout-à-fait divisible. Ce point n'est contesté par personne (1).

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la décision intervenue nuira aux autres héritiers qui n'ont pas été mis en cause. Mais Dumoulin enseigne que cette décision ne pourra leur être opposée, puisqu'on les a laissés dans l'ignorance du procès et dans une inaction dont ils ne doivent pas porter la peine; *Si verò vincatur, sibi tantum vincitur et non aliis qui non fuerunt vocati, et sunt in integro statu defendendi* (2). Cette décision est suivie par Pothier (3), qui dit que l'acheteur sera tenu de se pourvoir pour le surplus contre les autres héritiers du vendeur, et d'établir contre eux qu'il y avait lieu à garantie, et qu'il a été justement condamné à délaisser. Car la sentence, n'ayant été rendue que contre l'un des héritiers du vendeur, n'établit pas son bien jugé contre les autres qui n'étaient pas parties.

Ce sont là les vrais principes.

On opposerait en vain que le jugement a porté sur une matière indivisible, du moins en ce qui concerne l'obligation de défendre. Je réponds que cette obligation est indivisible en ce sens seulement que chaque héritier est tenu de prendre pour le total la défense de l'acheteur. Mais de ce que celui des héritiers qui a été mis en cause s'est trouvé impuissant pour faire cesser le trouble, il ne s'ensuit pas que la même impossibilité ait dû exister pour les autres héritiers, qui peut-être avaient des titres et des moyens de nature

(1) Dumoulin, n° 472. Pothier, n° 111.

(2) *Loc. cit.*, n° 485.

(3) N° 111. *Junge M. Durantou*, t. 16, n° 277.

à repousser l'action en désistement, si on les eût mis à même de les produire (1).

441. Il suit de là qu'un acheteur qui a la crainte d'être évincé agira prudemment (c'est le conseil que lui donne Dumoulin) (2) en mettant en cause tous les héritiers, Il en sera quitte pour avancer les frais, qu'il récupérera contre eux si son recours est fondé (3).

Par le même motif de prévoyance, l'héritier que l'acheteur aurait seul actionné devra s'adjoindre tous ses consorts, afin de ne pas supporter seul tous les dépens de l'instance. Car il les paierait sans partage s'il défendait à la demande sans les constituer en demeure de venir prendre part au débat (4).

442. Si le vendeur a des cautions, l'acheteur n'a aucun intérêt à diriger contre eux son action en garantie. C'est le vendeur, plutôt que ses cautions, qui est censé instruit des moyens de défense qu'on peut opposer pour maintenir l'acheteur. De plus, l'obligation du fidéjusseur étant dépendante de l'obligation principale du vendeur, il suffit à l'acheteur qu'un jugement condamne son obligé principal pour que la condamnation réagisse nécessairement contre les cautions (5).

Néanmoins, comme le fidéjusseur peut répudier son cautionnement par des exceptions personnelles, il sera prudent de l'appeler en cause pour faire déclarer le jugement de condamnation commun avec lui. Par ce moyen, la poursuite des dommages et intérêts ne sera pas retardée par les exceptions dont je viens de parler.

443. Lorsque les parties sont en présence, le ven-

(1) V. Bordeaux 1^{er} mars 1826; Poitiers, 5 juin 1828; Rej. 11 août 1830 et 14 janvier 1840; Rouen, 22 mai 1839 (V. J. Pal. 1839, t. 2, p. 568; Devill. 40, 1, 569).

(2) N° 473.

(3) Dumoulin, *loc. cit.*, et Pothier, n° 111.

(4) *Idem. Junge M. Durantou*, t. 16, n° 277.

(5) L. 7, C. *De evict.* Brunemann, sur cette loi. Pothier, Vente, n° 112. *Junge M. Durantou*, t. 16, n° 279.

deur ou ses héritiers qui ont des moyens de défense à opposer à la demande principale doivent prendre le fait et cause de l'acheteur. C'est leur devoir, c'est le but que l'acheteur prétend atteindre.

Mais, quelque précise que soit cette obligation, elle n'est pas absolue, en ce sens que le vendeur n'est tenu de la remplir qu'autant qu'il a de justes moyens de défense; mais si les titres lui manquent, s'il reconnaît que celui qui agit en désistement est fondé en droit, il doit rendre hommage à la vérité, et ne pas insister sur une mauvaise défense (1). Son obligation se traduit alors en celle qui est l'objet de l'article 1630, et le vendeur de bonne foi ira au devant d'une condamnation en offrant d'indemniser l'acquéreur, conformément à cet article. Si les assignés en garantie sont héritiers du vendeur, leur offre portera seulement sur leur part et portion.

Néanmoins, si l'acheteur veut poursuivre le procès contre celui qui le trouble, il est maître de le faire, mais à ses risques et périls. C'est à ses dépens qu'il résistera, et il ne pourra recouvrer contre le garant (outre ce que ce dernier lui a offert) que les frais de la sommation et le coût de la demande originaire (2).

444. Lorsque le garant prend le fait et cause de l'acheteur, celui-ci peut se faire mettre hors de cause, s'il le requiert avant le premier jugement (3). Le procès se poursuit alors entre le vendeur et le tiers qui revendique l'objet vendu.

Néanmoins l'acheteur, quoique mis hors de cause, pourra y assister pour la conservation de ses droits, et le demandeur originaire pourra même demander qu'il y reste pour la conservation des siens (4).

(1) Dumoulin, n° 495. Pothier, Vente, n° 116.

(2) Pothier, n° 117.

(3) Art. 182 du Code de procédure civile. Ord. de 1667, t. 8, art. 9. Jousse, sur cette ordonnance. Pothier, n° 114. Répertoire, v° Garantie.

(4) Art. 182 du Code de procédure civile.

Le jugement rendu contre le garant est exécutoire contre le garanti (1). Il suffit de le lui signifier, sans qu'il soit besoin d'autres procédures. A l'égard des dépens, la liquidation et l'exécution s'en poursuivent contre le garant.

Toutefois, en cas d'insolvabilité du garant, le garanti est passible des dépens, à moins qu'il n'ait été mis hors de cause (2).

445. Nous venons de considérer l'obligation de garantir comme ouvrant une action, soit principale, soit accessoire, à la demande originaire en revendication.

Il faut maintenant la considérer comme donnant lieu à une exception en faveur de l'acheteur. *Cui damus actiones, eidem et exceptiones competere multò magis quis dixerit.* L. 156, § 1, Dig. De reg. juris.

446. Cette exception trouve sa place dans plusieurs cas; par exemple, lorsque l'acheteur est inquiété par celui qui, ayant de son chef des droits de propriété à faire valoir sur l'objet vendu, se trouve héritier du vendeur et par conséquent grevé de l'obligation de garantir. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (3). Cette maxime, que nous traduisons ordinairement par celle-ci, *Qui doit garantir ne peut évincer*, a été tirée des lois 14 au Code De reb. alienis non alienand.; 17 et 33 Dig. De evict.; 11, 12 et 24, C. eod. tit.

L'exception dont nous parlons peut être opposée quand même il s'agirait d'un mineur dont l'héritage aurait été vendu par son tuteur comme appartenant à ce dernier. Le mineur, une fois héritier de son tuteur, serait repoussé dans son action en désistement, par l'effet de notre maxime (4).

Quid, si le tuteur avait vendu la chose non comme

(1) Art. 185.

(2) Idem.

(3) *Suprà*, n° 420.

(4) Pothier, n° 168 et 169.



en étant propriétaire, mais en sa qualité, sans observer toutefois les formalités légales? Le mineur devenu héritier du tuteur pourrait-il agir pour faire révoquer la vente? ou bien devrait-il être repoussé par l'exception *quem de evictione*, etc.?

Je pense qu'il ne serait pas non recevable. Le tuteur n'est pas personnellement garant de la vente qu'il a faite en sa qualité de tuteur. Il pourrait même, dans l'intérêt de son pupille, la faire révoquer (1). D'ailleurs, l'éviction ne procède ici que d'un vice de forme, qui n'est pas moins le fait du tuteur que de celui qui a acheté sachant qu'il s'agissait de l'héritage d'un mineur (2). Le tuteur n'a donc pas engagé sa responsabilité à l'égard de l'acheteur, et il suit de là que le mineur conserve tous ses droits pour rentrer dans son bien indûment aliéné. Cette opinion est celle du président Favre (3).

447. Notre exception peut être opposée non-seulement à l'héritier du vendeur, mais encore à son légataire universel, ou à son légataire à titre universel; car l'un et l'autre sont tenus personnellement des engagements du vendeur qui les a institués (4).

Mais on ne peut l'opposer à l'héritier bénéficiaire; car cet héritier n'est pas tenu sur ses propres biens; il ne confond pas ses actions avec celles de la succession, ses droits actifs et passifs restent distincts. Tout ce que l'acheteur peut faire, c'est d'obtenir contre

(1) Voët, *De rei vindicat.*, n° 49. L. 16, C. *De prædiis minor. sine decreto.*

(2) Ceci n'est pas contraire à un arrêt de la Cour de cassation du 19 floréal an XII, rapporté au Répertoire de Jurispr., v° Garantie, p. 465, col. 2, et dans Dalloz, v° Vente, p. 878. Dans l'espèce de cet arrêt, il résultait des faits qu'on avait voulu garantir le fait du mineur dont le bien avait été vendu sans formalités. Aussi la Cour de cassation dit-elle que c'est là une éviction spéciale.

(3) Code, lib. 8, t. 31, def. 2.

(4) Art. 1009, 1042.

lui, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, une condamnation à des dommages et intérêts, qui s'exécutera sur les biens de la succession (1).

448. C'est une question que de savoir si le donataire universel sera repoussé par la maxime *Quem de evictione*, etc.

Elle dépend d'un point assez controversé, qui consiste à savoir si le donataire est tenu personnellement des dettes du donateur (2). Bien qu'il ait été traité par nos auteurs modernes, je pense qu'il y a encore quelques lumières à répandre sur les difficultés dont il est environné, et je profiterai de cette occasion pour le discuter d'une manière aussi complète que possible.

449. Dans le droit romain, toute donation, même universelle, ne formait qu'un titre singulier (3). Il suivait de là qu'à considérer la raison de droit, le donataire universel ne pouvait jamais être tenu des dettes (4). Aussi les créanciers du donateur antérieurs à la donation n'avaient-ils aucune action personnelle contre le donataire; c'eût été considérer ce dernier comme un héritier, et la rigueur des formes auxquelles les Romains se soumettaient ne permettait pas un pareil bouleversement de qualités étrangères l'une à l'autre. Les créanciers n'avaient donc d'action directe que contre le donateur ou son héritier. On avait cependant senti qu'il y avait des cas où ce recours était illusoire, celui où, par exemple, le donateur, se dépouillant de la majeure partie de ses biens,

(1) Pothier, Vente, n° 176. — Sic. MM. Toullier, t. 4 n° 357; Chabot, art. 302; Vazeille, *ibid.*; Duranton, t. 7 n° 52; Duvergier, t. 1 n° 350; Marcadé, art. 1626-1629, n° 7. *Rej.* 4 déc. 1842; Grenoble 28 mars 1835 (*Deville*, 36, 2, 47). — V. néanmoins Riom, 13 décembre 1807.

(2) V. mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, p. 429, n° 812. J'établis que le donateur peut délaisser.

(3) Favre, C., lib. 8, t. 36, n° 4.

(4) Favre, C., lib. 8, t. 36, n° 4.

lissait une hérédité insolvable. Devait-il être permis que le donataire restât possesseur paisible des biens donnés, tandis que le malheureux créancier se trouverait dépouillé de l'émolument de son action? Pour remédier à ce grave inconvénient, on avait imaginé l'action paulienne ou révocatoire, qui permettait au créancier de faire révoquer la donation faite en fraude de son droit (1). Le créancier qui voulait l'exercer devait d'abord discuter les biens du donateur ou de ses héritiers; lorsque cette discussion était faite, et qu'il était prouvé que le donateur était insolvable, on agissait alors contre le donataire, non pas par action personnelle, mais en demandant le droit de mise en possession *ex edicto*, comme si les biens ne fussent pas sortis des mains du donateur débiteur. On pouvait aussi exercer l'action personnelle contre le donateur ou ses héritiers, pour faire juger qu'il n'y avait eu rien de donné que déduction faite des dettes. Mais, dans aucun cas, on ne permettait de poursuivre personnellement et directement le donataire; car le donataire, même universel, n'était qu'un successeur à titre singulier et l'action personnelle ne suivait que le successeur universel, qui représentait la personne du défunt. Tout ceci est enseigné fort clairement, et avec les lois à l'appui, par le président Favre (2).

Voët, en exposant les mêmes principes, y ajoute des distinctions qui les rendent encore plus faciles à saisir (3). Si le donateur est déjà mort, dit cet auteur dont je traduis les paroles, et qu'il ait laissé un héritier qui ait fait adition sans inventaire, il vaut mieux dire que cet héritier s'est obligé personnellement à toutes les dettes du défunt, selon les principes généraux sur l'adition pure et simple; et, dès là, le donataire ne peut être tenu des

(1) V. le titre du Dig. *Quæ in fraudem creditor. facta sunt.*

(2) C., lib. 8, t. 36, def. 5.

(3) Ad Pand., lib. 39, t. 5, n° 20, *De donat.*

dettes, quand même il serait gratifié de la plus grande partie des biens. *L. Aris alieni 15, C. De donat.*

Si le donateur est vivant, ou bien si, étant mort, ses héritiers testamentaires, ou *ab intestat*, ont répudié sa succession, le donataire peut être inquiété pour le paiement des dettes jusqu'à concurrence des forces de la donation; car les lois veulent que le donateur qui donne au-delà des forces de son patrimoine (*suprà vires patrimonii*) puisse déduire d'abord les dettes (1).

La même décision doit être portée si le donateur n'a qu'un héritier bénéficiaire: ce dernier ne peut pas être tenu envers les créanciers du défunt au-delà des forces de l'hérédité; mais comme il serait également injuste que les mêmes créanciers fussent lésés par les donations postérieures à leurs créances, il a paru juste de leur donner l'action paulienne pour faire révoquer la donation même contre le donataire de bonne foi. Car les créanciers *certant de damno vitando*; les donataires, au contraire, *certant de lucro captando*; la condition des premiers est donc meilleure.

Au reste, les donataires ne peuvent jamais être tenus *ultrà vires*; car ils ne sont ni héritiers ni successeurs universels; ils ne sont obligés que parce qu'il n'est pas juste qu'ils s'enrichissent du dommage d'autrui. Ainsi parle Voët (2).

(1) Qui ex donatione se obligavit ex rescripto D. Pii in quantum facere potest convenitur. Sed enim id quod creditoribus debetur erit detrahendum. L. 12, D. *De donat.* (Pand. de Pothier, t. 3, p. 39, n° 46).

(2) Les principes que l'on vient de voir sont ceux de Cujas, Récit solenn., t. *De usu et usuf. per leg.*, l. 36: « *deductio aris alieni etiam in donationibus inter vivos locum habet, sive res, sive bona donaverit... Quia igitur sive bona, sive res, sive bonorum, sive rerum pars donata sit, ante omnia deducitur æs alienum; ære res ex alieno solutæ præstantur donatario: con-*

On peut conclure de tout ceci que, si le donataire n'était pas personnellement tenu des dettes, il pouvait indirectement en supporter le poids, par trois motifs. Le premier, qu'un individu n'est censé donner que ses biens, et que *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*; le second, qu'un donateur n'est obligé que *in quantum facere potest*; que par conséquent il peut retenir la valeur des dettes à payer, comme le dit la loi 12, D. *De donat.*; le troisième, que le créancier ne peut être dupe des générosités de son débiteur, et qu'il peut faire révoquer la donation comme faite en fraude de ses droits. Dans aucun cas le donataire n'était tenu personnellement et par action directe. Alors même que, par une clause formelle, le donateur obligeait le donataire au paiement de ses dettes, les créanciers ne pouvaient actionner directement ce dernier: ils devaient obtenir du donateur une cession d'actions, tant étaient grande chez les Romains l'observation scrupuleuse de la forme des actions (1). Mais Voët enseigne, d'après Grænewegen et autres, que, dans ce dernier cas, ce détour d'actions n'a pas lieu dans les mœurs modernes (2).

450. La manière dont nous venons de dire qu'étaient tenus les donataires par le droit romain doit-elle être suivie aujourd'hui? en d'autres termes, les créanciers du donateur peuvent-ils agir directement contre le donataire?

» sequens est, eum non respondere creditoribus donatoris, quini-
 » nimo, et si eâ lege donatio facta sit nominatim, ut donatarius
 » subiret onus æris alieni. » Enfin la glose professe la même doctrine: « *Æs alienum non sequitur fundum donatum, sed successorem universalem. Sed quid si omnia sua bona donavit?* » Dic posse agi revocatoriè; vel contra ipsum donantem agi, quasi non teneat donatio, nisi omni ære alieno deducto. » Sur la loi *Æris alieni*, C. *De donat.* C'est absolument la même doctrine que Favre.

(1) Cujas, Récit solenn., tit. *De usuf. per legat.* L. 27, in fine.

(2) *Loc. cit.*, n° 20.

Depuis que l'on n'est plus asservi à la solennité rigoureuse des actions, plusieurs jurisconsultes ont pensé que, dans certains cas, le donataire pouvait être directement actionné.

Le cardinal Deluca (1) fait une distinction entre les donations universelles et les donations particulières. Quant aux donations particulières, il donne aux créanciers le droit de les attaquer par l'action paulienne, lorsque leurs droits sont lésés. Ce n'est là qu'un remède subsidiaire, qui peut être seulement invoqué lorsqu'après discussion on a reconnu que le débiteur était insolvable. Quant aux donataires universels, il enseigne que, pour éviter des circuits inutiles, on peut les actionner directement et personnellement, puisqu'il est oiseux de discuter le patrimoine du donataire qui s'est dépouillé de l'universalité de ses biens. Il ajoute que cette manière d'agir, fondée sur l'équité, est suivie au parlement de Grenoble, comme l'atteste Gui Pape (2). Mais qu'est-ce qu'une donation universelle? Ricard (3) ne considère comme donations universelles que celles qui peuvent comprendre et qui comprennent les biens présents et à venir. Car il est impossible, suivant lui, qu'il se rencontre un titre universel dans la donation de bien présents, l'universalité comprenant le présent et l'avenir. Furgole donne le même sens de la donation universelle (4).

Il nous semble que cette distinction de Deluca est fondée sur la raison.

Lorsque la donation est universelle et qu'elle comprend le présent et l'avenir, le bon sens et la force

(1) Sur les donations, lib. 7, disc. 45, n° 12, 13, 14, etc.

(2) Décis. 405 et 460. Perezus, *Prælect. ad Codic.*, dit la même chose, t. *De donat.*, n° 22: « *De praxi intentari posse actionem personalem, adversus donatarium universalem, sustinere debitorum, etc.* »

(3) *Donat.*, p. 3, n° 4521.

(4) Comment. sur les *Donat.*, p. 123 et 124.

des choses commandent que le donataire soit tenu par action directe, et c'est aussi ce que décident les art. 1084 et 1085 du Code Napoléon (1).

Mais lorsque la donation ne comprend pas l'universalité des biens, comme le créancier n'a acquis aucune action contre le donataire, et que le donateur lui reste toujours obligé, c'est contre celui-ci qu'il doit agir; il ne doit pas lui être permis de diminuer l'émolument de la donation, lorsqu'il peut se payer sur les biens de celui qui a contracté avec lui. Mais si le donateur est insolvable, la loi lui ouvre alors un recours subsidiaire; elle lui permet de faire annuler la donation comme fraudant ses droits (art. 1167 du Code Napoléon). Alors, dans cette action rescisoire, il agit bien contre le donataire; mais il n'agit que subsidiairement, il n'agit que lorsqu'après discussion il prouve qu'il n'a pas de quoi se payer. La nécessité de cette discussion a lieu quand même la donation comprendrait *tous les biens présents* du donateur; car il serait possible que depuis la donation il lui fût survenu quelque hérédité opulente qui le mit à même de payer ses dettes.

451. Mais, dira-t-on, le donateur a le droit de retrancher de la donation qu'il fait les dettes qu'il a à payer; car *bona non dicuntur nisi deducto aere alieno* (2). Or, tout créancier peut exercer les actions de son débiteur (art. 1166 du Code Napoléon); pourquoi donc ne permettra-t-on pas aux créanciers du donateur d'exercer la déduction que leur débiteur pourrait faire lui-même? Ce serait éviter un circuit inutile et contraire à la simplicité de notre droit.

Cette objection n'est pas sans difficulté; mais cependant elle trouve sa réponse.

(1) Furgole, sur l'art. 17 de l'ord. de 1731, t. 5, p. 164, cite une foule de textes et d'auteurs qui l'ont ainsi décidé. Il veut même que cette action directe soit *personnelle*, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens. *Infra*, n° 455.

(2) L. 12, Dig. *De donat.* Cujas, *loc. cit.*

Sans doute, lorsque le donateur donne tous ses biens présents ou une partie d'iceux, comme le mot *biens* ne s'entend que de ce qui reste les dettes payées, ce même donateur a le droit de retenir de quoi acquitter ces dettes; il peut ne livrer au donataire que les choses données purgées de toute créance: *Res aere alieno solutæ præstantur*, d'après l'expression de Cujas.

Mais si le donateur renonce à cette retenue, alors il n'a plus aucun droit pour le faire postérieurement, et par conséquent ses créanciers ne peuvent le faire de son chef. Or, cette renonciation a lieu tacitement lorsque le donateur met le donataire en possession des biens donnés, sans réserve des dettes; il montre par-là qu'il ne veut pas user du retranchement pour dettes qu'il devait faire préalablement. C'est ce qu'enseigne Ricard (1); quoique M. Grenier insinue que cette opinion n'est pas sûre (2), elle est cependant adoptée par M. Toullier (3).

Le donataire n'est donc pas toujours obligé de contribuer aux dettes, relativement au donateur ou à ses héritiers. Le donateur ne peut l'y faire contribuer qu'autant qu'il n'a pas lui-même renoncé à cette contribution formellement ou implicitement.

Ainsi, en résumant sur ce point tous les cas qui peuvent se présenter: Ou le donateur a fait la déduction pour dettes avant la livraison de la chose, et alors nul doute que le créancier n'ait aucun droit contre le donataire, son auteur n'en ayant plus (4).

Ou le donateur fait tradition de la chose donnée avec stipulation que le donataire paiera les dettes existantes, ou avec réserve de faire un retranchement pour les payer, et nul doute alors sur le droit des créanciers d'agir directement contre le donataire;

(1) Part. 3, n° 1523.

(2) Donat, t. 1, p. 209.

(3) T. 5, n° 817 et 818.

(4) Cujas, *loc. cit.*

car ils peuvent faire eux-mêmes le retranchement que leur débiteur pourrait faire de son chef (1166).

Ou bien le donateur met le donataire en possession de la chose donnée, sans stipulation relative aux dettes, sans réserve de les lui faire payer; alors il est censé renoncer à son droit de rétion, et ses créanciers ne peuvent exercer une action qu'il s'est ôtée à lui-même; ils ne peuvent pas agir directement contre le donataire. Tout ce qu'ils ont droit de faire, c'est, si leur débiteur est insolvable, d'exercer l'action révocatoire paulienne.

L'objection que nous avons essayé de résoudre tombe donc par ces observations. Mais il y a plus: c'est qu'il faut se garder de croire que le droit de déduction fondé sur la maxime *Bona non dicuntur*, etc., ait lieu dans toutes les donations au profit du donateur. Cette maxime ne trouve son application que lorsque le donateur donne *ses biens* ou une partie de *ses biens*. Mais s'il donnait des *immeubles* ou *partie d'iceux*, le donataire ne serait pas soumis à la déduction fondée sur la maxime *Bona non dicuntur*, etc., et le donateur ne pourrait retenir quelques-uns des immeubles pour payer ses dettes. C'est ce que Bartole décidait d'après les principes du droit romain pour le legs des immeubles ou partie des immeubles (1).

452. On fera peut-être une seconde objection, et l'on dira: *Le légataire universel* est obligé aux dettes pour sa part et portion (1012). Il peut être actionné *directement et personnellement* par les créanciers du défunt. En supposant que le donataire de *tous les biens présents* ne soit qu'un donataire à *titre universel*, au

(1) Sur la loi dernière, *De usuf. legat.*: Menochius s'exprime ainsi: « Nam usufructuarius omnium immobilium vel partis eorum, cum rei particularis sit legatarius, non tenetur solvere res alienum, nec pati rem aliquam mobilem vel immobilem alienari ab hærede pro æris alieni solutione. » Lib. 4, præsumpt. 143, n^o 5 et 6. M. Toullier, t. 5, p. 740.

moins doit-il être de même condition que le légataire à titre universel; il n'y a pas de motif pour établir une distinction entre l'un et l'autre. Donc, par argument de l'art. 1012, il doit être permis d'actionner directement le donataire qui a un titre universel dans sa personne. C'est l'avis de M. Grenier (1).

Mais il faut remarquer une différence entre le legs et la donation. Le Code assujettit formellement le légataire universel ou à titre universel à contribuer aux dettes au prorata de l'émolument, de telle sorte que, dès que la succession est ouverte, les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers et les légataires universels et à titre universel: *Prorata bonorum debent invicem sese exonerare*, comme dit Dumoulin (2). La force de cette division est telle qu'elle suit même le créancier, et que ce dernier ne peut les actionner que pour leur part et portion virile. S'il intentait une action pour le tout contre l'héritier, il serait évidemment renvoyé à se pourvoir contre le légataire à titre universel pour la portion mise à la charge de celui-ci. Ainsi *les légataires universels, à titre universel, les héritiers, les successeurs ab intestat*, contribuent entre eux aux dettes à raison de l'émolument (870 et suiv. du Code Napoléon), et ils sont tenus à l'égard des créanciers pour leur part virile (873, 1009 et 1012). C'est la loi qui a fait cette division.

Mais, à l'égard des donations de biens présents, on ne voit pas que la loi les ait fait entrer jamais dans la contribution aux dettes. Ce silence prouve donc ce que nous avons dit, que, lorsque le donataire a été mis en possession pure et simple, il ne doit aucune contribution pour dettes au donateur qui n'a rien réservé, ou à ses héritiers; qu'il n'est appelé à répondre aux créanciers que subsidiairement, par l'action révocatoire paulienne. Le système de M. Grenier

(1) T. 1, p. 207.

(2) *Loc. cit.*

tend donc à créer des dispositions qui n'existent pas.

453. Encore s'il y avait analogie parfaite ! mais la similitude est loin d'exister.

Lorsque le testateur fait un légataire à titre universel, en même temps qu'il prive son héritier d'une quotité de biens, il le décharge des dettes pour toute la portion virile de ce légataire, et le créancier est obligé de diviser son action pour avoir le paiement de sa dette. La loi est formelle (883 du Code Napoléon).

Mais lorsqu'un individu fait une donation de biens présents, osera-t-on dire qu'il oblige ses créanciers à diviser leurs actions entre le donataire et lui ! M. Grenier lui-même est loin de le soutenir : « Ce n'est pas, » dit-il (1), que, tant que le donateur vit, il ne soit toujours lui-même le vrai débiteur, et qu'il ne puisse être actionné, et qu'après sa mort les vrais débiteurs ne soient les héritiers saisis de la succession par les lois, ou le légataire universel, ou enfin tous autres successeurs du défunt, qui sont regardés comme une continuation de sa personne. »

Voilà donc une différence bien remarquable, avouée par M. Grenier, entre les légataires à titre universel et les donataires au même titre. La loi divise l'action du créancier avec les héritiers qui représentent le défunt et les légataires universels, ou à titre universel. L'action du créancier demeure au contraire entière contre le donateur ou ceux qui le représentent à cause de mort. L'analogie commence donc à disparaître.

Elle s'éclipsera tout-à-fait si l'on considère que la transmission des biens à cause de mort engendre un effet tout différent de la transmission gratuite entre vifs. La première produit une véritable succession ; la mort fait rejaillir le passé tout entier sur les personnes qui survivent : *le mort saisit le vif*. Les biens demeurent affectés à toutes les obligations, sans exception, que le défunt a contractées dans le cours de

(1) N° 95.

sa vie, de même que ses représentants profitent de tout l'émolument qu'il a acquis dans la même période.

La donation de tous biens présents est loin d'avoir des effets aussi étendus. Elle n'agit que sur le présent ; toutes les obligations qui seront contractées après elle, tous les profits qui seront faits plus tard, lui resteront étrangers ; elle n'embrassera qu'un point de la vie du donateur, tandis que les donations à cause de mort répondent pour sa vie entière. Dès lors, il est impossible de dire que la première soit jamais à titre universel. Insistons un moment sur cette différence.

Un testateur donne à cause de mort le quart de ses biens. C'est un legs à titre universel. Ce quart des biens représentera pour un quart tout ce que le défunt aura acquis, tout ce à quoi il sera obligé depuis le premier instant de sa vie jusqu'à sa mort. C'est là un véritable titre représentatif, embrassant une partie de l'universalité de l'actif et du passif du testateur. On a donc bien fait d'appeler ce legs à titre universel.

Mais supposez une donation entre vifs de tous biens présents ; cette donation aura-t-elle rien de commun avec les acquisitions qui lui seront postérieures ? représentera-t-elle les obligations contractées ultérieurement par le donateur ? Non, certes ! donc elle n'aura pas la qualité d'un titre universel, puisqu'elle demeurera étrangère à toute la période qui s'écoulera depuis sa passation jusqu'à la mort du donateur. Le donataire de tous les biens présents ne représentera donc pas le défunt, soit pour le tout, soit pour partie, depuis le commencement de sa vie jusqu'à sa mort. Il ne sera donc qu'un successeur à titre singulier, de même que celui à qui l'on vendrait tous ses biens. Où donc, encore une fois, se trouve l'analogie qui pourrait faire appliquer aux donations des principes que le Code n'a érigés en loi que pour les legs ?

454. On voit, en résumé, qu'aucun motif ne milite pour s'écarter du droit romain, comme on l'a fait pour les legs, et soumettre les donataires, même de tous les biens présents, à l'action directe des créanciers. Ce serait nuire aux donataires sans profit pour les créanciers. Ceux-ci auront toujours un recours subsidiaire contre les donataires, s'ils trouvent, après discussion, que celui avec qui ils se sont obligés ne peut les satisfaire.

Mais si la donation est universelle, c'est-à-dire si elle embrasse les biens présents et futurs, elle participe alors des donations à cause de mort, et comme il est notoire qu'une telle donation dépouille le donateur et le rend insolvable, il est inutile de le discuter. On peut agir contre lui directement et personnellement. Cette opinion est celle de M. Toullier (1).

455. Reste à savoir maintenant de quoi le donataire est tenu quand il paie les dettes du défunt.

Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il ne peut être tenu *ultra rerum donatarum quantitatem* (2). Et cela a lieu, quand même la donation serait de biens pré-

(1) T. 5, n° 817. Ces principes n'ont pas toujours été suivis par les arrêts. Un arrêt de la cour de Nîmes, du 14 décembre 1807, décide que le donataire d'une quotité des biens est personnellement tenu des dettes du donateur (S., 14, 2, 81). Un arrêt de la cour de Limoges, du 29 avril 1817, décide aussi que le donataire de biens actuels est, comme le légataire à titre universel, tenu de payer les dettes du défunt personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout (S., 17, 2, 164, et Dal., Disposit. entre vifs, p. 577). Même décision, Riom, 2 décembre 1809 (S., 12, 2, 380). « Donc, ajoute l'arrêt, le donataire ne peut être admis à purger les hypothèques affectées sur les biens donnés, puisqu'il est tenu tant personnellement qu'hypothécairement. » Arrêts conformes, Toulouse, 13 avril 1821 (Dal., *loc. cit.*, p. 580). Nîmes, 3 avril 1827 (Dal., 27, 2, 125). Bordeaux, 23 mars 1827 (*id.* 126). Voyez M. Merlin, Répert., v° Droits successifs, p. 436, col. 1 et 2.

(2) Voët, *De donat.*, n° 20. Furgole, sur les Donat., t. 5, p. 164. Ricard, part. 1, n° 1516.

sents et à venir, dans le cas où il est permis d'en faire. Car l'action n'est pas alors pure personnelle, elle est *in rem scripta* (1).

456. Tous ces principes étant admis, faisons-en l'application à l'obligation dont le donateur est tenu. Il est entendu que cette obligation doit être antérieure à la donation pour qu'il y ait possibilité qu'elle réfléchisse contre le donataire.

Pierre vend à Jacques l'immeuble A, appartenant à François. Quelque temps après, il donne tous ses biens présents à ce même François.

Postérieurement, François dirige une action en désistement contre Jacques. Jacques pourra-t-il le faire déclarer non recevable?

Pothier enseigne l'affirmative (2). Mais il se hâte d'ajouter : « Comme ces personnes ne sont tenues des dettes que jusqu'à concurrence des biens compris dans le legs (3) ou don universel, elles peuvent faire cesser cette exception en offrant de céder et d'abandonner ces biens. »

M. Merlin ne partage pas ce sentiment (4). « Ceci n'est pas absolument exact, dit-il ; le donataire universel n'étant pas obligé personnellement aux dettes du défunt, et ne l'étant qu'à raison des biens, peut, sans craindre l'exception de garantie, revendiquer son propre héritage sur celui à qui le défunt l'a vendu, sauf à l'acquéreur à exercer son recours sur les biens qui sont l'objet du (don) universel. La Cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 1^{er} germinal an xi. »

Cet arrêt (5) porte sur le cas d'un legs universel ;

(1) Auteurs cités, M. Grenier, *Donat.*, t. 1, p. 214.

(2) Vente, n° 476.

(3) A l'égard des legs, on sait qu'il y a eu innovation par les art. 1009 et 1012, cités au n° 447.

(4) V° Garantie, p. 464.

(5) Quest. de droit, v° Requête civile, § 6. Dal., *idem*, p. 597.

mais on a vu, par les développements que j'ai donnés ci-dessus, qu'avant le Code Napoléon il n'y avait pas de différence entre le don et le legs universel. On lit dans l'un de ses considérants : « Attendu que la dame de Bellisle n'est pas héritière de la dame Daboville, et qu'en sa qualité de légataire universelle, elle n'a pas confondu ses droits personnels avec ceux de la testatrice; d'où il suit qu'elle n'est pas garantie de la validité des poursuites contre lesquelles elle s'est pourvue. »

Cette seconde opinion, en tant cependant qu'elle s'applique à un donataire de biens présents, doit prévaloir; un tel donataire ne répond pas personnellement des obligations du donateur. Il n'est pas tenu de ses faits. S'il est responsable, ce n'est pas comme mandataire, c'est à cause de la détention des biens. Il n'y a donc que les seules obligations de donner une chose ou de payer une somme qui réfléchissent sur lui; quant aux obligations de faire, elles ne peuvent être l'objet d'un recours qu'en tant qu'elles se résolvent en dommages et intérêts.

Le donataire de tous biens présents n'est donc pas tenu de prendre le fait et cause de l'acheteur pour le compte du vendeur. Car c'est là une obligation de faire (1), dont il n'y a que celui qui est tenu personnellement qui soit responsable. Il n'est assujéti qu'au paiement du prix et des dommages et intérêts, par la raison que c'est là une obligation de donner qui est une charge des biens à lui transmis. Le donataire pourra donc revendiquer son propre héritage. Mais l'acquéreur sera fondé à le forcer à l'indemniser, conformément à l'art. 1630.

Que s'il s'agissait d'un donataire de biens présents et à venir, comme un tel donataire est tenu personnellement, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (2), il

(1) *Suprà*, n° 435.

(2) N° 450.

faudrait se rattacher à l'opinion de Pothier. Le donataire, devant donc prendre le fait et cause de l'acheteur, sera repoussé par la maxime *Qui doit garantir ne peut évincer*. Mais il pourra faire cesser l'exception en offrant d'abandonner tous les biens.

457. Nous devons maintenant examiner une difficulté très grave que fait naître le principe de l'indivisibilité de la garantie. Lorsque le vendeur laisse plusieurs héritiers ou légataires universels, etc., l'un d'eux, qui réclame sa propre chose vendue par son auteur, peut-il être rejeté en entier de sa demande par l'exception *quem de evictions*, etc. ? ou bien sa demande n'est-elle non recevable que pour la part dont il est héritier ?

Cette question est diversement résolue par les auteurs.

Henrys (1) pense que l'héritier pour partie ne peut évincer l'acquéreur, ou, en tout cas, que cet héritier doit être obligé de retirer l'héritage entier en rendant le prix de l'acquisition et les dommages intérêts. Ce tempérament n'est admis par Henrys que parce qu'il lui répugne que l'acheteur ne conserve qu'une portion plus ou moins minime d'un objet qu'il n'a acheté que pour en jouir en totalité. Une éviction totale lui paraît préférable à une éviction partielle.

Duperrier veut indistinctement que l'héritier ne puisse évincer l'acquéreur (2). C'est aussi le sentiment de plusieurs docteurs cités par Fachinée (3), tels qu'Alciat (4), Lancelot Galliaulus, etc. Socin, tout en le combattant, affirme avoir vu juger deux fois la question en ce sens (5), et c'est celui qui a été suivi par un arrêt de la Cour de cassation du

(1) T. 2, p. 289, liv. 4, ch. 6, q. 31.

(2) *Quest. notables*, liv. 1, q. 9.

(3) *Controverses*, lib. 10 c. 45.

(4) Sur la loi 4, § *Cato. de verb. oblig.*

(5) Sur la loi 4, § dernier. *De verb. oblig.*

11 août 1830 (1), et par un arrêt inédit de la cour de Nancy du 2 mai 1833, tous les deux rendus en thèse (2).

L'opinion contraire s'appuie sur le texte de la loi 14 au Code *De rei vindicat.*, et sur l'imposante autorité de Dumoulin (3), de Pothier (4), de Lebrun (5), de Voët (6), auxquels on peut joindre Fachinée (7), d'Argentrée (8) et plusieurs autres écrivains antérieurs, que Dumoulin appelle *insignes doctores* (9). Ce grand jurisconsulte rapporte même que Pierre Séguier, premier président au parlement de Paris, le consulta pour un de ses amis qui avait acheté une maison située à Paris, et qui, inquiété par le véritable propriétaire, héritier pour partie du vendeur, avait été condamné par le premier juge à se désister des portions de cette maison que le demandeur ne tenait pas de son auteur. Dumoulin fut d'avis qu'il fallait que cet acheteur acquiescât à cette sentence, et c'est ce qui fut fait. Il donna le même conseil au demandeur en revendication, et il représente la décision des juges de Paris comme beaucoup meilleure que les deux jugements rapportés par Socin (10).

Quand nous annonçons que cette grave et difficile question a été traitée par Dumoulin, nous indiquons assez qu'elle a été approfondie avec ce que la science peut enseigner de plus complet, et ce que la

(1) Dalloz, 30, 1, 343.

(2) « Qu'il importe peu (dit l'arrêt de Nancy) que Jean-Baptiste Demangeot ne soit héritier d'Agnès (venderesse) que pour partie; que l'exception de garantie est indivisible, et que chacun des héritiers est tenu, pour le total, de faire jouir l'acquéreur. »

(3) *De divid. et individ.*, n° 487 et suiv.

(4) Vente, n° 174.

(5) Successions, liv. 4, ch. 2, sect. 4, n° 27.

(6) *De rei vindicat.*, n° 16.

(7) Controvers., lib. 10, c. 55.

(8) Sur Bretagne, art. 419, glose 3, n° 23, *in fine*.

(9) N° 487.

(10) *Loc. cit.*, n° 508.

force du raisonnement a de plus pénétrant et de plus subtil.

Pothier a résumé son argumentation (1); elle roule sur trois idées.

1° L'obligation de livrer une chose divisible est divisible (2). Si le vendeur fût mort avant la tradition, ses héritiers ne pourraient être actionnés par l'acheteur que pour leur part et portion. Le vendeur, en exécutant son obligation par la tradition, n'a pu rendre la condition de ses héritiers pire qu'elle n'aurait été si elle n'eût pas été remplie. L'héritier pour partie qui, actionné en délivrance, eût été quitte en faisant tradition de sa part, ne doit pas être plus maltraité par exception que par action.

2° L'obligation de défendre est sans doute indivisible (3). Mais cette obligation n'est pas tellement précise et absolue que chaque héritier ne puisse s'en décharger en offrant sa part du prix et des dommages et intérêts. A plus forte raison, il est déchargé quand il a satisfait pour sa part et portion à l'obligation de faire jouir, qui est divisible quand l'objet vendu est divisible.

3° L'obligation de défendre est subordonnée à l'obligation de faire jouir (4); quand l'héritier pour partie a rempli cette dernière obligation pour la portion qui lui est afférente, il n'a plus à défendre l'acheteur, il est libéré. Il peut donc revendiquer la chose vendue, pour les portions dont il n'est pas héritier. *Nec obstat*, dit Dumoulin (5), *quod etiamsi in parte tantum sit hæres, tenetur defendere totum contra extraneum, ergo contra se, in quantum est extraneus. Quia verum est, nisi hic hæres obligationi hære-*

(1) Vente, n° 174.

(2) *Suprà*, n° 262.

(3) Dumoulin, n° 499.

(4) Dumoulin, *loc. cit.*; *suprà*, n° 498.

(5) *Idem*, n° 505.

» ditare satisfecerit et emptor obligationem defen-
 » dendi diviserit, imò potiùs rei perceptione con-
 » sumpserit in eâ parte. Hæc enim obligatio dividua
 » est ex parte creditoris; et sic, non solùm liberali-
 » ter ab eo pro parte, vel respectu unius hæredum
 » remitti potest; sed etiam multò fortiùs consumi in
 » parte perceptione partis.»

Dumoulin ajoute néanmoins (1), et en cela il est encore suivi par Pothier, que l'acheteur peut se refuser à garder la chose pour partie, et qu'il est maître de la délaissier pour le total, en faisant condamner le demandeur à lui payer, pour la part dont il est héritier, les dommages et intérêts résultant de l'éviction. Car, n'ayant pas acheté la chose pour en avoir seulement une partie, il ne peut être obligé à la retenir seulement pour partie.

Je crois qu'un système qui repose sur des vues si solides ne saurait être ébranlé, et il faut convenir que la Cour de cassation a joué de malheur dans son arrêt, lorsqu'après avoir qualifié de divisible l'action en garantie, qui est évidemment indivisible dans son premier chef, elle décide que l'exception de garantie est indivisible, quoique les lois romaines et les plus grands jurisconsultes prouvent qu'elle doit se diviser entre les héritiers du vendeur.

Quels sont les motifs de la Cour de cassation? « La
 » garantie couvre le tout et chaque partie de l'objet
 » aliéné; car la possession paisible de la chose ven-
 » due est le premier objet de la garantie promise par
 » le vendeur; cela résulte clairement de la nature de
 » l'engagement et de la fin que les parties se sont pro-
 » posée dans le contrat.»

Tout cela est le mieux du monde quand le vendeur est encore là pour répondre de ses faits. Mais la question est de savoir s'il doit en être de même quand il laisse plusieurs héritiers. L'on sait que toute obliga-

(1) N° 506.

tion est indivisible eu égard au débiteur principal qui l'a contractée (1). Est-ce une raison pour qu'il en soit de même eu égard à ses héritiers? Non certainement! car, de droit commun, ce qui était indivisible quand le débiteur originaire vivait se divise quand il vient à décéder. Ce n'est que dans des cas rares et exceptionnels que l'indivisibilité subsiste entre les héritiers. « Omnis obligatio, dit Dumoulin, est dividua; prout
 » semper et regulariter, ipso jure inter hæredes tam
 » creditoris quàm debitoris, pro portionibus hæredi-
 » tariis dividitur, nisi quandò et quatenùs apparet
 » quòd sit individua (2). »

La Cour de cassation ne donne aucune raison plausible pour faire admettre que l'indivisibilité se continue, dans notre espèce du vendeur à ses héritiers. Quand elle dit que la garantie couvre le tout et chaque partie, et qu'elle en fait une sorte de droit hypothécaire *quod est in toto et in qualibet parte*, elle se laisse dominer par des idées tout à fait inexactes. Il n'y a rien de réel dans l'obligation de garantir; cette obligation n'affecte pas la chose, elle est toute personnelle; elle est une branche de l'action *ex empto*, qui, en cette partie, a une caractère de personnalité pure (3).

Nous avons dit précédemment, avec Dumoulin, Pothier, etc., que l'obligation de défendre est indivisible, et qu'elle oblige pour le tout chaque héritier. Résulte-t-il de là que chaque héritier est tenu de faire avoir à l'acheteur chaque parcelle de l'immeuble, libre et dégagée du droit d'autrui? Avons-nous voulu dire que la possession de ce dernier est tellement indivisible que l'un des héritiers doit pour tous les autres la faire maintenir intacte dans la totalité des fractions dont se compose la chose? Ne confondons pas!! Les principes que nous avons posés sur

(1) Dumoulin, part. 2, n° 415.

(2) Dumoulin, part. 2, n° 200.

(3) *Suprà*, n° 262.

l'indivisibilité de défendre doivent être entendus en ce sens, que chaque héritier doit défendre le procès pour le tout, c'est-à-dire en présenter tous les moyens; mais nous aurions trahi la pensée des jurisconsultes qui nous servent de guide, si nous avions laissé croire que l'un des héritiers actionné, sur plusieurs ayant le même intérêt, ne fût pas quitte en procurant à l'acheteur la jouissance paisible de sa part afférente. Quelle était la position des choses quand nous raisonnions ainsi? Un acheteur est troublé par un tiers qui veut lui enlever toute la maison vendue. Il a besoin que les héritiers de son vendeur viennent à son secours et prennent son fait et cause. S'il se contente de la défense d'un seul, il est le maître de recourir uniquement à cet héritier, et celui-ci devra développer tous les moyens du procès, il produira tous les titres; il soutiendra la lutte jusqu'au bout, fera les efforts les plus complets pour que l'attaque soit vaine. Mais remarquez que cet héritier, que nous mettons aux prises avec le demandeur en revendication, n'a encore rien payé de sa part du prix et des dommages et intérêts; ou bien que l'acheteur ne tient pas de lui une part incontestée de la chose; et c'est la grande différence qui existe entre ce cas et celui que nous examinons maintenant. Car l'héritier qu'on veut repousser par la maxime, *Quem de evictione*, etc., consent à laisser l'acquéreur maître et possesseur paisible de la chose, pour sa part. C'est ce qui fait que nous disons qu'il est libéré de l'obligation de garantir et de prendre fait et cause; car, de droit, l'héritier n'est tenu de livrer la chose que pour sa part et portion; c'est un point mis hors de toute controverse par Dumoulin (1); de droit, il n'est tenu de faire jouir l'acheteur que pour sa part et portion. Quelle garantie veut-on donc exiger de lui, lorsqu'il a fait tout ce qu'il était de son devoir de faire,

(1) 2^e partie, n^{os} 301 et suiv.

lorsqu'il a payé le montant total de ce qu'il doit? Il est évident qu'il n'y a pas lieu à garantie contre lui, et que la Cour de cassation n'a fait que déduire dans ses considérants des principes inapplicables (1). Je reviens, au n^o 463, sur une question à peu près semblable.

Avant d'en finir sur ce point, je ferai observer que M. Duranton, tournant contre l'acquéreur une opinion qu'Henrys n'avait proposée que dans son intérêt, veut que l'héritier puisse toujours revendiquer la chose à lui appartenant et qui a été vendue par son auteur, et qu'il soit seulement tenu des dommages et intérêts (2). Mais cette opinion est, à mon sens, contraire aux principes. L'héritier est tenu du fait de son auteur, et les obligations de ce dernier continuent dans sa personne. Or le vendeur était tenu de faire jouir son acquéreur; c'était là son obligation précise; nécessairement ce doit être aussi celle de son héritier, qui, pouvant l'accomplir, ne doit pas être reçu à s'en décharger moyennant des dommages et intérêts. Une indemnité n'est proposable qu'autant que l'obligation de faire jouir est prouvée, impossible. Mais ce serait tout confondre que d'admettre l'obligé à traduire en dommages et intérêts une obligation qu'il lui est facile de remplir *in forma specificâ*. La bonne foi, la raison, toutes les règles des contrats s'opposent à cette conversion.

Il ne sert de rien de dire avec M. Duranton que,

(1) Je ferai remarquer un oubli de M. Dalloz, qui a recueilli l'arrêt que je viens de combattre. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'un fils qui était héritier bénéficiaire de sa mère. Sur l'instance en appel, il s'engagea un débat pour le faire déclarer héritier pur et simple. M. Dalloz ne fait pas connaître quel en fut le résultat. On sent cependant l'importance de cette circonstance; car si le fils eût été héritier bénéficiaire, la question de savoir si on pouvait lui opposer l'exception *Quem de evictione*, etc., n'eût pas même été proposable (*suprà*, n^o 447).

(2) T. 16, n^o 255.

d'après le Code Napoléon, la vente de la chose d'autrui est nulle. Ce nouveau point de droit ne change pas les obligations de l'héritier, qui, aujourd'hui comme autrefois, résume dans sa personne la position civile du défunt. La vente de la chose d'autrui est susceptible de ratification et de consolidation. M. Duranton lui-même le reconnaît (1). Quel obstacle s'oppose donc, sous le Code Napoléon, à ce qu'elle trouve la perfection qui lui manquait originairement dans l'exception *quem de evictione*, etc.? Cette exception n'est-elle pas dans les termes les plus rigoureux de la logique? N'est-elle pas une application rationnelle de la règle : *Hæres personam defuncti sustinet*?

M. Duranton argumente de la loi 31 au C. *De evictionibus*, relative à l'héritier de la caution. Mais l'on verra au n° 462 qu'il n'en a pas saisi le vrai sens.

458. Nous venons d'examiner le cas où le demandeur en revendication est héritier du vendeur.

Un second cas de l'application de l'exception *quem de evictione*, etc., a lieu lorsque le vendeur de la chose d'autrui, en étant devenu propriétaire par succession ou autrement, prétend troubler celui qui tient ses droits de lui (2). Comme il est tenu par le contrat de procurer à l'acheteur une jouissance paisible, il est de son devoir de faire cesser toutes les atteintes portées à son droit par des tiers. Or, ce devoir est bien plus rigoureux encore quand c'est lui qui est l'auteur du trouble (3).

Cette règle trouve des applications diverses.

459. 1° Un tuteur vend au nom de son pupille la totalité d'un immeuble qui n'appartient à ce dernier que pour partie. Ultérieurement ce pupille devient héritier de celui dont la part a été vendue par erreur.

(1) *Loc. cit.*

(2) Pothier, Vente, n° 466.

(3) Voyez Bartole, sur la loi *Cum vir.*, Dig. *De usucapion.*, et Boërius, quest. 23, n° 13 et 21. Ils discutent ce point de droit.

Pourra-t-il revendiquer comme sienne la part indûment vendue par son tuteur?

Non. Il y a un principe incontestable. C'est qu'à l'égard des tiers, tout ce que fait le tuteur en sa qualité est censé fait par le mineur lui-même. Le véritable vendeur est donc ici le mineur. Son action doit donc être repoussée par notre exception; car il est tout à la fois tenu de l'éviction et demandeur en désistement (1).

460. 2° Une mère tutrice de son fils vend sans formalités, mais en sa qualité, les biens appartenant à ce dernier. Il est à remarquer qu'elle n'a promis aucune garantie personnelle. Elle hérite ensuite de ce même fils. Suivant le président Favre, il faut dire qu'elle sera non recevable à attaquer l'aliénation. A la vérité, nous avons vu ailleurs (2) que le mineur héritier de sa mère n'aurait pas été lié par son fait, et aurait pu faire annuler la vente; mais la réciprocité n'a pas lieu suivant cet auteur. On doit être plus difficile à admettre un individu à revenir contre son propre fait qu'à admettre un héritier à critiquer le fait extra-légal de son auteur. C'est ce qui a été décidé par arrêt du sénat de Chambéry du 3 décembre 1589, rapporté par Favre (3). • *Hoc enim casu, dicitur, il, omni modo confirmabitur alienatio, etiam quæ ab initio contra leges facta fuerit, quia difficilius est, ut quis proprium, quam ut hæres jam improbatum defuncti factum improbet.* •

Nonobstant la double autorité de cet arrêt et de l'opinion si grave de Favre, je préfère une décision contraire émanée de la Cour de cassation, à la date

(1) Ainsi jugé par la Cour de Bordeaux le 8 décembre 1831 (Dal., 32, 2, 58). *Junge* Pothier, n° 175 et M. Duvergier, t. 4 n° 351. — V. cependant Rej. 14 juin 1850 (Deville., liv. 1, 569) et M. Marcadé, art. 1626-1629, n° 7.

(2) *Suprà*, n° 446.

(3) Code, lib. 8, t. 34, définit. 2, *in fine*.

du 19 floréal an XII (1). M. Merlin approuve aussi cette dernière solution, qui se justifie suffisamment si l'on considère que la mère tutrice n'était tenue d'aucune garantie personnelle, et qu'elle a trouvé dans la succession de son fils une action en nullité dont il n'y a pas de raison pour la priver.

461. Un 3^e cas de l'application de la maxime *Quem de evictione*, etc., a lieu à l'égard des cautions du vendeur (2). Ces cautions ont contracté l'obligation de défendre l'acheteur de toutes demandes en éviction; elles ont par conséquent contracté celle de ne pas lui susciter de leur chef des causes d'éviction.

Il faut même dire que la caution ne peut opposer le bénéfice de discussion; car il n'y a qu'elle seule qui puisse satisfaire à l'obligation de défendre, en retirant sa propre demande, et l'on sait que le bénéfice de discussion ne peut être invoqué que lorsque le débiteur principal peut acquitter la dette. Pothier (3) a prouvé ce point de droit par les raisons les plus solides.

462. Un 4^e cas de l'application de l'exception *quem de evictione*, etc. (4), a lieu contre les héritiers de la caution. Cujas et Pothier ont levé tous les doutes que quelques auteurs (5) avaient fait sortir de la loi 31, C. *De evictione*, par une interprétation vicieuse de ce texte.

Il est vrai que M. Duranton (6), prenant cette loi à la lettre, a reproduit sous le Code Napoléon l'er-

(1) Répert., v^o Garantie, p. 465, 466. Dalloz, v^o Vente, p. 878, note.

(2) La loi 11, C. *De evict.*, le décide expressément. Pothier, Vente, 477. Junge M. Duranton, t. 16, n^o 254.

(3) *Loc. cit.* — Junge MM. Delvincourt, t. 3 p. 376; Duvergier, t. 1, n^o 333.

(4) Pothier, *loc. cit.*, n^o 179. Cujas, sur la loi 11, C. *De evict.*

(5) Tels que Brunemann et autres, par lui cités, sur la loi 11, C. *De evict.*, n^o 11. Despeisses, etc.

(6) T. 16, n^o 254.

reur de ces jurisconsultes. Il croit que par ce texte les empereurs Dioclétien et Maximien ont entendu décider que l'héritier du fidéjusseur dont la chose a été vendue peut très bien la revendiquer, sauf à payer des dommages et intérêts.

J'aurais désiré connaître les raisons que M. Duranton a eues pour se séparer de la doctrine de Cujas. Mais il ne les énonce pas, et il n'indique pas même que le prince des jurisconsultes modernes a donné un autre sens à cette loi. Cette omission laisse donc subsister dans toute sa force le sentiment de Cujas, qu'on ne saurait condamner par voie de prétérition. Nous le rappellerons donc comme le dernier mot de la science sur ce point et comme la seule autorité à suivre.

Sans doute, cette loi porte : « *Hæredem fidejussoris rerum, pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit, ex sua personâ dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis causâ durante actione.* » Mais les empereurs ne disent pas qu'à cette demande le détenteur ne pourra pas répondre par l'exception *quem de evictione*, etc. La question est de savoir si l'acheteur qui, pouvant opposer l'exception, ne l'a pas fait, a dans ce cas l'action *de evictione* contre l'héritier. La raison de douter est qu'il n'y a pas lieu à cette action lorsque l'acheteur a pu éviter l'éviction, comme il le pouvait, en ce cas, en opposant l'exception de garantie! Mais la loi décide que cet héritier, étant celui qui l'a évincé, n'est pas recevable à opposer à cet acheteur qu'il aurait pu éviter l'éviction; qu'en conséquence cet acheteur doit avoir contre lui l'action *de evictione*. C'est le sens des derniers termes de la loi, « *scilicet evictionis causâ durante actione* (1). »

Quand une interprétation aussi ingénieuse et aussi

(1) Il faut en effet combiner la loi 31 avec la loi 11, C. même titre, et voir les Pand. de Pothier, t. 1, p. 609, n^o 27, et 616, n^o 8.

plausible vient au secours d'un principe auquel on voudrait apporter des limitations impossibles à expliquer logiquement, on ne saurait l'accepter avec trop d'empressement (1).

463. Un 5^e cas de l'application de notre maxime se rencontre à l'égard de la femme commune en biens, pour la moitié dont elle est tenue dans les dettes de la communauté.

Supposons que le mari ait vendu pendant la communauté, mais sans le consentement de la femme, un bien propre de celle-ci. Sa qualité de commune la fait participer à toutes les obligations contractées par son mari durant la communauté, et par conséquent à l'obligation de la garantie du bien propre qu'il a vendu. Mais comme elle n'est tenue des dettes que pour moitié, elle ne sera exclue de la revendication que pour moitié, d'après les principes que nous avons exposés au n^o 457.

Si elle avait fait bon et loyal inventaire, elle pourrait se décharger de cette obligation en abandonnant tous les biens de la communauté (2).

ARTICLE 1627.

Les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie.

(1) Sic. MM. Duvergier, t. 1 n^o 353, et Marcadé, art. 1626-1629 n^o 7.

(2) Pothier, Vente, n^o 180. — Mais le mari est garant de la vente par lui faite du propre de sa femme, sans son consentement, encore bien que l'acquéreur ait connu le danger d'éviction, s'il y a eu stipulation de garantie. Rennes, 14 juin 1844 (Deville, 41, 2, 573).

ARTICLE 1628.

Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle.

ARTICLE 1629.

Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.

SOMMAIRE.

464. La garantie de droit peut être étendue ou diminuée.
 465. § 1. Extension de la garantie de droit. On peut l'étendre au fait du prince et à la force majeure survenue depuis le contrat.
 466. Mais une promesse vague de toute garantie quelconque ne suffirait pas pour produire cette extension exorbitante. La raison en est que cette clause n'a trait qu'aux causes d'éviction provenant de la faute du vendeur ou de son temps. Définition que Bouteiller donne de la garantie. Il faut donc stipuler expressément la garantie pour le fait du prince et la force majeure.
 467. Cette interprétation est d'autant plus juste que les clauses de garantie pour tout trouble et empêchement quelconques sont presque toujours de style. Espèce singulière où cette clause a un sens. De droit commun, la nullité d'un acte n'est pas une cause de garantie.
 468. La clause de garantie de tout empêchement quelconque

plausible vient au secours d'un principe auquel on voudrait apporter des limitations impossibles à expliquer logiquement, on ne saurait l'accepter avec trop d'empressement (1).

463. Un 5^e cas de l'application de notre maxime se rencontre à l'égard de la femme commune en biens, pour la moitié dont elle est tenue dans les dettes de la communauté.

Supposons que le mari ait vendu pendant la communauté, mais sans le consentement de la femme, un bien propre de celle-ci. Sa qualité de commune la fait participer à toutes les obligations contractées par son mari durant la communauté, et par conséquent à l'obligation de la garantie du bien propre qu'il a vendu. Mais comme elle n'est tenue des dettes que pour moitié, elle ne sera exclue de la revendication que pour moitié, d'après les principes que nous avons exposés au n^o 457.

Si elle avait fait bon et loyal inventaire, elle pourrait se décharger de cette obligation en abandonnant tous les biens de la communauté (2).

ARTICLE 1627.

Les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie.

(1) Sic. MM. Duvergier, t. 1 n^o 353, et Marcadé, art. 1626-1629 n^o 7.

(2) Pothier, Vente, n^o 180. — Mais le mari est garant de la vente par lui faite du propre de sa femme, sans son consentement, encore bien que l'acquéreur ait connu le danger d'éviction, s'il y a eu stipulation de garantie. Rennes, 14 juin 1844 (Deville, 41, 2, 573).

ARTICLE 1628.

Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle.

ARTICLE 1629.

Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.

SOMMAIRE.

464. La garantie de droit peut être étendue ou diminuée.
 465. § 1. Extension de la garantie de droit. On peut l'étendre au fait du prince et à la force majeure survenue depuis le contrat.
 466. Mais une promesse vague de toute garantie quelconque ne suffirait pas pour produire cette extension exorbitante. La raison en est que cette clause n'a trait qu'aux causes d'éviction provenant de la faute du vendeur ou de son temps. Définition que Bouteiller donne de la garantie. Il faut donc stipuler expressément la garantie pour le fait du prince et la force majeure.
 467. Cette interprétation est d'autant plus juste que les clauses de garantie pour tout trouble et empêchement quelconques sont presque toujours de style. Espèce singulière où cette clause a un sens. De droit commun, la nullité d'un acte n'est pas une cause de garantie.
 468. La clause de garantie de tout empêchement quelconque

- est très efficace, lorsque le vendeur a déclaré la cause de l'éviction. Raison de cela.
469. Explication d'un arrêt de Bordeaux qui paraît contraire. Réfutation d'un considérant erroné que contient cette décision.
470. Renvoi pour quelques clauses extensives de la garantie, comme *fournir et faire valoir, exempt de toutes servitudes quelconques*.
471. Règle équitable qui doit présider à l'interprétation des clauses extensives de la garantie.
472. §. 2. Stipulations qui diminuent la garantie légale.
473. Mais, malgré toutes stipulations quelconques, le vendeur est toujours garant de ses faits personnels.
474. Les faits dont le vendeur est tenu ne sont pas seulement les faits postérieurs à la vente, mais encore les faits antérieurs. Le vendeur en est tenu quand même il y aurait clause de non-garantie.
475. Ainsi la réserve que les faits du vendeur seront exceptés de la non-garantie est presque toujours inutile. Renvoi pour un cas où elle a son utilité.
476. Il faut que les faits soient personnels au vendeur. Les faits de son auteur sont compris dans la non-garantie.
477. Vice de rédaction de l'art. 1628. Il n'est pas vrai que dans tous les cas la clause de non-garantie des faits personnels soit nulle. Le vendeur peut stipuler qu'il ne sera pas garant de faits à lui personnels et antérieurs à la vente qu'il déclare expressément. Il n'y aurait dol que s'il ne déclarait pas les faits.
478. *Quid si*, après la déclaration des faits personnels et la clause de non-garantie, il est ajouté : *si ce n'est de ses faits et promesses?*
479. Des formules employées pour soustraire le vendeur à la garantie.
480. Effet de ces formules. Elles ne dispensent pas le vendeur de rendre le prix en cas d'éviction.
481. Mais le vendeur n'est pas tenu de cette restitution, 1^o lorsque la vente est aléatoire ; 2^o lorsque l'acheteur a connu lors de la vente le danger de l'éviction, et qu'il a payé nonobstant la clause de non-garantie.
482. Exposé des opinions suivies à cet égard dans l'ancien droit. Le Code a adopté une opinion moyennante.
483. Il veut que le prix ne puisse être réclamé que dans le cas où il y a clause expresse de non-garantie. Dissentiment avec M. Duranton.
484. La connaissance de la cause de l'éviction qui exclut la ré-

pétion du prix doit-elle résulter d'une déclaration expresse du vendeur ?

485. De la clause *sans garantie* NI RESTITUTION DE DENIERS.

COMMENTAIRE.

464. La garantie est de droit, avons-nous dit au n^o 432, et les effets légaux en sont déterminés par le Code (1).

Néanmoins les parties peuvent ajouter à son étendue. Il y a plus : et comme la garantie n'est pas de l'essence de la vente, et qu'elle est seulement de sa nature, elles peuvent convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie.

Ce commentaire comprendra deux points, 1^o l'extension donnée à la garantie ordinaire, 2^o la dispense de garantie,

465. De droit commun, la force majeure survenue après le contrat n'entre pas dans la garantie. Il en est de même du fait du prince, qui n'est qu'un cas fortuit, et qui doit tomber sur l'acheteur (2). Nul vendeur ne saurait répondre naturellement des changements qui seront apportés par un événement imprévu ou par l'autorité souveraine à la chose déjà vendue.

Mais s'il est stipulé que le vendeur sera garant de la force majeure ou du fait du prince, cette charge est efficace. (3).

(1) La Cour de Lyon avait décidé que la garantie cesse d'être due quand la portion de biens dont l'acquéreur est évincé est de moins d'un vingtième de la valeur totale. Mais cet arrêt a été justement cassé, car le principe de l'art. 1626 n'est nullement subordonné à la condition écrite dans l'art. 1619. V. Cass., 14 janvier 1851 (Deville. 51, 1, 103).

(2) V. l'exemple cité *suprà*, n^o 423, et tiré de la loi 11, (Dig. De evict. Répert., v^o Fait du souverain.

(3) L. 23, De reg. juris.

466. Elle est cependant si exorbitante qu'elle doit être expresse et spéciale; on n'en trouverait pas l'équivalent dans une promesse vague et générale de garantie de tous troubles quelconques.

Un sieur de Larue avait vendu, en 1791, à Guyenot, la terre de Mareilles, avec 600 arpents de bois. Le vendeur s'était obligé à garantir l'acheteur de toutes évictions et empêchements quelconques. En 1792 parut la loi du 28 août, qui réintègre les communes dans les biens usurpés sur elles par la puissance féodale. En conséquence, 100 arpents de bois cédés à de Larue par les habitants de Mareilles, en vertu d'une transaction, sont revendiqués par eux. Par arrêt du 27 pluviôse an xi, il fut jugé par la Cour de cassation, que cette éviction provenait du fait du souverain, et qu'étant postérieure à la vente, de Larue n'en était pas tenu, malgré la promesse générale de garantie insérée dans le contrat (1).

La cour de Bordeaux a rendu un arrêt semblable le 23 janvier 1826, sous la présidence de M. Ravez (2), et la raison approuve ces décisions. L'idée de garantie implique une faute personnelle au vendeur ou bien une cause de trouble née pendant qu'il était encore propriétaire. Bouteiller, dans sa Somme rurale, voulant la définir, dit : « Garantie est quand, par la coupe du vendeur ou de son temps, serait advenu le dommage sur la chose vendue. » Lors donc que, purement et simplement, et sans autre addition, on se soumet à garantir l'acheteur de tous troubles et évictions quelconques, l'énergie de cette promesse n'embrasse que les troubles et évictions quelconques dont le vendeur est naturellement tenu, et ce serait en pervertir le sens que de l'étendre à des troubles que la loi du contrat, la justice et le droit de pro-

(1) Dalloz, Vente, p. 877.

(2) Dalloz, 26. 2, 183.

priété laissent à la charge de l'acheteur, maître de la chose (1).

Aussi voit-on que, dans les espèces de tous les arrêts qui ont condamné les vendeurs à répondre de la force majeure, il y avait promesse expresse de garantir de tous troubles et empêchements quelconques, même du fait du prince (2).

467. On doit d'autant plus tenir à cette interprétation équitable, que ces clauses de garantie pour tous troubles et empêchements quelconques, qui jadis étaient fort solennelles (3), sont devenues presque toujours des clauses de style (4) que les notaires insèrent dans leurs actes machinalement et par routine, sans en faire connaître la portée aux parties dont ils rédigent les stipulations. Ce qui le prouve, c'est qu'ils se croient obligés, quand il y a lieu à étendre l'obligation du vendeur, de placer à la suite de ces stipulations générales si souvent impuissantes des clauses de garantie spéciale pour telle ou telle cause d'éviction, qui, de droit, ne serait pas à la charge du vendeur; tant ils reconnaissent eux-mêmes l'inefficacité de ces réserves banales pour tout ce qui sort des termes du droit commun!!

Néanmoins les circonstances peuvent modifier ceci.

Par exemple, des cohéritiers majeurs avaient fait liciter un immeuble qui leur était commun avec un mineur, mais sans observer les formalités protectrices des intérêts pupillaires. On avait inséré dans le *sumptum* de l'adjudication la clause suivante :

« Les copropriétaires garantissent l'adjudicataire

(1) C'est aussi la décision de Loyseau, Garantie des rentes, ch. 3, n° 43, et ch. 4, n° 14. V. *suprà*, n° 432.

(2) V. Répert., v° Fait du souverain.

(3) Loyseau, *loc. cit.*

(4) *Suprà*, n° 432.

» de tous dons, douaires, hypothèques, de toutes évictions généralement quelconques, et ce, conjointement et solidairement.

Le mineur, devenu majeur, attaqua cette vente, et l'adjudicataire ayant poursuivi ses vendeurs en garantie, il intervint un arrêt de la cour de Paris, qui décida que la garantie stipulée ne pouvait s'entendre que des évictions dont la cause existait au jour du contrat.

Mais, sur le pourvoi en cassation, la Cour régulatrice considéra que la promesse des vendeurs était tellement générale et absolue, qu'elle comprenait nécessairement l'éviction résultant de l'action du mineur à l'effet de faire annuler l'adjudication; que la connaissance donnée lors des enchères de l'omission des formalités requises par la loi était une raison de plus de penser que tel avait été le sens de la clause de garantie, et que les majeurs avaient voulu répondre du fait du mineur (1).

Cette décision paraît assez plausible.

Ainsi voilà un cas qui présente une double singularité. La première, c'est que la clause de garantie, par un effet de la convention, met à la charge du vendeur un fait non antérieur à la vente, et qui, de droit commun, est à la charge de l'acheteur. La seconde, c'est que la nullité de l'acte, qui ordinairement n'est pas une cause de garantie entre les parties, se trouve placée ici parmi les faits dont le vendeur est responsable.

468. Nous avons dit ci-dessus (2) que, quand le vendeur a déclaré à l'acheteur les causes antérieures d'éviction dont la chose vendue est grevée, il n'y a pas lieu à l'éviction de droit. Mais si l'acte de vente contient promesse de garantir (3), même d'une manière

(1) Arrêt du 19 floréal an xii. Dalloz, Vente, p. 878.

(2) N° 418.

(3) *Suprà*, n° 432.

générale et non précise, le vendeur est responsable des évictions prévues et annoncées (1). La raison en est que la stipulation générale de garantie, quoique impuissante le plus souvent pour atteindre le résultat éloigné, inattendu et exorbitant dont nous parlions au numéro précédent, n'a plus rien qui puisse tromper la volonté des parties, lorsqu'il s'agit d'une cause d'éviction qu'elles ont eu en vue. Cette stipulation prend alors un sens clair et positif; elle s'explique par le danger que l'on redoutait; elle rentre naturellement dans les conditions de la vente, et son opportunité est trop manifeste pour l'assimiler à une phrase jetée par habitude par le rédacteur de l'acte. D'ailleurs, le vendeur, qui a pu si facilement en apprécier l'étendue et les conséquences, doit s'imputer de n'avoir pas réclamé contre son insertion.

Ainsi, si le vendeur déclare les hypothèques qui affectent l'immeuble, la promesse générale de garantie fait lever l'exemption qui, de droit commun, résultait pour le vendeur de l'énonciation de la charge qui grève la propriété (2). Cette promesse l'oblige à venir au secours de l'acheteur en cas de trouble ou de dépossession (3), et à lui payer tels dommages et intérêts que de droit. Cette décision s'autorise des lois 4 § 5, D. *De doli et metus except.*, et 17 au Cod. *De evictionibus*.

469. La cour de Bordeaux a cependant décidé, par arrêt du 23 mars 1809, que, lorsque l'acheteur connaît le vice de la chose, la clause explicite de garantie n'oblige le vendeur qu'à rendre le prix et les loyaux

(1) Ainsi jugé par arrêt de cassation du 7 frimaire an xii. Dalloz, Vente, p. 877, 878. M. Merlin, Questions de droit, v° Garantie, § 1. Brodeau, sur Louet, cite un arrêt du Parlement de Paris du 10 décembre 1650 (lett. A, § 13).

(2) Art. 1626. *Suprà*, n° 418, 428, 427, 426; *infra*, 474, 477. M. Duranton, t. 16, n° 261.

(3) C'est l'espèce de l'arrêt du 7 frimaire an xii.

coûts mais ne le soumet pas à des dommages et intérêts (1).

Il est à remarquer que cet arrêt statue sur une vente antérieure au Code Napoléon, et se fonde particulièrement sur une ancienne jurisprudence spéciale au parlement de Bordeaux. Mais, en thèse générale, le droit qui a précédé le Code Napoléon, et celui qui l'a suivi, placent le vendeur dans l'obligation de payer des dommages et intérêts à l'acheteur qui, connaissant la cause de l'éviction, a stipulé une garantie. Voët le décide expressément. *Quâ occasione generalius adnotandum, eum qui sciens emit rem alienam, nullam quidem de evictione actionem habere ad id quod interest, si non SPECIALITER SIBI DE EVICTIONE CAVERI CURAVERIT* (2). Cette doctrine est fondée sur plusieurs lois romaines tout-à-fait décisives (3), et sur la disposition de l'article 1630 du Code Napoléon.

On lit, du reste, dans les considérants de l'arrêt de la cour de Bordeaux, une assertion fort extraordinaire, que je ne puis m'empêcher de relever. Après avoir longuement déduit les preuves de la jurisprudence anormale du parlement de Bordeaux, la cour prétend que cette jurisprudence a été consacrée par l'art. 1599 du Code Napoléon. Rien n'est plus erroné. D'après cet article, l'acheteur qui a su que la chose était à autrui n'a pas droit à des dommages et intérêts. Nul ne le conteste. Mais à cette règle de droit rien n'empêche d'apporter une dérogation par convention expresse; et la stipulation de garantie place les parties en dehors de l'art. 1599. *Convenances vainquent la loi* (4).

(1) Dalloz, Vente, p. 879.

(2) Ad Pand., *De evict.*, n° 32. Voy. aussi Pothier, Vente, n° 191. Il détruit les objections tirées de la loi fin., § 4, C. Com. legat., et Loyseau, Garantie des rentes, ch. 1, n° 14 et 16.

(3) L. 7, C. Com. utriusq. judic. L. 27, C. De evict.

(4) M. Dalloz se range cependant à cette fausse doctrine, et répète ce vicieux argument (Vente, p. 880, n° 48). L'opinion que j'embrasse est aussi celle de M. Duranton, t. 1, n° 264.

470. Nous traiterons ailleurs d'autres clauses extensives de la garantie, comme *fournir et faire valoir, exempt de toutes charges et servitudes quelconques*, etc.

471. En résumé, les parties peuvent étendre la garantie à tous les cas où elle n'a pas lieu de droit, même à la force majeure et au fait du souverain. Mais, en règle ordinaire, il ne faut pas être facile à puiser dans des promesses générales de garantie la preuve que le vendeur a voulu se charger de conditions si onéreuses et si éloignées de la nature de la vente.

472. Voyons les modifications qui diminuent l'étendue ordinaire de l'obligation de garantir.

Tantôt elles exemptent le vendeur de la responsabilité de toutes les causes qui peuvent amener l'éviction, par exemple, quand le vendeur stipule d'une manière absolue qu'il vend sans garantie.

Tantôt elles le dispensent expressément de toute indemnité et restitution de deniers; car ordinairement le vendeur, quoique ayant stipulé la non-garantie, est tenu de la restitution du prix (art. 1628).

Tantôt le vendeur, ne cherchant à s'affranchir que partiellement, se réserve de ne pas garantir l'acheteur dans telle circonstance donnée, en restant pour le surplus assujéti aux obligations ordinaires du vendeur lorsque l'éviction a lieu.

Tantôt, enfin, le vendeur, sans se refuser à prendre le fait et cause de son acheteur pour toutes les causes d'éviction que la nature de la vente met à sa charge, stipule cependant qu'il ne sera tenu que de telle quotité de dommages et intérêts, ou bien même qu'il en sera absolument exempt, et qu'il sera quitte en rendant le prix. Cette clause a pour objet de déroger à l'art. 1630 du Code Napoléon, que nous examinerons tout à l'heure.

473. Mais tout ceci est dominé par quelques principes généraux qu'il convient de rappeler et de développer.

D'après l'art. 1628, quoiqu'il soit dit que le ven-

deur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel (1). La raison en est qu'il serait contraire à la bonne foi que le vendeur, qui tire profit de la vente, fit retomber sur l'acheteur ses propres faits, et lui transmitt des causes de trouble dont il serait l'auteur, lui à qui il appartient spécialement de le protéger. Quelle que soit la puissance des parties lorsqu'elles contractent, il n'est pas en leur pouvoir de donner une place au dol dans leurs stipulations. La bonne foi doit y présider, et la fraude ne saurait impunément y avoir accès.

Ce sont les idées qu'exposait M. Faure dans son rapport au Tribunal : « Une première règle incontestable est que le vendeur doit toujours répondre de son propre fait. Quand même le contrat porterait qu'il ne s'est soumis à aucune garantie, la clause ne pourrait s'étendre à ce cas particulier; la règle prend sa source dans la bonne foi qui doit présider à tous les contrats; il serait contre toute justice de souffrir que le vendeur profitât de sa fraude, et contre toute raison de présumer que l'acquéreur a bien voulu lui permettre de le tromper impunément (2).

474. Les faits personnels dont le vendeur est toujours tenu, même quand il y a stipulation de non-garantie, ne sont pas seulement les faits postérieurs à la vente et par lesquels le vendeur chercherait à évincer son acquéreur. Ces faits tombent sans exception sous le coup d'une inévitable responsabilité. L'acquéreur ne peut renoncer au dol à venir. Une renonciation de ce genre serait contraire aux bonnes mœurs (3). Les faits personnels exceptés de la clause de non-garantie sont encore les faits antérieurs à la vente et

(1) Pothier, Vente, n° 185.

(2) Fenet, t. 14, p. 165.

(3) Voët, ad Pand., *De pactis*, n° 16. Perzins, *Prælect. ad Codic.*, d. tit., n° 9. Pothier, Pand., t. 1, p. 80, n° 59 et 60.

qui ont amené l'éviction. Le vendeur ne peut ignorer son propre fait. Il est coupable de l'avoir tenu caché. En renonçant à se faire garantir, l'acheteur n'est pas censé avoir voulu autoriser une tromperie si contraire à la bonne foi. Ainsi, vous me vendez un immeuble que vous ne vous êtes procuré que par une vente lésionnaire, et sur lequel pèse par conséquent une chance d'éviction (1). Si ce fait de lésion, qui est le vôtre, amène ma dépossession, vous serez responsable envers moi, malgré la stipulation de non-garantie; ainsi encore, vous me vendez un immeuble grevé d'hypothèques que vous avez créées et qui servent de garantie à vos dettes personnelles. La clause de non-garantie ne vous affranchira pas de mon recours, si les hypothèques que je ne connaissais pas viennent pour m'évincer (2). De même, vous avez vendu à Pierre une maison dont il ne s'est pas mis en possession. Quelque temps après, vous me la revendez sans me faire connaître cette première vente, et vous exigez de moi la clause de non-garantie. Il est évident que votre fait personnel, étant la cause de l'éviction que je souffre, vous oblige à m'indemniser. Car la fraude dont vous vous êtes rendu coupable ne peut être pour vous un moyen de vous enrichir à mes dépens.

475. On voit par ces détails que l'habitude où sont les notaires d'ajouter sans discernement à la clause de non-garantie, *excepté des faits et promesses du vendeur*, n'est fondée presque toujours que sur la routine, et que d'ordinaire elle n'ajoute rien aux obligations du vendeur, qui de droit et nécessairement doit répondre de ses faits et promesses, qui amèneraient une éviction. Cependant nous verrons tout à l'heure (3) que

(1) Exemple dans un arrêt de cassation du 12 décembre 1826 (Daloz, 27, 1, 93).

(2) M. Duranton, t. 19, n° 261.

(3) N° 478.

cette clause peut avoir son utilité dans quelques cas exceptionnels.

476. Remarquez du reste que les faits et promesses, que l'art. 1628 excepte de la clause de non-garantie, doivent être des faits personnels au vendeur. Il ne suffirait pas qu'ils fussent émanés de celui qu'il représente comme héritier ou successeur *ab intestat*.

477. Après avoir dit, dans sa première partie, que le vendeur est toujours soumis à la garantie de ses faits et promesses, malgré la clause de non-garantie, l'art. 1628 ajoute: *Toute convention contraire est nulle* (1); mais ceci demande explication, car cette partie de l'article aurait pu être rédigée avec plus de précision.

Pour l'entendre sainement, il faut restreindre cette disposition prohibitive à deux cas. 1^o Au cas où il s'agirait d'une convention qui, d'avance, ferait remise au vendeur de ses faits et promesses postérieurs à la vente; car ce serait là un pacte contraire aux bonnes mœurs et de nature à encourager la fraude. Nous avons dit ci-dessus (2) qu'on ne peut renoncer d'avance à faire faire justice du dol à venir. 2^o Au cas où les faits et promesses antérieurs au contrat ne sont pas déclarés, et où le vendeur veut se faire moyen du secret qui les couvre pour surprendre la bonne foi de l'acheteur. L'acheteur qui souscrirait aveuglément une convention par laquelle il consentirait à prendre à sa charge tous les faits antérieurs de son vendeur, sans se les faire déclarer, ferait un acte de folie; il favoriserait des réticences dolosives; il donnerait une prime à la mauvaise foi; une telle convention doit évidemment être considérée comme non écrite.

Hors ces deux cas, la disposition restrictive de notre

(1) Ceci est emprunté à Domat, liv. 1, t. 2, sect. x, n^o 8, qui fonde sa décision sur les règles générales puisées dans les lois 1, § 7, Dig. *De pactis*; 27, § 4, id.; *loc. cit.*

(2) N^o 474.

article est sans application, et nous soutenons qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur de la pousser plus loin. Seulement il aurait dû formuler sa pensée avec plus d'exactitude.

Supposons, par exemple, que le vendeur ait donné connaissance de ces faits et promesses antérieurs à la vente. Si les deux parties conviennent que le vendeur n'en sera pas garant, il n'y a rien que de licite et de loyal dans cette stipulation. Elle est très fréquente dans les contrats de vente, et le législateur ne peut avoir eu la déraison de vouloir la proscrire.

Il est certain, en droit, qu'on peut renoncer à rechercher quelqu'un pour son dol passé; car, par cette remise, on ne fait qu'abandonner un intérêt pécuniaire, dédommagement de ce dol. Voilà pourquoi la loi des douze tables permettait de transiger sur les délits de vols et injures (1); voilà pourquoi l'art. 4 du Code d'instruction criminelle permet de renoncer à l'action civile contre un délit ou un crime commis. Et l'on ne pourrait pas convenir que le vendeur ne sera pas garant de certains faits qu'il déclare loyalement, faits tacite en eux-mêmes, et que nous ne réprouvons tout à l'heure que parce que le vendeur les dissimulait!!! Dès l'instant que la réticence n'existe pas, tout est conforme à la bonne foi, et de la part des parties il cesse d'y avoir excès de pouvoir.

L'art. 1629 vient à l'appui de cette interprétation que nous donnons à l'art. 1628. Supposant que l'acheteur a connu le danger de l'éviction, il étend si loin les conséquences de la non-garantie, qu'il dispense le vendeur de rendre le prix. Et remarquons bien qu'il ne distingue pas si ce danger provient ou non d'un fait ou d'une promesse personnels au vendeur. Or, la connaissance acquise par l'acheteur du péril de la chose, jointe à la stipulation de non-garantie, dé-

(1) L. 7, § 14, Dig. *De pactis*. Pothier, *Pandect. De pactis*, n^o 29 et 55. Viuius, *De transactionibus*, c. 4, n^o 43.

pouille ces faits et promesses de ce qu'ils pouvaient avoir d'inique pour celui qui consent à prendre la chose. Il est donc clair que la position prévue par l'art. 1628 est toute différente de celle où des déclarations franches et de bonne foi ont amené des stipulations qu'aucune des parties ne peut regretter.

Enfin, si nous remontons aux sources d'où a été tiré le § final de l'art. 1628, nous achèverons de nous convaincre de la vérité de notre interprétation. Domat, à qui il a été emprunté, le lie aux lois romaines, qui portent : *Illud non probabit dolum non esse præstandum, si convenerit* (1). *Pacta quæ turpem causam continent non sunt observanda*. Mais je demande où est ici le dol, où est la cause deshonnête? *Dolum malum esse omnem caliditatem, fallaciam, machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitum* (2). Cette définition trouvait-elle sa place ici? Pothier, qui est un guide bien plus sûr encore que Domat, Pothier, expliquant la raison par laquelle la stipulation de non-garantie laisse à la charge du vendeur les faits qui lui sont personnels, ajoute (3) : « Car il serait contre la bonne foi que le vendeur, qui ne peut ignorer son propre fait, exposât l'acheteur aux évictions qui peuvent arriver par son fait, SANS LE LUI DÉCLARER!! » Cette citation me paraît suffisante pour couronner notre démonstration, surtout si on la rapproche du passage du discours de M. Faure que j'ai cité ci-dessus.

Concluons donc que lorsque le fait du vendeur a précédé la vente et qu'il est déclaré à l'acheteur, rien n'empêche qu'une convention expresse n'en mette le risque à la charge de l'acheteur.

Nous allons même plus loin, et nous pensons que la déclaration faite par le vendeur de la charge qu'il a établie, équivalant implicitement à une clause de non-

(1) L. 1, § 7, Dig. *De pactis*.

(2) L. 1, § 2, Dig. *De dolo malo*.

(3) N° 485.

garantie (1), le vendeur serait, par la force des choses, déchargé de tout recours pour éviction, si, sans insérer un pacte pour s'affranchir de la garantie, il avait déclaré son fait personnel.

Par exemple, Pierre constitue des hypothèques sur le fonds A, et il le vend à François en l'avertissant des chances d'éviction qui le menacent. Bien que les hypothèques soient le fait personnel de Pierre, bien que le contrat ne renferme pas une clause expresse de non-garantie, je ne doute pas que le vendeur n'ait rien à redouter en cas d'éviction (2).

Je dois dire cependant que M. Duranton (3) n'adopte pas cette opinion, et veut que, lorsqu'il s'agit d'hypothèques concernant le vendeur, la seule déclaration qu'en fait ce dernier ne suffise pas pour le soustraire à la garantie. Mais je n'en persiste par moins dans mon opinion. C'est à tort, en effet, que M. Duranton soutient que l'acheteur a dû croire que le vendeur paierait les créanciers. Car, en déclarant à l'acheteur les hypothèques, il lui a suffisamment fait entendre qu'il se reposait sur lui du soin de verser le prix entre les mains des créanciers et de purger (4). Le purgement était la loi implicite du contrat, et l'acheteur a su, en achetant à cette condition, qu'il courait une chance d'éviction. Il ne peut en prétexter cause d'ignorance ni s'en prendre au vendeur (5).

Resterait à savoir si, en cas d'éviction, l'acheteur pourrait répéter le prix qu'il aurait payé, malgré la connaissance du péril de la chose. Mais cette question sera examinée au n° 482.

(1) *Suprà*, n° 418.

(2) *Ibid.*

(3) T. 16, n° 259. *Junge* MM. Zachariae, t. 2, p. 525; Durvergier, n° 309; Marcadé, art. 1626-1629, n° 6.

(4) *Infrà*, n° 610.

(5) Au surplus, nous avons vu ci-dessus, n° 418, que la simple connaissance que l'acheteur aurait de l'hypothèque ne la mettrait pas à sa charge.

478. Mais si le vendeur, après avoir fait connaître le danger d'éviction provenant de son fait et de ses promesses, et avoir stipulé la clause de non-garantie, ajoutait *si ce n'est de ses faits et promesses*, cette énonciation assez souvent banale aurait ici son utilité; elle n'exempterait le vendeur que du recours pour une éviction dont la cause lui serait étrangère. Mais celle qui serait le résultat de son fait ou de ses promesses demeurerait à sa charge, bien qu'il en eût signalé le danger à l'acheteur; on devrait même le supposer avec d'autant plus de raison, qu'il est probable que l'acheteur n'aurait exigé la garantie expresse des faits et promesses du vendeur que parce que cette manifestation l'aurait averti d'un péril contre lequel il aurait voulu se prémunir (1).

479. Les formules employées pour soustraire le vendeur à la garantie sont ordinairement celles-ci (2): *sans garantie*; ou bien, *sans garantie, excepté des faits et promesses du vendeur*; ou bien, *sous la simple garantie des faits et promesses du vendeur* (3); ou enfin, *garantir ses faits et promesses seulement*.

480. L'effet de toutes ces stipulations est de délier le vendeur de l'obligation de prendre fait et cause et de le décharger de tous recours en dommages et intérêts; car nous verrons par l'art. 1630 que les dommages et intérêts n'entrent que dans l'action en garantie pour éviction.

Mais si l'acheteur est évincé, il n'en conserve pas moins le droit de récupérer contre le vendeur le prix qu'il a soldé (art. 1629). « *Etsi apertè in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine præstatum iri, pretium deberi; re evictâ; utilitatem non deberi: nec enim bonæ fidei contractus hanc patitur conven-*

(1) *Rej.* 4 avril 1827 (*Deville.*, 27, 4, 386).

(2) *Loyseau*, Garantie des rentes, ch. 4, n° 46.

(3) Un arrêt de la Cour de cassation, du 4 avril 1827 (*Dal.*, 27, 4, 490), que je rappelle *infra*, n° 501.

tionem, ut emptor rem amitteret, et venditor pretium retineret (1). » L'acheteur ne doit pas perdre à la fois la chose achetée et le prix. Ce serait le traiter avec trop de rigueur.

481. Cette règle n'est cependant pas invariable, et elle reçoit une fréquente et remarquable exception, 1° lorsque l'acheteur a voulu acheter à ses risques et périls, à peu près comme quand on achète un coup de filet (2); 2° lorsque l'acheteur a connu lors de la vente le danger de l'éviction, et que néanmoins le vendeur a stipulé la non-garantie.

Dans l'ancienne jurisprudence, les plus graves auteurs (3) n'admettaient pas que la connaissance qu'avait l'acheteur du péril de la chose fût un obstacle à la répétition du prix. Ils trouvaient injuste que le vendeur s'enrichit aux dépens de l'acheteur et profitât du prix, tandis que l'acheteur perdait la chose. C'était le système de l'école cujacienne. Cujas avait appuyé ce sentiment équitable sur une interprétation ingénieuse de la loi du 27, au Code *De evict.*, qu'il conciliait avec beaucoup d'adresse avec la loi 11, § 18, que nous venons de citer, et il paraît même que Cujas voulait que la répétition du prix eût lieu, quand même la clause de non-garantie aurait été insérée dans le contrat (4).

Accurse, Bartole et presque toute la vieille école pensaient, au contraire, que l'acheteur qui avait payé le prix, connaissant le péril de la chose, n'avait pas

(1) *L. 11, § 18, Dig. De act. empti.* Cujas, sur cette loi. *Despeisses*, p. 28, col. 4, *in fine.* Voët, *De evict.*, n° 32. *Fachin.*, lib. 2, c. 40. *Pothier*, Vente, n° 186.

(2) *Pothier*, Vente, n° 487.

(3) Cujas, sur la loi 27, C. *De evict.* *Despeisses*, *loc. cit.* *Pothier*, n° 488, 489. Arrêt de la cour de Paris du 12 mars 1808 (*Dalloz*, Vente, p. 880).

(4) *Quoniam etiamsi convenerit nominatim ne evictio præstetur, SEMPER emptori superest, re evictâ, repetitio pretii (loc. cit.).*

droit de la récupérer ; quelques jugements avaient même été rendus en ce sens, au témoignage de Voët, et ils le décidaient ainsi quand même il n'y aurait pas eu de pacte relatif à la non-garantie. Sur le fondement de la loi 27, Code *De evictionibus*, qu'ils prenaient à la lettre, ils pensaient que la seule connaissance que l'acheteur avait eue du péril de la chose suffisait pour faire supposer qu'il n'avait entendu acheter qu'une simple prétention (1).

Une opinion intermédiaire avait été enseignée par Voët, d'après d'autres auteurs plus anciens (2) : c'était de rejeter le système de l'école bartoliste toutes les fois qu'il n'y avait rien autre chose qu'une simple connaissance de la cause de l'éviction ; mais de refuser la répétition du prix lorsqu'à la connaissance du péril de la chose se joignait la clause expresse de non-garantie. « *Sed tamen ad pretii restitutionem (venditor) obstrictus est, nisi emptor scivisset rem alienam esse, et tamen pactum tale, ne de evictione teneatur, à venditore passus esset. Cum ita neutiquam ab alio captus videri posset, sed magis semetipsum decipisse, aut saltem habuisse pretii in omnem eventum donandi propositum (3).* »

482. C'est ce dernier parti qui a prévalu auprès des rédacteurs du Code Napoléon ; car, par l'art. 1629 évidemment calqué sur le sentiment de Voët, ils ont exigé le concours de deux circonstances ; 1° la connaissance du péril par l'acheteur ; 2° une clause de non-garantie.

Ainsi, la connaissance seule que la chose appartient à autrui n'est pas un motif suffisant pour s'opposer à la répétition du prix, et pour faire décider que l'acheteur n'a entendu acheter qu'une prétention. Il a

(1) Consultez Fachinée. *Cont.*, lib. 2, c. 30, et Brunemann, sur la loi 27, C. *De evict.*

(2) Ad Pand. *De evict.*, n° 31 et 32.

(3) Idem, n° 32.

pu espérer, comme le dit Voët, que son vendeur prendrait des arrangements pour faire cesser le trouble ; il n'a payé que dans cette supposition, qu'à cette condition implicite, et il n'est pas présumé avoir voulu faire le sacrifice définitif du prix, en avoir fait don au vendeur.

Il est vrai que l'art. 1599 du Code Napoléon décide que lorsque l'acheteur a connu que la chose appartient à autrui, il n'est pas fondé à réclamer des dommages et intérêts (1). La connaissance du péril équivaut à une clause de non-garantie ; mais c'est seulement en ce qui concerne la décharge de prendre fait et cause et d'indemniser l'acheteur des pertes que l'éviction lui fait éprouver (2). Et c'est aussi ce que soutenait Cujas. Il ne niait pas que, d'après la loi 27, *De evict.*, l'acheteur, informé du péril de la chose, ne fût non recevable à demander des dommages et intérêts. Il décidait même que si, pour conserver la possession de la chose qu'il savait être à autrui ou être obligée à un créancier hypothécaire, l'acheteur était forcé de payer quelque chose, il n'avait pas de recours contre son vendeur. *Contra juris rationem poscit*, disait-il, *quod eo nomine dedit, puta, si domino rem vindicanti solvit aestimationem litis, vel si creditori pignoratitio pignus vindicanti, solvit debitam quantitatem*. Mais il pensait qu'en ce qui concerne la restitution du prix, il en était autrement, et en cela il n'énonçait rien que de logique et de parfaitement d'accord avec les art. 1599, 1628 et 1629 du Code Napoléon (3).

Mais si, nonobstant cette connaissance du péril, l'acheteur laisse insérer le pacte de non-garantie par le vendeur, il n'y a plus dès lors aucun doute. Il est certain que le vendeur et l'acheteur ont voulu traiter d'une simple prétention, et que le prix n'est

(1) *Infrà*, n° 503.

(2) Art. 1628, et *suprà*, n° 480.

(3) C'est aussi l'avis de M. Duranton, t. 16, n° 263.

que la représentation de cette chance aléatoire.

483. Nous venons de voir que la simple connaissance acquise par l'acheteur du péril de la chose ne lui ferme pas les voies pour obtenir la restitution du prix.

En est-il de même dans le cas où c'est le vendeur qui a donné cette connaissance par une déclaration expresse contenue dans le contrat de vente?

La cour impériale de Paris a décidé, par arrêt du 16 juillet 1832 (1), que l'acheteur peut répéter le prix. Dans l'espèce, il s'agissait d'une clause résolutoire que le vendeur avait déclarée à l'acheteur. La cour pensa que cette déclaration n'équivalait pas au pacte exprès de non-garantie exigé par l'art. 1629 du Code Napoléon. Elle autorisa en conséquence la répétition du prix par l'acheteur.

D'un autre côté, M. Duranton veut qu'il y ait équivalence entre la déclaration du droit qui est la source du péril, et une stipulation de non-garantie, et que dès lors l'acheteur ne puisse pas réclamer la restitution du prix (2).

Je me range à l'opinion de la cour de Paris, comme plus équitable et plus juridique. Il ne faut pas étendre une disposition sévère, sous prétexte d'analogies qui ne sont pas toujours irréfragables. La loi exige une clause de non-garantie. Toutes les fois qu'elle ne se rencontre pas expressément, il faut appliquer la disposition qui permet la répétition du prix, et qui forme le droit commun.

Il est vrai que l'art. 1626 assimile la déclaration du péril faite par le vendeur à une clause de non-garantie. Mais ce n'est qu'en ce qui concerne l'obligation de prendre fait et cause, et de payer des dommages et intérêts, parce qu'alors la raison ne permet

(1) Dalloz, 32, 2, 214. *Jungé*, MM. Zachariæ, t. 2, p. 525; Duvergier, n° 341; Marcadé, *loc. cit.* n° 6.

(2) T. 46, n° 261, p. 272.

pas de supposer que le vendeur a entendu garantir l'acheteur de troubles qu'il ne lui dénonce qu'afin de le mettre sur ses gardes. Mais l'on sait qu'on peut être affranchi de la garantie, et cependant être tenu de la restitution du prix. Eh bien! pour faire cesser l'obligation de restituer le prix, la loi ne se contente pas d'inductions, de dispenses implicites. Elle veut une réserve expresse, une clause de non-garantie, qui agisse sur l'acheteur d'une manière directe, qui éveille son attention, qui le mette à même de réfléchir sur les chances auxquelles il s'expose en payant le prix. C'est bien le moins, quand il s'agit d'une position aussi exorbitante, d'une renonciation si insolite, que la loi exige une volonté précisément manifestée.

Prenons l'exemple décidé par la cour de Paris. On conçoit très bien qu'en déclarant la cause résolutoire, le vendeur ne soit affranchi de l'obligation de venir au secours de l'acheteur en cas de trouble, et qu'il soit injuste qu'en cas d'éviction ce dernier demande des dommages et intérêts pour une dépossSESSION à laquelle il a dû s'attendre. Mais, quant à la restitution du prix, où est la preuve que l'acheteur a voulu le perdre en le payant? Quel est l'indice assez fort pour établir que le vendeur l'a reçu à titre de don? J'avoue que je ne vois aucune différence entre le cas où l'acheteur a eu connaissance du péril par la déclaration du vendeur, et celui où cette connaissance lui est arrivée par une circonstance extrinsèque, et je trouve peu rationnel que M. Duranton, qui admet la répétition du prix dans le second cas, la rejette dans le premier. En un mot, c'est bien assez que le Code ait attaché à la clause expresse de non-garantie une fin de non-recevoir pour répéter le prix. Il ne faut pas l'exagérer par des déchéances tirées d'analogies douteuses et qui répugnent à la bonne foi.

484. Lorsqu'il y a pacte de non-garantie, la connaissance dont parle l'art. 1629 n'est pas seulement

celle qui provient de la connaissance expresse que le vendeur a donnée du danger de la chose, mais celle que l'acheteur pouvait avoir au moment du contrat, pour quelque cause que ce soit (1).

C'est au vendeur à prouver que l'acheteur savait que l'héritage était à autrui, ou était grevé de la charge qui en a amené l'éviction (2); cette circonstance ne se suppose pas aisément d'après l'art. 2268 du Code Napoléon.

485. A côté de la dispense implicite de restituer le prix, se place la dispense conventionnelle, stipulée par le vendeur. Lorsque l'acheteur n'a pas voulu acheter à ses risques et périls, ou bien lorsqu'il a ignoré la cause de l'éviction, les clauses de non-garantie dont nous avons parlé au n° 479 sont impuissantes pour empêcher l'acquéreur de répéter ce qu'il a payé. Mais s'il laisse insérer cette clause, *sans garantie ni restitution de deniers*, le prix lui échappe sans retour. C'est ce dont Loyseau l'avertissait par les paroles suivantes : « Mais il faut passer plus outre, si on se veut exempter de rendre le prix, et faut dire *sans garantie ni restitution de deniers* (3). »

ARTICLE 1630.

Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur,

- 1° La restitution du prix;
- 2° Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évincé;

(1) Douai, 16 février 1846 (Deville. 46, 2, 319).

(2) Pothier, Vente, n° 188.

(3) Garantie des rentes, ch. 1, n° 16.

3° Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire;

4° Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat.

ARTICLE 1631.

Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix.

ARTICLE 1632.

Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit.

SOMMAIRE.

486. Obligations du vendeur en cas d'éviction, lorsque la convention ne modifie pas la garantie de droit.
487. Il doit rendre le prix.
488. Il doit le rendre en entier, quand même la chose aurait été détériorée. Conciliation de cette règle avec la maxime *Res perit domino*.
489. *Quid* si elle a péri en partie?
490. *Quid* si la rivière a rendu d'un côté ce qu'elle a enlevé de l'autre?
491. Quand l'acheteur a profité des dégradations, il doit supporter une déduction sur le prix jusqu'à due concurrence.
492. Le vendeur doit aussi retenir sur le prix ce qu'il a payé à

celle qui provient de la connaissance expresse que le vendeur a donnée du danger de la chose, mais celle que l'acheteur pouvait avoir au moment du contrat, pour quelque cause que ce soit (1).

C'est au vendeur à prouver que l'acheteur savait que l'héritage était à autrui, ou était grevé de la charge qui en a amené l'éviction (2); cette circonstance ne se suppose pas aisément d'après l'art. 2268 du Code Napoléon.

485. A côté de la dispense implicite de restituer le prix, se place la dispense conventionnelle, stipulée par le vendeur. Lorsque l'acheteur n'a pas voulu acheter à ses risques et périls, ou bien lorsqu'il a ignoré la cause de l'éviction, les clauses de non-garantie dont nous avons parlé au n° 479 sont impuissantes pour empêcher l'acquéreur de répéter ce qu'il a payé. Mais s'il laisse insérer cette clause, *sans garantie ni restitution de deniers*, le prix lui échappe sans retour. C'est ce dont Loyseau l'avertissait par les paroles suivantes : « Mais il faut passer plus outre, si on se veut exempter de rendre le prix, et faut dire *sans garantie ni restitution de deniers* (3). »

ARTICLE 1630.

Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur,

- 1° La restitution du prix;
- 2° Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évincé;

(1) Douai, 16 février 1846 (Deville. 46, 2, 319).

(2) Pothier, Vente, n° 188.

(3) Garantie des rentes, ch. 1, n° 16.

3° Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire;

4° Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat.

ARTICLE 1631.

Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix.

ARTICLE 1632.

Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit.

SOMMAIRE.

486. Obligations du vendeur en cas d'éviction, lorsque la convention ne modifie pas la garantie de droit.
487. Il doit rendre le prix.
488. Il doit le rendre en entier, quand même la chose aurait été détériorée. Conciliation de cette règle avec la maxime *Res perit domino*.
489. *Quid* si elle a péri en partie?
490. *Quid* si la rivière a rendu d'un côté ce qu'elle a enlevé de l'autre?
491. Quand l'acheteur a profité des dégradations, il doit supporter une déduction sur le prix jusqu'à due concurrence.
492. Le vendeur doit aussi retenir sur le prix ce qu'il a payé à

l'acheteur pour charges non déclarées et pour défaut de contenance.

493. Et pour améliorations antérieures à la vente, dont l'acquéreur a reçu le montant des mains du tiers détenteur qui l'a évincé.

494. *Quid* si l'objet vendu est un être successif qui n'a pas une durée perpétuelle? Dissentiment avec Dumoulin en ce qui touche un animal, dont la vie est limitée et dont l'éviction n'a eu lieu qu'après une certaine jouissance.

495. Le prix que le vendeur doit rendre est celui qui est porté dans son contrat. Mais s'il y a eu plusieurs reventes, pour des prix différents, le vendeur doit le prix le plus élevé. Renvoi.

496. S'il y a plusieurs acquéreurs successifs, le dernier peut-il choisir celui qui a payé le prix le plus élevé et soutenir qu'il a droit à exercer ses droits contre le vendeur? Opinions pour et contre.

497. Rejet de celle de Pothier.

498. Pour le recouvrement du prix, l'acheteur n'a-t-il d'action que contre le vendeur ou ses héritiers, et non contre les créanciers à qui il l'a payé, *quia suum receperunt*?

499. Le vendeur doit rendre à l'acheteur les fruits que celui-ci peut avoir été condamné à payer au demandeur en désistement.

500. Le vendeur doit restituer également les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur et les frais de la demande principale.

501. Il doit aussi rendre les fruits et loyaux coûts.

502. Enfin il doit indemniser l'acheteur. C'est là un des effets caractéristiques de l'obligation de garantir.

503. Les dommages et intérêts sont autre chose que le prix. Mauvais arrêt de la cour de Colmar, qui renouvelle une vieille erreur de Rebuffe. Véritable théorie donnée à cet égard par Dumoulin, seul guide sûr en cette matière.

504. Portée de la demande en dommages et intérêts.

COMMENTAIRE.

486. L'art. 1630 se place en dehors des exceptions autorisées par les art. 1627, 1628 et 1629; il revient à l'état normal en matière de garantie; il détermine les obligations du vendeur, lorsque ses efforts

pour prendre fait et cause ont été impuissants et que l'éviction a dépossédé l'acheteur.

487. Sa première et principale obligation (1) est de rendre le prix qu'il a reçu (2); car le prix n'a été payé qu'en considération de la chose, dont la propriété échappe à l'acheteur. Nous avons vu par l'article 1629 que cette obligation est tellement étroite, qu'elle pèse sur le vendeur, alors même qu'il est dispensé de garantir. Combien à plus forte raison lorsqu'il a pris cette obligation à sa charge?

488. Le prix doit être rendu en entier, quand même la chose aurait été détériorée par force majeure, ou même par la négligence de l'acheteur. Au premier coup d'œil, cette décision peut paraître contraire à la règle *Res perit domino*. Mais, avec de la réflexion, on aperçoit que la question est dominée par des raisons particulières, et que cette règle ne doit pas recevoir d'application. En effet, l'acheteur de bonne foi se croit propriétaire en vertu de son titre. Comme tel, il peut user et abuser. *Qui quasi suam rem neglexit, nulli querela subjectus est* (3). Ce n'est pas au vendeur à s'en plaindre, lui qui s'était engagé à assurer la propriété à l'acheteur, et qui lui a donné cette conscience de son droit qui l'a porté à agir en maître. Il sera donc tout à fait conforme à la justice de ne pas imputer à l'acheteur les détériorations de son fait. Partant de là, comment pourrait-on faire retomber sur lui les détériorations de la force majeure? Quelle équité y aurait-il à ce que le vendeur gagnât une portion de prix dans une opération dans laquelle il a trompé l'acheteur? Dumoulin a exprimé ces idées avec la précision et l'énergie qui lui sont particulières: «Cur

(1) *Infrà*, n° 500. Dumoulin, *De eo quod interest*, n° 68.

(2) Sur l'étendue du mot *Prix*, v. *suprà*, n° 161.

(3) L. 31, § 3, Dig. *De hæred. petit.* — V. Douai, 18 avril

1853 (Deville, 54, 2, 41).

» tu, cum non esses dominus (1), nullique juris ha-
 » beres, lucraberis partem pecuniæ meæ, cum jac-
 » turâ meâ, prætextu deteriorationis étiam casualis?
 » cur qui non dominus et alium decipit, versabitur
 » in lucro, deceptus verò in damno (2)? »

489. Ce que nous venons de dire de la détérioration de la chose s'applique-t-il à la perte d'une portion de la chose? Cette question n'est pas sans difficulté. Posons un exemple pour la résoudre. Je vous achète une prairie de 1,000 arpents. La rivière en emporte 200, et bientôt après un tiers, qui était propriétaire de la totalité de la prairie, m'évince des 800 arpents restants. Aurai-je action pour la totalité du prix que je vous ai payé, ou seulement pour les quatre cinquièmes?

Papinien, en la loi 64, Dig. *De evict.*, décide que vous serez tenu pour le total. *Si totus fundus quem flumen diminuerat evictus sit jure, non diminuetur evictionis obligatio, non magis quàm si FUNDUS DETEIOR FACTUS SIT.* Dumoulin acquiesce à cette opinion (3); mais Pothier la repousse, et veut que la perte des 200 arpents tombe sur l'acheteur (4), par la raison qu'il ne peut y avoir d'éviction de ce qui n'existe pas (5).

Ce dernier sentiment, quoique assez équitable, me paraît repoussé par les termes de l'art. 1631. Il défend au vendeur de faire des déductions sur le prix, soit qu'il y ait *détérioration considérable, soit qu'il y ait DIMINUTION DE VALEUR DE LA CHOSE.* Attachons-nous à ces derniers mots, et lions-les à ceux qui terminent

(1) Il parle du vendeur.

(2) *Loc. cit.*, n° 69.

(3) *De eo quod interest*, nos 11 et suiv.

(4) *Vente*, n° 156.

(5) Ce qui a rendu cette question si compliquée (voyez Dumoulin et les glossateurs), c'est que Papinien, quelques paroles plus haut, décide tout le contraire quand il ny a éviction que d'une partie de la chose et non du total.

l'article, *par des accidents de force majeure.* Eh bien! ne serons-nous pas placés dans le cas prévu par Papinien? car l'enlèvement de 200 arpents de prairie par le cours du fleuve *diminue la valeur de l'immeuble par un accident de force majeure!!*

La raison de cette décision de notre article est que, quoiqu'il arrive souvent que la perte de la chose soit gouvernée par d'autres règles que la détérioration de la chose (1182 du Code Napoléon), il n'en est pas ainsi dans notre espèce, où il s'agit d'une perte particulière, parce que, le contrat de vente se trouvant dissous, l'acheteur doit être remis au même et semblable état qu'il était avant le contrat, et ne doit rien perdre dans un marché que le fait du vendeur a rendu sans résultat.

490. *Quid* si la rivière avait rendu par alluvion ce qu'elle avait dévoré d'un autre côté? En mettant à l'écart beaucoup de subtilités dans lesquelles ses ont jetés les interprètes sur la loi 64, Dig. *De evict.*, je pense qu'il s'opérera une compensation. L'acheteur pourra exiger la totalité du prix, comme je l'ai dit ci-dessus. Mais il ne sera pas fondé à réclamer des dommages et intérêts pour la perte de l'alluvion; car, cette accrue étant balancée par la perte de 200 arpents, l'immeuble n'aura pas augmenté de valeur à l'époque de l'éviction; cette valeur sera la même qu'au moment de la vente (argument. de l'art. 1633).

491. Quand l'héritage se trouve déprécié par des dégradations dont l'acheteur a profité, comme, par exemple, quand il a vendu une futaie, sans avoir été contraint plus tard d'en faire raison à celui à qui il a dû délaisser l'héritage, le vendeur sera fondé à lui faire une déduction sur le prix qu'il doit lui rendre. La raison en est que, sans ce retranchement, l'acheteur recevrait deux fois la valeur de cette futaie, une première fois de celui à qui il l'aurait vendue, une seconde fois de son auteur par la

reddition du prix originaire de la chose (art. 1632) (1).

492. Cette déduction sur le prix n'est pas la seule.

Le vendeur doit retenir ce qu'il a pu payer à l'acheteur pour l'indemniser d'une charge réelle non déclarée lors du contrat ou d'un défaut de contenance (2). Car ce qu'il a donné n'est autre chose qu'une restitution de portion du prix (art. 1617). Il ne faut pas qu'il rende deux fois (3).

493. Le vendeur peut encore retenir la valeur des améliorations qu'il a faites avant la vente, et dont l'acheteur a reçu le prix des mains du tiers qui l'a évincé. En effet, ces améliorations ont été un des éléments du prix principal; et comme l'acheteur a reçu l'équivalent de cette portion de ses déboursés par l'indemnité que le demandeur en revendication lui a soldée, il suit qu'il est désormais satisfait et qu'il n'a plus rien à demander à son vendeur (4).

494. Quand l'objet vendu est un être successif qui n'a pas une durée perpétuelle, comme un usufruit, un bail, et que l'acheteur en est évincé, le vendeur ne doit rendre le prix qu'à proportion du temps qui reste à courir, et pendant lequel l'acheteur eût joui (5); car l'éviction ne porte pas sur la totalité de la chose, elle ne prive l'acheteur que d'une portion de cette chose, c'est-à-dire des jouissances à venir.

Quia in effectu, dit Dumoulin, non tota res vendita, sed solum quædam portio evicta est; alioquin inveniretur emptor habere rem et fructus seu commoda rei totius in effectu proprietatis, et nihilominus totum pretium repeteret, quod esset absurdum et iniquum (6).

(1) Pothier, Vente, n° 122. M. Delvincourt, t. 3, n° 377. M. Duranton, t. 16, n° 286. Mon comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 834.

(2) L. 48, Dig. De evict. M. Duranton, t. 16, n° 286.

(3) Pothier, loc. cit.

(4) Pothier, Vente, n° 121.

(5) Pothier, Vente, n° 162, 163.

(6) De eo quod interest, n° 125.

Dumoulin veut même qu'on étende cette décision à la vente d'un cheval ou de tout autre animal dont la vie est limitée, et dont l'éviction n'a lieu qu'après un certain temps de jouissance (1). L'acheteur a tiré parti de l'objet vendu, dit-il, tant qu'il n'a pas été évincé. Peut-être n'avait-il que peu de temps à en jouir désormais, soit parce que l'animal avait vieilli, soit parce que la mort le menaçait. Sera-t-il juste qu'il recouvre la totalité du prix, *cum intus habeat totum ferè commodum et fructum prævisæ fruitionis et usûs?* Pothier, qui rarement se sépare du Dumoulin, souscrit à cette décision (2).

Mais je la crois peu solide, du moins dans les principes du Code Napoléon. Quand j'achète un animal, je l'achète comme tout indivisible, pour en avoir la propriété d'une manière absolue, à peu près comme un fonds de terre. Si, après cela, le temps, qui abrège sa vie, a diminué sa valeur au moment de l'éviction, l'art. 1631 ne veut pas qu'on s'en inquiète, et sur ce point il est trop absolu pour donner accès aux scrupules exagérés et peut-être trop subtils de Dumoulin.

495. Le prix que le vendeur doit rendre est celui qui est porté dans son contrat. Cette vérité est évidente lorsqu'il n'y a qu'une seule transmission de l'immeuble.

Mais s'il y a plusieurs aliénations successives pour des prix différents, il se présente deux questions, dont l'une rend notre règle au moins douteuse, suivant quelques jurisconsultes, et dont l'autre lui apporte une notable exception.

Je me bornerai pour le moment à indiquer la seconde de ces questions. Car, comme elle se lie aux principes que nous avons à développer sur la matière des dommages et intérêts dus par le vendeur, elle trouvera beaucoup mieux sa place au n° 506. Elle

(1) Loc. cit., n° 127, 128.

(2) N° 164.

conduit à ce résultat digne de remarque, savoir, que quand il y a plusieurs reventes pour des prix différents, dont le dernier est supérieur à tous les autres, le vendeur originaire est tenu de ce prix le plus élevé (1), encore bien que ce qu'il a reçu soit fort inférieur à ce qu'a payé le dernier acquéreur évincé.

496. Quant à l'autre question, elle trouve ici sa place, et nous allons la discuter. Elle consiste à savoir si, lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs successifs, le dernier peut choisir parmi eux celui qui a payé le prix le plus considérable, soutenir qu'il a succédé de plein droit à son action, et l'exercer contre le vendeur à l'effet de recevoir de ses mains une somme plus considérable que celle qu'il a personnellement déboursée.

Prenons pour hypothèse l'espèce d'un arrêt jugé par la cour de Bourges le 5 avril 1821 (2).

Bichon vend, le 26 nivôse an VIII, aux époux Berthaut une maison pour une rente viagère de 250 fr.

Le 22 mars 1806, ceux-ci revendent pour 5,500 fr. aux époux Cornulon, qui, à leur tour, sous-aliènent au profit des conjoints Le Charbonnier pour une somme de 4,000 fr., avec subrogation de leurs droits contre les époux Berthaut.

Enfin, le 1^{er} février 1817, quatrième vente aux sieur et dame Louant pour 3,500 fr. avec semblable subrogation.

Les conjoints Louant, ayant été évincés, réclament contre les époux Berthaut, vendeurs originaires, non pas les 3,500 fr. qu'ils ont payés aux sieur et dame Le Charbonnier, mais les 5,500 fr. que les époux Cornulon ont acquittés entre les mains des époux Berthaut pour prix de vente. Ils forment aussi une de-

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1826 (Daloz, 27, 1, 93). Pothier, Vente, n° 147.

(2) Dalloz, vente, p. 882, 883.

mande en dommages et intérêts dont je n'ai pas à m'occuper ici.

La cour de Bourges, saisie de cette question, l'a décidée contre les demandeurs.

« Considérant, a-t-elle dit, que l'acquéreur évincé doit être indemnisé de toutes les pertes; que la première à cet égard est le prix de l'acquisition, et que ce prix n'est autre chose que la somme payée par lui à son vendeur; qu'en vain il exciperait de la subrogation aux droits de ce dernier pour rechercher parmi les précédents acquéreurs celui qui aurait acheté plus chèrement, et réclamer pour lui le prix le plus élevé; que, s'il en était ainsi, l'éviction serait pour lui la cause d'un bénéfice qui lui est étranger; mais qu'il n'en peut réclamer d'autre que celui qui résulterait de l'augmentation de valeur que la chose aurait acquise de la vente faite à son profit, etc. »

Cette décision est contraire à l'opinion de Pothier (1).

« Le second acheteur, dit-il, pourrait-il, en offrant de me quitter de ce que je lui dois de mon chef, être reçu à exercer en ma place et à son profit mes actions contre mon premier vendeur, pour la restitution du prix de 10,000 fr. ? On pourrait le soutenir; car lorsque je vends une chose à quelqu'un, je suis censé lui vendre et transporter tous les droits et actions qui tendent à faire avoir cette chose, et par conséquent l'action *ex empto* que j'ai contre mon vendeur, *ut præstet rem habere licere*; cela paraît renfermé dans l'obligation que je contracte moi-même envers lui, *præstandi ei rem habere licere*. »

On aperçoit toute la distance qui règne entre cette doctrine de Pothier et l'arrêt de la cour de Bourges. Pothier veut que le droit de l'acheteur passe à son

(1) Vente, n° 149.

successeur de plein droit et sans cession expresse; au contraire, la cour de Bourges pense qu'une subrogation générale, et non précise, est impuissante pour déplacer un droit qui ne peut se transmettre sans une cession spéciale et certaine.

De ces deux avis, lequel doit prévaloir? Commençons d'abord par dépouiller la décision de la cour de Bourges de la question incidente de fait que présentait la clause de subrogation; car cette question ne peut se discuter qu'en ayant sous les yeux l'acte lui-même qui l'a fait naître. Cette clause était-elle de style? Présentait-elle au contraire une intention réfléchie? Je l'ignore, et j'élimine par conséquent ce point secondaire. Je ne veux raisonner que sur une question de droit, et j'avoue que, sur ce terrain, l'arrêt de la cour de Bourges me paraît mériter la préférence. Voici pourquoi.

497. Lorsqu'on vend une chose, l'acheteur est investi de plein droit de toutes les actions réelles que le vendeur avait à raison de cette chose. C'est ainsi que l'action possessoire, étant *in rem scripta*, passe à l'acheteur sans cession expresse (1). C'est ainsi que si la maison vendue avait un droit de servitude sur le fonds limitrophe, l'acheteur en jouira, et pourra, sans cession, forcer le voisin à reconnaître son droit, de même que le vendeur aurait pu le faire.

Pour ce qui concerne les actions personnelles, l'acquéreur est aussi investi de plein droit de toutes celles que son vendeur aurait pu exercer pour l'avantage de la chose vendue. Elles passent sur sa tête pour éviter un circuit, et le vendeur est censé les lui avoir cédées, en s'obligeant *ad præstandum rem habere licere*.

Ainsi Pierre loue sa maison à Jacques pour trois ans; avant l'expiration de ce temps, il la vend à Martin. A l'expiration du bail, celui-ci, qui ne veut plus

(1) Olev, *De cessione jurium*, t. 6, q. 5, n° 29.

de locataires, signifie à Jacques de vider les lieux. Il le peut; car, quoiqu'il n'ait aucun traité avec Jacques, et que, dans la rigueur, il n'ait pas l'action *locati* pour un contrat de louage dans lequel il n'a pas été partie, néanmoins, pour éviter un circuit d'actions, il sera contradicteur légitime à l'effet d'obliger le locataire à déloger et à lui laisser la possession de la maison.

On doit dire la même chose de toutes les actions qui peuvent exister pour l'utilité de la chose vendue (1).

Mais toutes les fois qu'un droit n'est pas nécessaire à l'acheteur pour acquérir ou pour conserver la chose, il ne lui est pas dévolu de plein droit et sans cession. Je mets dans cette classe l'action en garantie, et j'en vois la preuve décisive: 1° en ce que le second vendeur, en se posant garant personnellement responsable, est présumé n'avoir pas voulu abdiquer son propre recours contre celui de qui il tient ses droits; 2° en ce qu'il est contre toute probabilité que l'acheteur, qui n'a constitué pour son garant que son vendeur immédiat, ait entendu acheter une action en arrière-garantie, qui tout au moins ferait double emploi, en cas de solvabilité de celui avec qui il a traité; 3° en ce que, enfin, si le dernier acheteur était vraiment acquéreur de cette action, il faudrait aller jusqu'à dire qu'il pourrait d'une part, se faire indemniser par son vendeur immédiat, en vertu de son contrat de vente, et de l'autre exercer l'action de ce même vendeur contre le vendeur originaire, en vertu de la subrogation, résultat tellement inique qu'il est voisin de l'absurdité.

A la vérité, comme je l'ai dit ci-dessus (2), rien n'empêche que, conformément à l'art. 1166 du Code Napoléon, le dernier acheteur ne puisse exercer les droits de son vendeur, contre le vendeur originaire,

(1) M. Toullier, t. 6, n° 423.

(2) N° 437.

pour se faire indemniser. Mais faisons-y attention, ce recours de plein droit est limité aux répétitions que l'acheteur peut avoir à exiger de son débiteur direct; dès le moment qu'il en a touché le montant, il devient tiers (*penitus extraneus*), pour tout ce qui peut rester dû en sus à son débiteur; en excipant du droit de celui-ci, il exciperait du droit d'un tiers; *interesse cessante, quis audiri non debet* (1). C'est là la grande différence qui existe entre le droit que l'acheteur exerce en vertu d'une cession expresse, et celui qu'il exerce en vertu de l'art. 1166 du Code Napoléon. Lorsqu'il y a cession, il succède à tout le droit du cédant; il en profite pour le tout comme de sa propre chose; au contraire, lorsqu'il agit sans cession et en vertu de l'art. 1166 du Code Napoléon, il ne se sert du droit de son débiteur qu'au prorata de ce que ce dernier lui doit, et l'excédant lui échappe comme chose d'autrui (2).

498. Pour terminer nos observations sur ce qui concerne la restitution du prix, il nous reste à dire que l'acheteur évincé a action pour le recouvrer non-seulement contre le vendeur ou ses héritiers et successeurs, mais encore contre les créanciers de ce même vendeur auxquels il aurait consenti à le payer. Il est vrai que les lois romaines refusaient d'une manière très ponctuelle à l'acheteur la répétition des sommes qu'il avait versées entre les mains de ses créanciers, lesquels n'avaient fait que recevoir leur dû; *suam receperunt* (3). Dans ce système, on supposait, assez spécieusement, que c'était comme si l'acheteur eût remis les fonds au débiteur même, qui

(1) Ce sont les paroles de Cancerius, dans son chapitre intitulé : *De tertius oppositoribus*, pars 2; V. aussi son ch. 18, pars 1, n° 46.

(2) *Sic. Rej.*, 5 février 1845 Devill. 45, 1, 420). — V. aussi MM. Marcadé, 1630-1635 n° 3; Duvergier, n° 371.

(3) L. 1 et 2, C. *Creditorem evictionem pignoris non debere*.

ensuite les aurait versés dans les mains de ses créanciers. De là, la règle donnée par le jurisconsulte Paul, *REPETITIO nulla ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est* (1).

Mais quelle que soit l'autorité des lois romaines, j'ai montré ci-dessus, n° 432, que l'ancienne jurisprudence française s'en était écartée sur ce point, et il n'y a pas de raison pour y revenir, aujourd'hui que le Code Napoléon a donné plus d'empire à l'équité. L'acheteur, qui a désintéressé les créanciers, n'a pas été mû par un sentiment de générosité spontanée pour le débiteur. Il a agi en qualité d'obligé à titre d'achat. Mais si ce titre s'écroule, si sa qualité d'acheteur est effacée par l'éviction, il ne reste plus qu'un paiement fait par erreur. C'est le cas de l'article 1377 du Code Napoléon, et il faut nécessairement l'appliquer, sous peine de fausser la cause qui a présidé au paiement. Telle est, du reste, l'opinion unanime des auteurs modernes (2); et la cour impériale de Colmar n'a décidé le contraire que par une prédilection trop grande pour les lois romaines, dont elle s'est montrée mieux instruite que du droit français (3).

499. Passons au second chef de répétition que l'acquéreur peut former contre le vendeur.

Cet acheteur peut avoir été condamné, par le ju-

(1) L. 44, D. *De condict. indeb.*

(2) MM. Carré, t. 3, n° 2477. Berriat, t. 2, p. 595, note 94. Favard, répert., t. 5, p. 73. Tarrille, Rép., Saisie, § 7, p. 673. Persil, quest., t. 1, n° 241; Zachariæ, t. 2, p. 518; Duvergier, t. 1, n° 346; Marcadé, art. 1626-1629 n° 3. — V. aussi Lyon, 2 juillet 1825 et 15 décembre 1841; Colmar, 22 mars 1836; Rouen, 25 juin 1849; Riom, 30 janvier 1850 (Devill., 36, 2, 551; 42, 2, 158; 50, 2, 388). Si cependant, par suite de la distribution, le titre des créanciers avait été supprimé, l'acheteur ne pourrait les inquiéter. Il n'aurait de recours que contre le vendeur. *Infrà*, n° 644.

(3) Arrêt de juillet 1812. Journal du Palais, t. 13, p. 698, et Journal des arrêts de Colmar, t. 8, p. 388.

gement qui le force au désistement envers le tiers qui a revendiqué la chose, à restituer à ce dernier les fruits qu'il a perçus. Le vendeur doit l'indemniser de cette restitution (1).

500. Le vendeur est aussi tenu de lui rembourser (et c'est ici le troisième chef de répétition), 1° les dépens qu'il a été obligé d'avancer pour se faire garantir par lui; 2° les frais de l'instance principale soutenue contre le demandeur en désistement; néanmoins le vendeur ne doit ces frais que depuis qu'il a été appelé en cause, sauf le coût du premier exploit d'assignation donné par ce même demandeur; d'où il suit que, si l'acheteur avait soutenu le procès jusqu'au bout sans l'appeler, il n'y aurait pas lieu à répétition des dépens autres que ceux de l'exploit original dont je viens de parler. L'acheteur, ayant pris l'instance à son compte, devrait seul en supporter les frais (2).

Il en est de même si le vendeur, assigné en garantie, a déclaré qu'il n'avait pas moyen de défendre, et que l'acheteur ait voulu continuer le procès à ses risques et périls; le garant cesse d'être tenu à compter du moment qu'il aura fait savoir que le procès était injuste (3).

501. En quatrième lieu, l'acheteur a droit de se faire rembourser les frais et loyaux coûts du contrat, qu'il a payés conformément à l'art. 1593 du Code Napoléon, les frais de purgement, et ceux de mesurage, etc (4).

502. En cinquième lieu, enfin, l'acheteur a droit

(1) Pothier, Vente, n° 124.

(2) Pothier, vente, n° 429. Arrêt de Nîmes du 12 mars 1833 (Dalloz, 33, 2, 239).

(3) Pothier, 130. — V. aussi Grenoble, 30 nov. 1824; Rej., 8 nov. 1820 et 14 mars 1825, 3 janvier 1833; Angers, 1826; Aix, 31 janvier 1838; Rej., 30 avril 1838; Besançon, 14 novembre 1844; Grenoble, 3 janvier 1845 (Devill., 45, 2, 344 et 645).

(4) Suprà, n° 164. Pothier, Vente, n° 132.

à des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'éviction. Ce droit est lié à l'obligation de garantir et est un de ses effets caractéristiques. La restitution du prix a souvent lieu sans que le vendeur soit tenu pour cela de la garantie (1). Mais, à moins de stipulations particulières, il n'y a pas d'action en garantie sans faculté de demander des dommages et intérêts, si toutefois la dépossession a causé un préjudice à l'acheteur.

503. Les dommages et intérêts sont donc quelque chose de différent du prix : *in id quod supra pretium interest emptoris*, disent Dumoulin (2) et Pothier (3).

J'insiste sur ce point, parce que je trouve des principes contraires et dangereux, à mon avis, dans un arrêt de la cour de Colmar, du 17 août 1824 (4). Il a plu à cette cour d'exhumer une vieille théorie des dommages et intérêts, oubliée depuis Dumoulin, et d'après laquelle le prix de la chose ferait partie de ces dommages et devrait en être considéré comme l'un des éléments principaux. Cette décision est placée par la cour de Colmar sous le patronage de Rebuffe, de la glose, et des plus célèbres auteurs!! Pour nous, nous préférons nous ranger à la doctrine de Dumoulin, qui peut aussi aspirer à sa part de célébrité, et qui, pour le malheur de l'arrêt dont nous parlons, a précisément stigmatisé et ce Rebuffe et ces commentateurs dont il ne faudrait plus parler en cette matière, depuis le fameux traité *De eo quod interest*. Dumoulin avait médité pendant quinze ans sur ce sujet alors hérissé de difficultés, et il déclare s'être convaincu que les gloses de Bartole, de Balde, de Salicet, d'Alciat, de REBUFFE, etc., lui ont paru *sicut pictæ parietibus tabulæ*

(1) Suprà, n° 480.

(2) *De eo quod interest*, passim.

(3) Vente, n° 431. M. Duranton dit aussi très-bien, mais sans discuter la question : « Les dommages et intérêts ne sont pas le prix. » T. 16. p. 277.

(4) Dalloz, v° Contrainte par corps, p. 732.

et puerilia figmenta (1). Leurs explications n'étaient qu'obscurité, leurs commentaires que tortures; *Sed videsne quam miserè lacerentur hæ leges ex priorum commentariis, seu potiùs labyrinthis, usque ad REBUFFUM INCLUSIVE; quot quantisque difficultatibus et tenebris obruat hic textus alioquin clarissimus* (2)? Dumoulin chercha à débrouiller ce chaos. On sait avec quelle supériorité il y réussit. Comment donc, après son immortel ouvrage, peut-on aller chercher des autorités dans le fatras misérable de ses devanciers? La science est-elle donc toujours à refaire?

Dumoulin le déclare donc, confondre le prix avec les dommages et intérêts est la plus grave des erreurs, *pretium quod antiqui INEPTÈ vocant interest conventum* (3). En règle générale, les dommages et intérêts ne doivent jamais être confondus avec la chose principale due dans l'obligation; ils ne sont qu'un accessoire, placé en dehors de cette même obligation, et résultant d'un retard ou d'une faute dans l'exécution; *Et sic quod interest, dit notre auteur, non comprehendit rem principalem NEC EJUS PRETIUM, VEL ESTIMATIONEM, sive principalem ipsam utilitatem; sed tantum comprehendit damnum vel lucrum, occasione culpæ vel moræ emergens vel cessans extrinsecus, scilicet PRÆTER REM PRINCIPALEM ET EJUS CAUSAM* (4).

C'est surtout dans l'action pour éviction que cette distinction entre le prix et les dommages et intérêts est fondamentale et saillante. A part ce qui concerne l'obligation de prendre fait et cause, dont nous avons parlé ailleurs (5), cette action a deux chefs distincts, l'un, que Dumoulin appelle *perpetuum*, et qui a pour objet la restitution du prix; c'est là le point principal;

(1) N° 38.

(2) N° 31.

(3) N° 20.

(4) N° 9. V. aussi n° 11 et 13.

(5) Sur l'art. 1626, n° 433, 438, etc.

l'autre, qu'il appelle *casuale*, et qui a pour objet les dommages et intérêts, lesquels ne sont dus que s'il y a préjudice (1). C'est un point secondaire qui ne se rencontre pas toujours, et qui dépend de circonstances variables. Pour déterminer ce que comprend la restitution du prix, on se reporte au contrat. C'est lui qui sert de règle et de mesure (2). Pour déterminer les dommages et intérêts, il faut considérer l'état de la chose au moment de l'éviction, son augmentation et sa plus-value, la perte que l'acheteur éprouve à cet instant par l'obligation de quitter l'objet qu'il croyait à lui. Pour confondre deux chefs aussi différents, aussi étrangers l'un à l'autre, il faut fermer les yeux à la lumière.

Cette confusion avait jeté, avant Dumoulin, dans les erreurs les plus désastreuses. Par exemple, j'achète pour 1,000 fr. une chose dont la valeur intrinsèque est descendue à 400 fr. au moment de l'éviction. Suivant les docteurs qui assimilaient la restitution du prix à des dommages et intérêts, je n'aurais pu réclamer contre mon vendeur que 400 fr. et non les 1,000 fr. que j'avais déboursés, parce que ma perte, lors de l'éviction, n'étant que de 400 fr., la répétition du surplus m'était interdite (3). On ne peut rien voir de plus inique et de plus absurde. Je sais bien qu'il n'est pas à craindre qu'une pareille éclipse du sens commun reparaisse de nos jours, en présence du texte disert de l'art. 1630, qui a été conçu dans le système de Dumoulin. Mais d'autres aberrations, plus dangereuses peut-être, peuvent sortir de la doctrine qu'on voudrait restaurer, et l'arrêt de la cour de Colmar en est la preuve.

D'après un principe protecteur de la liberté des personnes, la contrainte par corps ne doit être pro-

(1) *De eo quo interest*, n° 68.(2) *Idem*.

(3) Dumoulin, n° 70.

noncée que dans des cas rares et exceptionnels, et comme un douloureux sacrifice fait à la nécessité (1). L'un de ces cas, laissé à l'arbitrage du juge, est celui où la partie est condamnée à des dommages et intérêts au-dessus de 300 fr. (2). Maintenant, qu'on adopte la doctrine de la cour de Colmar, qu'on décore du nom de dommages et intérêts le prix de la vente, et en général ce qui forme l'émolument de l'obligation principale non acquittée, et il n'y a pas un seul cas dans le droit où les citoyens ne soient exposés à la prise de corps. J'ose dire que rien n'est plus funeste et plus contraire à l'humanité de nos lois qu'une telle jurisprudence. Aussi a-t-elle été réprimée par deux arrêts de la cour de Nancy, l'un du 18 mai 1827 (3), l'autre du 25 février 1833 (4).

504. Reste à examiner maintenant ce que comprend la demande en condamnation à des dommages et intérêts. Dumoulin a épuisé la matière; Pothier a popularisé ses idées justes et profondes. Le Code se les est appropriées dans le titre des obligations relatif aux dommages et intérêts et dans les trois articles suivants, dont nous allons présenter l'analyse.

ARTICLE 1633.

Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente.

(1) Voyez mon Comment. sur les Hypothèques, t. 1, n° 2, p. 2 à 4.

(2) Art. 126 du Code de procédure civile.

(3) Dalloz, 27, 1, 199.

(4) Inédit (entre Passerat de La Chapelle et Mansuy). *Junge* M. Coin Delisle, de la Contrainte par corps, art. 2060, n° 31. V. cependant M. Duvergier, n° 358.

ARTICLE 1634.

Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds.

ARTICLE 1635.

Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, mêmes voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds.

SOMMAIRE.

505. Renvoi pour les principes généraux relatifs aux dommages et intérêts. Précautions avec lesquelles il faut lire Domat sur cette matière. Objet des articles 1633, 1634, 1635.
506. 1^{er} point. Augmentation naturelle de la valeur de la chose au temps de l'éviction. Explication de l'art. 1633. L'acheteur doit être indemnisé de la plus-value dont le prive l'éviction.
507. Cela doit avoir lieu, quand même la plus-value serait extraordinaire. Dissentiment avec Dumoulin et Pothier.
508. 2^e point. Augmentation de la valeur de la chose par le moyen d'impenses et améliorations (art. 1634).
509. *Quid* quand l'impense excède l'amélioration?
510. *Quid* quand l'amélioration excède l'impense?
511. Quand le vendeur est de mauvaise foi, il doit rembourser à l'acheteur les dépenses voluptuaires. *Quid* si l'acheteur était de mauvaise foi?

COMMENTAIRE.

505. Les dommages et intérêts sont réglés par des principes généraux sur lesquels notre intention n'est

noncée que dans des cas rares et exceptionnels, et comme un douloureux sacrifice fait à la nécessité (1). L'un de ces cas, laissé à l'arbitrage du juge, est celui où la partie est condamnée à des dommages et intérêts au-dessus de 300 fr. (2). Maintenant, qu'on adopte la doctrine de la cour de Colmar, qu'on décore du nom de dommages et intérêts le prix de la vente, et en général ce qui forme l'émolument de l'obligation principale non acquittée, et il n'y a pas un seul cas dans le droit où les citoyens ne soient exposés à la prise de corps. J'ose dire que rien n'est plus funeste et plus contraire à l'humanité de nos lois qu'une telle jurisprudence. Aussi a-t-elle été réprimée par deux arrêts de la cour de Nancy, l'un du 18 mai 1827 (3), l'autre du 25 février 1833 (4).

504. Reste à examiner maintenant ce que comprend la demande en condamnation à des dommages et intérêts. Dumoulin a épuisé la matière; Pothier a popularisé ses idées justes et profondes. Le Code se les est appropriées dans le titre des obligations relatif aux dommages et intérêts et dans les trois articles suivants, dont nous allons présenter l'analyse.

ARTICLE 1633.

Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente.

(1) Voyez mon Comment. sur les Hypothèques, t. 1, n° 2, p. 2 à 4.

(2) Art. 126 du Code de procédure civile.

(3) Dalloz, 27, 1, 199.

(4) Inédit (entre Passerat de La Chapelle et Mansuy). *Junge* M. Coin Delisle, de la Contrainte par corps, art. 2060, n° 31. V. cependant M. Duvergier, n° 358.

ARTICLE 1634.

Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds.

ARTICLE 1635.

Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, mêmes voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds.

SOMMAIRE.

505. Renvoi pour les principes généraux relatifs aux dommages et intérêts. Précautions avec lesquelles il faut lire Domat sur cette matière. Objet des articles 1633, 1634, 1635.
506. 1^{er} point. Augmentation naturelle de la valeur de la chose au temps de l'éviction. Explication de l'art. 1633. L'acheteur doit être indemnisé de la plus-value dont le prive l'éviction.
507. Cela doit avoir lieu, quand même la plus-value serait extraordinaire. Dissentiment avec Dumoulin et Pothier.
508. 2^e point. Augmentation de la valeur de la chose par le moyen d'impenses et améliorations (art. 1634).
509. *Quid* quand l'impense excède l'amélioration?
510. *Quid* quand l'amélioration excède l'impense?
511. Quand le vendeur est de mauvaise foi, il doit rembourser à l'acheteur les dépenses voluptuaires. *Quid* si l'acheteur était de mauvaise foi?

COMMENTAIRE.

505. Les dommages et intérêts sont réglés par des principes généraux sur lesquels notre intention n'est

pas d'insister. Nous en avons d'ailleurs rappelé quelques-uns aux nos 298 et suivants (1).

Les trois articles que nous allons commenter s'occupent de trois causes de dommages et intérêts :

1° Celle qui résulte pour l'acheteur d'une augmentation dans le prix de la chose (art. 1633);

2° Celle qui résulte de réparations et améliorations utiles faites par l'acheteur et dont le prive l'éviction (1634);

3° Celle que l'acheteur fait découler de la perte qu'il est obligé de supporter de dépenses voluptuaires ou de simple agrément faites pour l'embellissement de la chose évincée (1635).

506. Voyons le premier point.

Lorsque la chose vendue a augmenté de prix au temps de l'éviction, par suite d'alluvion (2), ou bien encore par toute autre cause indépendante de l'acheteur, comme par exemple l'accroissement naturel que la valeur intrinsèque des choses éprouve fréquemment, l'acheteur a droit de répéter contre le vendeur le montant de cette plus-value. En effet, cette augmentation de prix est pour lui un gain qu'il avait fait *propter rem ipsam*, et dont il n'est pas juste qu'il soit dépossédé.

Par exemple, je vous achète pour 20,000 fr. votre maison de la place d'Alliance, et elle vaut 30,000 fr. au moment de l'éviction, attendu que ce genre d'immeubles a considérablement augmenté dans la ville de Nancy; mon action pour éviction comprendra 1° le prix de 20,000 fr., 2° 10,000 fr. de dommages et in-

(1) Il faut lire avec précaution tout ce que Domat a écrit sur cette matière (l. 1, t. 2, sext. x). Il ne s'était pas bien pénétré des vrais principes enseignés par Dumoulin (Pothier, Vente, n° 69).

(2) Dumoulin, 116, 117. Pothier, Vente, nos 159, 160. *Quid* si, tandis que le fonds gagnait d'un côté par alluvion, il perdait de l'autre par l'irruption du fleuve? *Suprà*, n° 490.

térêts pour la différence entre la valeur originaire et la valeur actuelle (1).

La Cour de cassation a appliqué cette règle dans l'espèce suivante.

Lesueur acquiert la ferme de Martienne pour 6,000 fr., et la revend ensuite pour le même prix aux époux Lefèvre, avec garantie de ses faits et promesses seulement. En 1813, la dame Lefèvre aliène cette ferme au profit de Wauthier pour une somme de 20,000 fr.

En 1820, Wauthier est évincé par un précédent propriétaire, qui prouva qu'il avait été lésé par Lesueur. Il assigne la dame Lefèvre en restitution du prix de 20,000 fr., des loyaux coûts, et dommages et intérêts. A son tour, la dame Lefèvre exerce son recours contre Lesueur. Arrêt de la cour de Douai qui condamne ce dernier à restituer à la dame Lefèvre le prix de 20,000 fr. que celle-ci a dû rendre à Wauthier.

Sur le pourvoi en cassation, arrêt du 12 décembre 1826, ainsi conçu (2) :

« Attendu que, d'après les principes consacrés en matière de garantie de vente d'immeubles tant par les anciennes que par les nouvelles lois, c'est sur le premier vendeur que retombent les conséquences de l'éviction, tant quant aux prix des ventes que quant aux dommages et intérêts..., qu'il importe peu que le prix de la première vente soit inférieur au prix de la seconde, puisque c'est par le fait du (premier) vendeur que l'acquéreur se trouve privé du bénéfice légitime que le temps ou d'autres circonstances favorables lui ont procuré. »

Le point de droit est exposé avec vérité dans cet arrêt. La dame Lefèvre, ayant fait un bénéfice de 14,000 fr. sur la métairie de Martienne, et s'en trouvant dépouillée par le fait de son vendeur, qui l'avait

(1) Pothier, Vente, n° 133.

(2) Dalloz, 27, 1, 93.

laissé évincer, devait exiger de Lesueur qu'il l'en indemnât (1).

507. Suivant Dumoulin et Pothier, s'il arrivait que la plus-value fût tellement énorme qu'elle dépassât toutes les prévisions et toutes les probabilités, le vendeur de bonne foi ne devrait pas être condamné à la payer entièrement à l'acheteur; il suffirait qu'il fût condamné à payer la somme la plus haute à laquelle les parties, lors du contrat, ont pu s'attendre que les dommages et intérêts pourraient monter (2).

M. Toullier croit que cette opinion n'est pas en harmonie avec les dispositions de l'art. 1633 (3). C'est ce que je suis disposé à penser aussi. Néanmoins il faut reconnaître que l'opinion de Dumoulin et de Pothier est plus conforme à l'équité.

508. Passons au cas où la plus-value résulte, non pas d'une augmentation naturelle de la valeur intrinsèque de la chose, mais d'améliorations faites de main d'homme.

Il faut distinguer entre les impenses utiles et les impenses voluptuaires (4).

Si le vendeur est de bonne foi, il ne doit pas les dépenses de pur agrément; mais il est tenu d'indem-

(1) Pothier, Vente, n° 147.

(2) Dumoulin, *De eo quo quod interest*, n° 57 et suiv. Pothier, Obligations, n° 164, et Vente, n° 133. — Junge MM. Durvergier, n° 369; Marcadé, *loc. cit.*, n° 5.

(3) T. 16, n° 285. Junge MM. Duranton, t. 16, n° 295 et Zachariæ, *loc. cit.*

(4) Sur le sens de ces mots, voyez mon Commentaire sur les Hypothèques, t. 3, n° 837, p. 474 et suiv. Les réparations NÉCESSAIRES sont dues, à plus forte raison, par le vendeur et pour le tout, sans qu'il y ait lieu d'examiner si le fonds est devenu meilleur (mon Commentaire sur les Hypothèques, *loc. cit.*, n° 838 bis). Mais l'acheteur ne peut répéter les dépenses de simple entretien ordinaire qui sont charge des fruits, à moins qu'il ne soit obligé de rendre les fruits, ce qui est rare (*suprà*, n° 496).

niser l'acheteur des impenses utiles que ce dernier a faites avec la juste confiance qu'il était propriétaire. Le vendeur doit payer lui-même cette indemnité; ou bien, il doit faire rembourser les dépenses dont il s'agit par l'auteur de l'éviction (1).

Vous m'avez vendu un site sur lequel j'ai bâti une maison. Si je suis évincé par le véritable propriétaire, et que, par les efforts que vous ou moi nous avons faits, de concert ou séparément, pour défendre sur son action, j'aie obtenu de lui l'indemnité à laquelle j'ai droit pour cette amélioration, je n'aurai rien à répéter de vous.

Mais si la sentence d'éviction ne l'a pas assujéti à me faire raison des améliorations, ce sera à vous à m'indemniser.

509. Il arrive souvent que l'impense ne procure pas une amélioration égale aux sommes déboursées. On demande si le vendeur sera tenu de l'impense ou de l'amélioration (2).

Il faut répondre que sa responsabilité se mesure sur l'amélioration. De tous les déboursés faits par l'acheteur et dépensés pour améliorer l'immeuble, que restait-il au moment de l'éviction? Qu'y avait-il d'effectif? rien de plus que l'amélioration prise en elle-même; rien autre chose que la plus-value! Voilà ce que l'éviction a enlevé à l'acheteur; tout le surplus des déboursés a disparu, sans laisser de trace, dans des travaux qui coûtent presque toujours plus qu'ils ne rapportent. Ces déboursés étaient perdus pour l'acheteur avant l'éviction. De quel droit les demanderait-il au vendeur, qui ne doit lui faire rai-

(1) Paul, l. 45, § 1. Dig. *De act. empt. L. 9. C. De evictionibus*. Pothier, Vente, n° 134. Mon Comment. sur les Hypothèques, t. 3, n° 838 et 838 bis.

(2) Voyez mon Commentaire sur les Hypothèques, t. 3, n° 837, p. 174 et suiv., où toutes ces questions sont traitées avec détail.

son que de ce que l'éviction seule lui a fait perdre (1)?

510. Supposons maintenant le cas inverse, c'est-à-dire que l'amélioration est plus forte que l'impense; je dis que le vendeur devra l'amélioration. Les termes de l'art. 1634 sont positifs, et ils conduisent à un résultat conforme à la justice; car cette amélioration était quelque chose de réel que l'éviction a ravi à l'acheteur (2).

A la vérité, le demandeur en désistement en sera quitte pour payer l'impense, conformément à l'article 555 du Code Napoléon; mais l'obligation du vendeur est beaucoup plus étroite que celle du propriétaire qui rentre dans son fonds, et il devra suppléer à ce qu'il sera nécessaire de payer en plus pour rendre l'acheteur indemne.

511. Nous venons de raisonner dans l'hypothèse où le vendeur est de bonne foi. Mais s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a vendu sciemment le fonds d'autrui, il devra rembourser à l'acheteur toutes les dépenses, même voluptuaires, que celui-ci aura faites sur le fonds (3).

Du reste, il est inutile de dire que, si l'acheteur était de mauvaise foi, il en serait autrement. Car, d'après l'art. 1599 du Code Napoléon, on sait qu'il n'aurait pas droit à des dommages et intérêts (4).

(1) Pothier, Vente, n° 436, et MM. Duranton, t. 46, n° 297, et Duvorgier, n° 368. — Loyseau enseigne le contraire, Déguerpissement, liv. 6, ch. 8, n° 21.

(2) Pothier, Vente, n° 435.

(3) M. Toullier, t. 6, n° 284. Domat, liv. 1, t. 2, sect. x, n° 19. L. 45, § 1, Dig. De act. empt. M. Duranton, t. 46, n° 298.

(4) Ajoutons encore que, dans ce cas, l'acquéreur n'aurait pas le droit de retenir la possession de l'immeuble même en vue et jusqu'au paiement des améliorations qu'il y aurait faites. Pau, 9 août 1837 (Deville. 38, 2, 350). V. encore Rej., 12 mai 1840 (Deville. 40, 1, 668). Cependant v. Rennes, 8 février 1841 (Deville. 41, 2, 453).

ARTICLE 1636.

Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente.

ARTICLE 1637.

Si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur.

SOMMAIRE.

512. Du cas où l'éviction n'est que partielle.
 513. L'acheteur peut demander la résolution si la partie évincée est de telle conséquence que l'acheteur n'eût pas acheté.
 514. Mais si la portion évincée n'est pas de nature à autoriser la demande en résolution, le vendeur doit une indemnité. Règles à suivre à cet égard.
 515. Cas où la chose évincée est hétérogène.
 516. Cas où la portion évincée est homogène. Distinction entre le cas où la part évincée est une part aliquote indivise, et celui où elle est une part divise. Explications données par Cujas, plus lumineuses et plus claires que celles de Pothier.
 517. Le Code Napoléon s'est écarté à tort des principes anciens. Antinomie entre l'art. 1637 et l'art. 1634.
 518. Conciliation proposée par M. Delvincourt et suivie par

- M. Durantou. Elle est insuffisante. Erreur de ce dernier auteur sur le système de Dumoulin, de Pothier, et des lois romaines.
519. Difficultés résolues par Papinien sur plusieurs cas d'éviction partielle. Conciliation de ces décisions avec l'art. 1637 du Code Napoléon.
520. Suite.
521. Suite.
522. L'art. 1637 n'est pas applicable au cas de vente sur expropriation forcée. Dissentiment avec la cour de Toulouse.
523. Autre erreur de la cour de Dijon, qui applique l'art. 1637 au saisi, ou à ses héritiers et à ses créanciers.

COMMENTAIRE.

512. Pour qu'il y ait lieu à l'action d'éviction, il n'est pas nécessaire que l'acheteur soit dépossédé de la chose entière; il suffit qu'il éprouve une éviction de partie de cette chose (1).

Dans ce cas, il faut distinguer si la chose enlevée à l'acheteur est de telle conséquence qu'il n'eût pas acheté sans elle, ou bien si elle n'est pas assez considérable pour détruire la cause finale de la vente.

513. Au premier cas, l'acheteur peut demander la résiliation de la vente (art. 1636), et le vendeur doit lui rendre le prix et les frais du contrat (2), sans préjudice de tous dommages et intérêts, et autres restitutions ordonnées par l'art. 1630 (3).

514. Au second cas, la vente subsiste; mais le vendeur est tenu de rendre l'acheteur indemne suivant les règles dont nous allons parler.

Les jurisconsultes ont coutume d'examiner en premier lieu si la partie dont l'acheteur est évincé est homogène ou hétérogène (4). Homogène! comme

(1) L. 1, Dig. *De evict.*

(2) Arg. de l'art. 1621.

(3) V. Despeisses, et les auteurs et arrêts qu'il cite, p. 37, col. 1, n° quinto.

(4) Voët, *De evict.*, n° 15.

quand elle est une portion intégrante de la chose, ayant le même nom qu'elle, la même nature, la même assiette, par exemple le quart d'un pré, ou bien un champ enclavé dans la ferme et possédé comme une de ses dépendances. Hétérogène! comme quand elle forme quelque chose de distinct, un être ou un objet à part, ayant son existence propre, spéciale, indépendante du principal, par exemple le croit d'une jument.

515. Si la partie dont l'acheteur est évincé est hétérogène, par exemple si, la jument que j'ai achetée étant morte, je suis dépossédé de son poulain, né depuis la vente, je n'aurai pas d'action pour le prix; car le poulain n'a pas été compris dans la vente; il n'a pas été vendu, il n'est qu'une provenance ultérieure de la chose que j'ai achetée. Je ne puis donc répéter le prix de ce qui ne m'a pas été vendu. Mais j'aurai droit à des dommages et intérêts pour la privation que j'éprouve de mon poulain, et ce poulain sera estimé suivant sa valeur au moment de l'éviction (1).

516. Si la partie dont l'acheteur est évincé est homogène, on se règle par d'autres principes; car la partie homogène a été achetée; elle faisait corps avec la chose principale; elle a été payée comme portion intégrante de l'objet vendu.

Pour concilier les droits de l'acheteur avec ceux du vendeur, les lois romaines faisaient une distinction (2), adoptée par Dumoulin (3) et par Pothier (4). Ou la portion dont l'acheteur est évincé est une part aliquote indivisible de la chose, ou elle est une part divisible.

(1) Dumoulin, *De eo quod interest*, n° 149. Pothier, *Vente*, n° 146.

(2) Ulpian, l. 1, *De evict.*

(3) *Loc. cit.*, n° 67 et suiv.

(4) *Loc. cit.*, n° 140, 141, 142.

Si l'acheteur souffre éviction d'une part aliquote indivise, comme le tiers d'un pré non partagé, le vendeur doit rendre le tiers du prix total. On diminue le prix en proportion de la quantité évincée, en proportion du nombre d'arpents, sans égard à la bonté intrinsèque. Quelle en est la raison? C'est, dit Cujas, qu'une part indivise d'une chose n'a pas de qualité qui lui soit propre; on ne pourrait connaître sa qualité spéciale et sa bonté qu'autant qu'elle serait séparée du tout, et nous supposons ici qu'il y a indivision. « Pars ergo æstimatur ex quantitate et ex modo; nec enim ex qualitate potest æstimari pro indiviso, cum ejus partis nulla qualitas subsit. Pars est quota, videlicet quinta, non qualis (1); pars est sine qualitatibus (2). »

Toutefois, indépendamment de cette portion du prix, l'acheteur pourra réclamer ses dommages et intérêts, conformément à l'art. 1630. Ils seront arbitrés suivant les bases que nous avons indiquées ci-dessus, n° 506 et suivants. Pothier enseigne même qu'on pourra y joindre ceux auxquels l'acquéreur a droit pour le désagrément de se trouver en communauté avec un individu qui n'est pas de son choix (3).

Si la portion dont l'acheteur souffre éviction est une part divise, *hoc est*, dit Cujas, *circumscripta suis finibus* (4), comme, par exemple, une vigne faisant partie de la ferme, on doit faire une ventilation du prix de cette vigne eu égard au prix total de la chose à l'époque du contrat (5). Je dis eu égard au prix

(1) C'est-à-dire la cinquième partie, mais sans savoir quelle elle est, sans savoir où la prendre.

(2) Cujas a expliqué ce point avec plus de clarté que Pothier lui-même (sur la loi *Ex mille 64*, Dig. *De evict.*, lib. 7, quæst. Papin.).

(3) *Loc. cit.*

(4) *Loc. cit.*

(5) Pothier, n° 143. Arrêt du parlement de Toulouse du 15

total de la chose, et ceci est très important à remarquer et a une grande portée. Supposons que par une bonne fortune j'achète pour 20,000 fr. une métairie qui en vaut 40,000 à l'époque de l'acquisition. Je suis évincé d'une vigne qui en dépend, et qui vaut 10,000 fr.; je ne pourrai pas demander par le premier chef de l'action d'éviction les 10,000 fr., quoique l'objet évincé les vaille intrinsèquement; je ne pourrai demander que 5,000 fr.; car je dois comparer la bonté intrinsèque de la chose au prix total qui est ici de moitié au-dessous de la valeur réelle. C'est encore ce que Cujas a très bien fait ressortir (1). Sans doute, dans le cas d'éviction d'une chose divise, la perte ne s'estime pas d'après la contenance et la mesure, comme dans le cas d'éviction d'une chose indivise. Sans doute, elle s'estime suivant la qualité de la partie évincée, suivant la bonté qu'elle avait au moment du contrat (2). Mais ce n'est pas à dire pour cela que l'acheteur ait le droit d'exiger cette estimation. L'évaluation ne se fait pas pour établir la balance entre la partie et le tout, entre le prix partiel et le prix total. C'est Dumoulin qui le dit énergiquement: « Non ad finem faciendæ et exigendæ æstimationis, quæ erat tempore contractûs, sed ad solam finem distributionis pretii conventi, et solùm inter partem evictam et non evictam, pro ratâ valoris illarum qui fuit tempore contractûs (3). »

Voilà pour le premier chef de l'action d'éviction. Quant au second, qui porte sur les dommages et intérêts, il faut procéder différemment, et l'on estime l'objet dont l'acheteur est évincé eu égard à l'état dans lequel il se trouve à l'époque de l'éviction (4).

janvier 1591, rapporté par Larocheflavin (liv. 6, t. 49, art. 2). Despeisses (Vente, p. 27, col. 1, n° *quarto*). Dumoulin, n° 67.

(1) *Loc. cit.*

(2) L. 1, D. *De evict.*, et Cujas.

(3) *De eo quod interest*, n° 67.

(4) Idem, n° 67, 68, 69. Pothier, Vente, n° 143, 144.

On voit que ce système est parfaitement concordant avec les principes que nous avons développés sur les art. 1630 et suiv. L'acheteur est toujours sûr de rentrer dans la part proportionnelle de son prix; et quant aux dommages et intérêts, il sera en droit d'en réclamer si la chose est augmentée de valeur; sinon, il faudra s'en tenir à la restitution du prix.

517. J'ignore par quel motif, ou peut-être par quelle distraction, cette théorie a été modifiée par l'art. 1637 du Code Napoléon.

Cet article veut que la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui soit remboursée suivant la valeur à l'époque de l'éviction et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue soit augmentée ou diminuée de valeur.

Ainsi, je vous achète une ferme que je vous paie 50,000 fr. pour son juste prix, et dans laquelle se trouve une vigne de 15,000 fr. Dix ans après, je suis évincé de cette vigne, qui, par l'effet de la dépréciation éprouvée par cette nature d'immeubles, ne vaut plus que 10,000 fr. D'après notre article, je n'aurai droit de répéter contre vous que 10,000 fr. et je perdrai 5,000 fr. sur mon marché; tandis que vous, par le fait de qui j'ai été induit en erreur, vous qui n'étiez pas propriétaire de cette vigne, vous retirerez un profit de 5,000 fr. de la vente indue que vous m'avez faite.

C'est là, ce me semble, une injustice criante, et de plus une contradiction manifeste avec l'art. 1631, qui déclare que, quand la chose est détériorée, le vendeur n'en est pas moins tenu de rendre le prix intégral. Si le vendeur est soumis à cette obligation, lorsqu'il y a éviction partielle, est-il dispensé de rendre une part proportionnelle du prix? Pourquoi se montrer infidèle aux principes généraux qu'on a soi-même posés le tout pour introduire dans un système qu'il était si facile de lier dans toutes ses parties des

disparates dont on ne saurait rendre raison (1)?

518. M. Delvincourt a aperçu cette antinomie entre l'art. 1631 et notre article, et il a cherché en partie à échapper à l'art. 1637 et en partie à l'expliquer (2). Il dit d'abord que, lorsque l'éviction est d'une part indivise, il faut s'en tenir aux anciens principes que l'art. 1637 n'a pu vouloir ébranler. Ce point sauvé, il reconnaît la puissance de notre article sur l'éviction d'une part divisée; mais il essaie de masquer ce qu'il y a d'incohérent dans sa disposition par les raisons suivantes: « On ne peut prendre pour base le prix de la vente. Il est possible que les deux arpents (dont il y a éviction) soient les meilleurs ou les plus mauvais, et alors le quart du prix serait trop ou trop peu (3). »

Mais j'avoue que cette explication ne me paraît rien moins que plausible. Est-ce que M. Delvincourt se serait imaginé, par hasard, que dans l'ancienne jurisprudence on n'avait aucun égard à la bonté de la part évincée? est-ce qu'il aurait oublié ces mots de la loi romaine: « *Quid enim si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas et sic erit regressus* (4). Ignore-t-il que Cujas et Dumoulin ne cessent de dire, à chaque ligne de leurs paraphrases de ce texte célèbre, qu'il faut prendre pour base de la ventilation la bonté et la qualité de la chose divisée enlevée à l'acheteur? Que signifie donc cette raison donnée par M. Delvincourt pour expliquer ce qui a empêché le législateur d'avoir égard au prix de vente? Quand je vois un jurisconsulte aussi estimable que M. Delvincourt échouer dans la justification de l'art. 1637, j'en conclus

(1) Il y a aussi disparate avec l'art. 1649. V. n° 343.

(2) T. 3, p. 149, notes.

(3) C'est l'explication qu'a suivie M. Duranton, t. 16, n° 300. Cet auteur croit, bien à tort, qu'elle est conforme au système de Dumoulin et de Pothier.

(4) Ulp., l. 1, Dig. *De evict.*

que cet article n'est pas susceptible d'être défendu.

M. Delvincourt ne me paraît pas plus heureux quand il veut que l'art. 1637 ne s'applique pas à l'éviction d'une part indivise de l'objet vendu. Sur quoi se fonde cette distinction? Quel est le mot de notre article qui peut y conduire? Je vois au contraire clairement que toutes ses expressions amènent à ce résultat positif, savoir, que, s'il y a éviction d'une part indivise, on estime la chose en totalité au moment de l'éviction, et on oblige le vendeur à indemniser l'acheteur au prorata de la partie aliquote évincée (1).

519. Papinien a résolu, dans la loi 64, Dig. *De evict.*, plusieurs difficultés relatives à des évictions partielles. Cujas (2), Dumoulin (3) et Pothier (4) ont soumis à leur analyse profonde ces décisions du prince des juriconsultes romains. Voyons en quoi elles peuvent rentrer dans le système de l'art. 1637.

Vous me vendez pour 40,000 fr. une prairie de 1,000 arpents, quoique vous ne soyez propriétaire que des trois quarts, c'est-à-dire de 750 arpents. Depuis le contrat, l'impétuosité du fleuve a enlevé 200 arpents. Sur les 800 arpents restants, le véritable propriétaire du quart m'oblige à me désister de 200 arpents; c'est une éviction d'une part divise. Quelle sera l'étendue de mon recours contre mon vendeur?

Papinien décide que je ne suis censé souffrir éviction que pour un cinquième, et que je ne pourrai répéter contre mon vendeur que 10,000 fr., et non pas le quart du prix total, c'est-à-dire 42,500 fr. Voici sur quel fondement. Si le fleuve n'avait rien enlevé, la perte de 200 arpents que j'éprouve ne serait que du cinquième du total, et le vendeur ne serait tenu que du cinquième. Or les ravages du fleuve

(1) *Junge* MM. Duvergier, n° 377; Marcadé, art. 1636, n° 1.

(2) Sur cette loi, *quæst. Papiniani*, lib. 7.

(3) *De eo quod interest*, nos 111, 112, 113, 114.

(4) Vente, nos 154 à 161.

qui ont englouti 200 arpents sont un fait de force majeure dont le vendeur ne doit pas souffrir, *quia res perit emptori*. Il suit de là que sa responsabilité ne peut être plus grande après qu'avant la perte partielle de la chose.

On a vu du reste ci-dessus (1) que, quand l'éviction est totale, Papinien arrive à une solution différente.

En examinant cette question du point de vue de l'art. 1637, on acquiert la conviction qu'elle doit être résolue aujourd'hui d'après d'autres bases. On ne calcule plus en effet sur le prix total de la chose. On prend cette chose dans l'état où elle se trouve à l'époque de l'éviction, et la valeur de la partie évincée est payée à l'acheteur suivant sa portée à cette même époque.

Ainsi, dans l'espèce, la prairie a été vendue sur le pied de 50 fr. l'arpent. Supposons que ce soit encore le prix d'estimation au moment de l'éviction, l'acheteur aura droit d'exiger contre son vendeur une indemnité de 10,000 fr. pour les 500 arpents dont il a été évincé. Nous arrivons ici au même résultat que Papinien.

Mais plaçons-nous dans une autre hypothèse, et admettons que la valeur de l'arpent soit descendue à 45 fr., ou montée à 55 fr.; sur-le-champ, l'art. 1637 nous conduit à une solution différente. Dans un cas, l'acheteur ne pourra répéter que 9,000 fr.; dans l'autre, son vendeur devra lui payer 11,000 fr. (2).

520. Papinien propose une seconde question sur l'éviction partielle (3).

Se plaçant dans un cas d'éviction d'une part indivise de la chose, il suppose que la prairie de 1,000

(1) N° 489.

(2) Je n'ai pas vu que cette question et les suivantes aient été traitées par M. Duranton.

(3) L. 64, § 1, Dig. *De evict.*

arpents que j'ai achetée pour 50,000 fr. s'est accrue depuis le contrat, par alluvion, et qu'elle est aujourd'hui de 1,200 arpents. Le propriétaire d'un cinquième par indivis me fait condamner à lui délaisser sa cinquième portion, qui, au moyen de l'alluvion, est 240 arpents. Aurai-je mon recours pour un cinquième seulement, ou bien serai-je en droit de me faire indemniser par mon vendeur de ce cinquième, plus la valeur des 40 arpents dont l'alluvion m'avait fait profiter, et que l'éviction m'enlève?

Papinien décide que le vendeur n'est tenu que du cinquième du prix, c'est-à-dire de 10,000 fr. ; car je ne suis évincé que du cinquième des 1,000 arpents qui m'ont été vendus. Les 40 arpents que je suis obligé de délaisser en plus font partie de l'accroissement qui y est survenu plutôt que ce qui m'a été vendu.

Néanmoins, Dumoulin et Pothier font observer que par le second chef de l'action *ex empto*, qui concerne les dommages et intérêts, je pourrai exercer mon recours pour la perte de ces 40 arpents.

Que doit-on décider en présence du droit nouveau créé par l'art. 1637?

D'après la conviction où je suis que cet article s'applique à l'éviction d'une part indivise comme à l'éviction d'une part divisée, je dis qu'il ne faudra plus rechercher dans l'action d'éviction partielle deux chefs distincts, et calculer à part sur le prix et puis ensuite sur les dommages et intérêts. L'art. 1637 veut qu'on procède par une opération unique, abstraction faite du prix total de vente.

Il résultera de là que l'acheteur, ayant été évincé d'un cinquième des 1,200 arpents, aura droit à être indemnisé de la totalité de ce que l'éviction lui a enlevé suivant l'estimation qui en sera faite au temps de la dépossession. Ainsi, si les 1,200 arpents valent 60,000 fr., l'acheteur récupérera sur son vendeur 12,000 francs.

Jusqu'ici nous retombons dans les solutions données par Dumoulin et Pothier, d'après Papinien.

Mais supposons que l'acheteur, au lieu de voir augmenter les bénéfices de son marché, vienne à y perdre par l'évènement. Il a acheté 1,000 arpents. La rivière en emporte 200, et bientôt il est évincé du quart des 800 arpents qui restent.

L'arpent valant 50 fr., 800 arpents vaudront 40,000 francs, et l'acheteur exercera son recours pour le quart de ces 40,000 fr., c'est-à-dire pour 10,000 fr.

Si l'arpent vaut 55 fr., les 800 arpents, dont le quart est enlevé à l'acheteur, vaudront 44,000 fr., et l'action d'éviction procurera une indemnité de 11,000 fr.

Si l'arpent ne vaut que 45 francs, l'indemnité sera de 9,000 fr.

521. Enfin Papinien propose une troisième question (1).

La rivière a dévoré 200 arpents sur les 1,000 dont se composait la prairie, et que j'ai payés 50,000 fr. ; mais depuis, elle a fait d'un autre côté une accrue de pareille quantité. Postérieurement, je suis évincé d'un cinquième par un tiers, dont mon vendeur m'avait laissé ignorer les droits. Que serai-je en droit de réclamer contre mon garant?

Papinien limite le recours pour le prix au prorata du cinquième des 800 arpents, c'est-à-dire à 8,000 fr., et il ne veut pas qu'on tienne compte, sur ce chef de l'action *ex empto*, des 200 arpents produits par l'alluvion.

Ce n'est que quand il s'agit d'arbitrer les dommages et intérêts que Dumoulin et Pothier, interprétant la pensée de Papinien, enseignent que les quarante arpents acquis par l'action du fleuve, et enlevés à l'acheteur par l'éviction, devront faire la base d'un chef de répétition.

(1) L. 64, § 2, Dig. De evict.

En vertu de notre article, on procédera par d'autres voies. On prendra la prairie dans l'état où elle se trouve au moment de l'éviction; on l'estimera avec les 200 arpents d'alluvion, suivant sa valeur actuelle, et le cinquième de cette valeur sera attribué à l'acheteur. S'il y a plus-value sur le prix d'acquisition, et que l'immeuble vaille 55,000 francs, l'acheteur aura droit à une indemnité de 11,000 francs pour le cinquième évincé. Si la valeur est inférieure, et qu'elle soit de 45,000 francs, il ne réclamera que 9,000 fr.

522. On demande si l'article 1637 est applicable à l'éviction qui a lieu après une vente sur expropriation forcée.

L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Toulouse du 24 janvier 1826 (1). Mais cette décision me paraît consacrer un paradoxe. Elle prend pour point de départ une opinion contraire à tous les principes du droit, et qui veut que l'adjudicataire ait une action en éviction, et par conséquent en indemnité (2), contre le créancier poursuivant (3). La vérité est que l'adjudicataire n'a que la simple action connue en droit sous le nom de *condictio indebiti*; ayant payé par erreur, il n'a droit qu'à une répétition du prix au prorata de ce dont il a été évincé. Or j'ai dit plusieurs fois, d'après Dumoulin, que quand il s'agit de récupérer le prix ou portion du prix, c'est l'époque de la vente qu'il faut considérer.

Ce n'est que lorsqu'il y a lieu à accorder des dommages et intérêts qu'on doit prendre en considération, avec notre article, l'époque de l'éviction. L'article 1637 sera donc écarté. La section sous laquelle il est placé en fait d'ailleurs une loi. Il rentre dans la matière de la garantie. Il fait suite à une série d'articles dont le premier, l'art. 1630, commence par ces

(1) Dalloz, 26, 2, 115. — *Junge M. Duvergier*, n° 377.

(2) Le mot se trouve dans le texte de l'arrêt.

(3) J'ai réfuté ci-dessus (n° 432) cette opinion.

mots : *Lorsque la garantie a été promise*, etc.; il a été fait pour le cas où il y a lieu à recours en garantie contre le vendeur. Or, ici, il faut reconnaître qu'aucune obligation de ce genre ne se rencontre.

La cour de Toulouse, qui a voulu à toute force un article du Code pour décider la question, ne s'est rattachée à l'article 1637 qu'en désespoir de cause, n'en trouvant aucun autre qui touchât de plus près à la difficulté. Si elle y eût fait attention, elle aurait vu que l'art. 1619 offrait une analogie bien plus exacte (1).

523. Une autre erreur est échappée à la cour de Dijon (2). Elle a cru pouvoir appliquer l'art. 1637 au saisi ou à ses héritiers, ainsi qu'à ses créanciers postérieurs à la cause du trouble.

Voyons l'espèce de cet arrêt.

Dessauze vend à Dufour le pré de la *Foi franche*; il prend inscription pour sûreté du prix le 13 mars 1814.

En 1815, Dufour tombe en déconfiture; tous ses biens sont vendus par expropriation forcée et Fénéon s'en rend adjudicataire.

Mais Dessauze, qui n'avait pas été payé du prix du pré de la *Foi franche*, obtient jugement qui ordonne distraction à son profit de cet immeuble. Ainsi Fénéon se trouve évincé d'une part divise des objets qu'il avait achetés sur l'expropriation forcée. Il demande à être indemnisé suivant la valeur réelle du pré au moment de l'éviction; les créanciers soutiennent au contraire qu'il n'a droit qu'à une diminution sur le prix proportionnellement à la somme pour laquelle le pré est entré dans sa fixation. Ce système est adopté par le jugement de première instance.

Sur l'appel, Fénéon fait une distinction entre les créanciers de Dufour porteurs d'inscriptions antérieures à l'inscription de Dessauze, et les créanciers inscrits postérieurement à cette inscription. A l'égard

(1) V. n° 343, *suprà*.

(2) Arrêt du 8 février 1817 (Dal., Vente, 884).

des premiers, il consent qu'il ne soit fait distraction que de la somme pour laquelle le pré est entré dans le prix ; mais, à l'égard des autres, il persiste dans la prétention qu'il avait manifestée en première instance.

Sur ce débat, arrêt qui considère « que tout acquéreur évincé a droit à des dommages et intérêts proportionnés à la valeur réelle de l'objet vendu ; que, dans le cas particulier, les créanciers de Dufour, dont l'inscription est antérieure à celle de Dessauze, ont seuls intérêt à ce qu'il ne soit fait distraction au profit de Fénéon que de l'estimation par ventilation de l'objet dont il a été évincé ; mais que, relativement aux créanciers postérieurs et aux veuve et héritiers Dufour, ils doivent souffrir cette distraction à quelque somme que l'estimation des dommages et intérêts la fasse monter. »

Voilà, il faut l'avouer, une décision étrange.

La cour de Dijon distribue les créanciers en deux classes, l'une composée de ceux qui n'ont pas connu l'inscription de Dessauze, l'autre de ceux qui l'ont connue. Pour savoir au juste sur quel fondement la cour a fait cette distinction, il faudrait qu'elle eût pris la peine de l'expliquer.

Après plus d'une conjecture, je me suis arrêté à l'idée que la cour de Dijon avait raisonné ainsi qu'il suit : elle aura dit aux premiers créanciers : Vous ne connaissiez pas la cause de l'éviction ; vous avez vendu de bonne foi, croyant que Dufour était propriétaire du pré de la *Foi franche* ; vous ne supporterez donc qu'une répétition de partie du prix, parce que vous ne pouvez vous enrichir aux dépens d'autrui.

Puis, elle aura dit aux autres : Vous connaissiez l'inscription de Dessauze ; vous saviez qu'il y avait sur le pré de la *Foi franche* une cause d'éviction ; vous devez donc être tenus des dommages et intérêts comme garants.

Mais tout cela est inadmissible.

Ou les créanciers sont vendeurs, ou ils ne le sont pas. S'ils sont vendeurs, ils doivent tous être tenus des dommages et intérêts, soit qu'ils aient connu ou non la cause de l'éviction. C'est une règle triviale en droit que le vendeur est garant, quand même il aurait vendu de bonne foi la chose d'autrui (1).

S'ils ne sont pas vendeurs, on ne conçoit pas que la vente puisse donner matière à demander contre eux des dommages et intérêts, puisque cette vente n'est pas de leur fait.

Dans un système comme dans l'autre, la cour de Dijon s'est donc toujours placée dans le faux.

Après cela, je ne dirai rien pour établir qu'elle a fait peser sur les héritiers du saisi une obligation rigoureuse dont ils n'étaient pas débiteurs. N'est-il pas absurde de rendre le saisi responsable des mécomptes survenus par suite d'une vente faite par voie coercitive et malgré lui ? Je renvoie à ce que j'ai dit au numéro précédent et au n° 432.

Enfin, si l'inscription de Dessauze avait fait connaître à quelques-uns des créanciers la cause de l'éviction, l'adjudicataire, pour qui la même inscription n'était pas moins notoire, pouvait-il prétendre cause d'ignorance ? La connaissance qu'il avait de la possibilité du trouble ne devait-elle pas fermer tout accès à une demande en dommages et intérêts (2) ?

ARTICLE 1638.

Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance

(1) *Suprà*, n° 232, art. 1630. *Infra*, n° 524. Pothier, Vente, n° 437.

(2) Art. 1629, et *suprà*, nos 449, 481, 483.

des premiers, il consent qu'il ne soit fait distraction que de la somme pour laquelle le pré est entré dans le prix ; mais, à l'égard des autres, il persiste dans la prétention qu'il avait manifestée en première instance.

Sur ce débat, arrêt qui considère « que tout acquéreur évincé a droit à des dommages et intérêts proportionnés à la valeur réelle de l'objet vendu ; que, dans le cas particulier, les créanciers de Dufour, dont l'inscription est antérieure à celle de Dessauze, ont seuls intérêt à ce qu'il ne soit fait distraction au profit de Fénéon que de l'estimation par ventilation de l'objet dont il a été évincé ; mais que, relativement aux créanciers postérieurs et aux veuve et héritiers Dufour, ils doivent souffrir cette distraction à quelque somme que l'estimation des dommages et intérêts la fasse monter. »

Voilà, il faut l'avouer, une décision étrange.

La cour de Dijon distribue les créanciers en deux classes, l'une composée de ceux qui n'ont pas connu l'inscription de Dessauze, l'autre de ceux qui l'ont connue. Pour savoir au juste sur quel fondement la cour a fait cette distinction, il faudrait qu'elle eût pris la peine de l'expliquer.

Après plus d'une conjecture, je me suis arrêté à l'idée que la cour de Dijon avait raisonné ainsi qu'il suit : elle aura dit aux premiers créanciers : Vous ne connaissiez pas la cause de l'éviction ; vous avez vendu de bonne foi, croyant que Dufour était propriétaire du pré de la *Foi franche* ; vous ne supporterez donc qu'une répétition de partie du prix, parce que vous ne pouvez vous enrichir aux dépens d'autrui.

Puis, elle aura dit aux autres : Vous connaissiez l'inscription de Dessauze ; vous saviez qu'il y avait sur le pré de la *Foi franche* une cause d'éviction ; vous devez donc être tenus des dommages et intérêts comme garants.

Mais tout cela est inadmissible.

Ou les créanciers sont vendeurs, ou ils ne le sont pas. S'ils sont vendeurs, ils doivent tous être tenus des dommages et intérêts, soit qu'ils aient connu ou non la cause de l'éviction. C'est une règle triviale en droit que le vendeur est garant, quand même il aurait vendu de bonne foi la chose d'autrui (1).

S'ils ne sont pas vendeurs, on ne conçoit pas que la vente puisse donner matière à demander contre eux des dommages et intérêts, puisque cette vente n'est pas de leur fait.

Dans un système comme dans l'autre, la cour de Dijon s'est donc toujours placée dans le faux.

Après cela, je ne dirai rien pour établir qu'elle a fait peser sur les héritiers du saisi une obligation rigoureuse dont ils n'étaient pas débiteurs. N'est-il pas absurde de rendre le saisi responsable des mécomptes survenus par suite d'une vente faite par voie coercitive et malgré lui ? Je renvoie à ce que j'ai dit au numéro précédent et au n° 432.

Enfin, si l'inscription de Dessauze avait fait connaître à quelques-uns des créanciers la cause de l'éviction, l'adjudicataire, pour qui la même inscription n'était pas moins notoire, pouvait-il prétendre cause d'ignorance ? La connaissance qu'il avait de la possibilité du trouble ne devait-elle pas fermer tout accès à une demande en dommages et intérêts (2) ?

ARTICLE 1638.

Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance

(1) *Suprà*, n° 232, art. 1630. *Infra*, n° 524. Pothier, Vente, n° 437.

(2) Art. 1629, et *suprà*, nos 449, 481, 483.

qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité.

SOMMAIRE.

524. Le vendeur doit garantir l'acheteur des charges non déclarées ou non visibles qui diminuent la valeur de la chose. La bonne foi du vendeur est prise ici en considération. Raison de cela, et pourquoi on n'y a pas égard quand il y a éviction d'une partie matérielle de la chose.
525. Pour que l'acheteur puisse se plaindre, il faut qu'il ait été induit en erreur.
526. Il n'a pas droit à être garanti des servitudes visibles. Anecdote à l'appui de ce principe, rapportée par Cicéron.
527. Mais le vendeur serait garant, même des servitudes visibles, s'il s'était soumis à la garantie. De la clause : *Franc et quitte de toute charge quelconque.*
528. Si la charge est occulte, et que le vendeur ne l'ait pas déclarée, l'acheteur pourra exercer son recours, à moins qu'un pacte exprès n'ait dérogé aux règles générales sur la garantie.
529. De la clause : *Telle qu'elle se poursuit et se comporte.* Exempte-t-elle le vendeur de la garantie pour servitudes occultes ? De la clause : *Ainsi que le vendeur en a joui, ou avec ses droits et actions.*
530. De la clause : *Ainsi que l'immeuble se poursuit et comporte, et que l'acheteur a déclaré bien connaître.*
531. De la clause : *Ainsi que l'immeuble se comporte avec ses servitudes, tant actives que passives; ou bien, chargé de ses charges; ou bien, avec les mêmes charges que le vendeur les possédait.* Rejet d'une opinion trop rigoureuse de la cour d'Agen et de la Cour de cassation. Ces clauses sont bien souvent de style. Verbiage inutile dans nos actes notariés.
532. *Quid* si la servitude était énoncée dans les titres remis à l'acheteur ?
533. Ce que comprend l'action en garantie de l'acheteur : 1^o résolution; 2^o sinon, diminution de prix; 3^o dommages et intérêts si le vendeur était de mauvaise foi.
534. Le vendeur doit des dommages et intérêts s'il a vendu la chose franche.

535. Renvoi pour la question de savoir si l'art. 1638 s'applique aux ventes forcées.

COMMENTAIRE.

524. Nous avons vu ci dessus que le vendeur doit faire passer en la possession et puissance de l'acheteur la chose que celui-ci a achetée avec l'intention d'en devenir propriétaire (art. 1604).

Plusieurs conséquences de cette obligation ont déjà passé sous nos yeux, et nous avons vu particulièrement que le vendeur est tenu, soit de délivrer à l'acheteur la contenance énoncée dans le contrat, soit de le faire jouir de la totalité de l'objet dont il lui a fait tradition, c'est-à-dire de le garantir de l'éviction qu'il souffre, soit de la chose même, soit d'une de ses parties matérielles.

Notre article place à côté de ces devoirs du vendeur une nouvelle conséquence de son obligation principale de faire jouir l'acheteur. C'est de faire cesser le trouble occasionné par les tiers, qui viendraient faire peser sur la chose vendue une charge non prévue, et de nature à en diminuer la commodité et la valeur.

La raison de cette disposition se comprend facilement.

Lorsque le vendeur aliène la chose qui lui appartient, la bonne foi lui ordonne de déclarer à l'acheteur ces sortes de charges; il les connaît presque toujours, ou il est censé les connaître; il y a dol de sa part s'il les dissimule. L'acheteur a donc droit à une réparation. Nous dirons tout à l'heure laquelle.

Si le vendeur ne connaissait pas les charges, il ne serait pas moins tenu de garantir l'acheteur. Car il y aurait diminution de l'émolument de la chose qu'il a vendue comme investie des qualités dont on reconnaît plus tard qu'elle est dépourvue. Il aurait déçu l'acheteur par son ignorance, et lui aurait promis plus qu'il ne peut lui tenir. « Dummodò sciamus vendi-

» torem, etiamsi ignoravit ea quæ ædiles præstari
 » jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum.
 » Potuit enim ea nota habere venditor. Nec interest
 » emptoris cur fallatur ignorantia venditoris an cal-
 » luiditate (1). »

Nous verrons cependant tout à l'heure (2) que l'erreur du vendeur n'entraîne pas une responsabilité aussi étendue que sa mauvaise foi. Mais lorsque le texte que nous venons de citer tient le langage qu'on a lu, il ne fait allusion qu'à l'action *quanti minoris* ou en diminution de prix, et non pas aux dommages et intérêts (3). Car, dans le second recours de l'acheteur contre le vendeur, la bonne foi de ce dernier est prise en considération, ce qui n'a pas lieu dans le cas où l'acheteur est dépouillé d'une partie matérielle de la chose vendue (4).

La raison de cette différence est qu'une erreur sur un droit accessoire attaché à une chose, sur une qualité secondaire, sur un degré de bonté plus ou moins grand, est beaucoup plus excusable qu'une erreur sur le fond du droit principal. Dans l'hypothèse de l'art. 1638, la chose, considérée matériellement et quant à sa contenance, reste ce que le vendeur avait promis lors du contrat. Le droit de propriété est certain. Le tréfonds demeure entier; seulement la liberté de la chose se trouve gênée. On sent qu'un pareil événement n'est pas en général aussi grave que celui qui enlève à l'acheteur la chose même ou une portion matérielle et intégrante de cette chose. Nul n'est excusable d'être dans l'erreur sur son droit principal de propriété. Au contraire, il arrive très souvent qu'on est pardonnable de s'être mépris sur

(1) Ulpien, l. 4, § 2, Dig. *De cedil. edicto*. Voët, ad Pand., d. tit., n° 40.

(2) Nos 533, 534.

(3) Favre, Code, lib. 4, t. 33, def. 1. note 8.

(4) *Suprà*, nos 232 et 523, et art. 1630.

un droit secondaire dont les sens n'ont pas été frappés.

525. Mais, pour que l'acheteur puisse se plaindre, il faut qu'il ait été induit en erreur. Car, s'il a connu la charge dont l'immeuble était grevé, l'obligation de garantir cesse tout-à-fait. On sait que c'est là, en matière de garantie, un principe fondamental. Nous l'avons exposé ailleurs (1). Notre article le reconnaît ici en termes exprès.

526. Il suit de là que l'acheteur n'a pas droit à être garanti des servitudes visibles, telles que gouttière, égout, fenêtre, etc. En visitant la maison pour acheter, il lui a été facile de s'assurer de l'existence de ces charges, dont l'existence frappe les sens (2).

Cicéron raconte, dans son excellent livre des Offices, une anecdote qui vient à l'appui de notre principe.

Marcus Gratidianus avait revendu à Sergius Orata une maison qu'il avait achetée à celui-ci quelque temps auparavant. Elle devait une servitude que Marcus Gratidianus n'avait pas déclarée dans le contrat. L'affaire fut portée en jugement. Crassus défendait Orata, et Antoine, Gratidianus. Crassus, s'appuyant sur la lettre de la loi, alléguait le droit qui condamne au dédommagement le vendeur qui ne déclare pas les défauts qu'il connaît. Antoine se fondait sur l'équité, soutenant que cette charge était connue de Sergius, puisqu'il avait lui-même autrefois vendu et possédé cette maison, qu'il n'était donc pas nécessaire de déclarer la servitude; quelle apparence, disait-il, qu'il y ait déception, lorsque l'acquéreur devait bien con-

(1) *Suprà*, nos 418, 481, 483, etc.

(2) Pothier, Vente, n° 200. Arrêt de la Cour de cassation du 12 août 1812 (Daloz, Vente, p. 885). Autres de la cour de Paris du 13 janvier 1810, et de la cour de Bruxelles du 16 février 1820 (Dal., *loc. cit.*, p. 886, 887). — *Junge* Paris, 2 août 1853 (Devill. 51, 2, 438). V. aussi M. Marcadé, art. 1638, n° 1.

naître les charges de la propriété qu'il avait achetée (1)?

Cicéron ne nous fait pas connaître la décision du magistrat; mais elle ne pouvait être douteuse, et toute l'éloquence de Crassus ne put probablement préserver Orata du rejet de sa demande.

527. Il en serait autrement si le vendeur, par dérogation aux principes généraux, s'était soumis à la garantie.

L'obligation exceptionnelle de garantie ressortirait suffisamment de la clause par laquelle le vendeur aurait vendu la chose franche et libre de toute charge et servitude. Cette stipulation répond à celle que les Romains avaient coutume d'exprimer par ces mots: *Uti maximus optimusque est*; elle astreint le vendeur à faire cesser la servitude ou à indemniser l'acheteur. « *Hoc significat*, dit Paul (2), *ut liberum præstetur prædium*, » ou bien encore, comme dit Ulpien, *nulli servire* (3).

528. Si la servitude est occulte, et que le vendeur ne l'ait pas déclarée, il est tenu, de droit, de garantir l'acheteur. L'acheteur pourra donc exercer son recours si, par exemple, la forêt qu'il achète est grevée d'un droit d'usage qui lui a été caché; si la maison qui fait l'objet de la vente doit un droit de passage qui ne s'annonce pas par des ouvrages extérieurs; si l'une de ses parties est frappée d'une prohibition d'élever au-dessus d'une certaine hauteur, etc.

J'emprunte à Cicéron le fait suivant, qui est devenu célèbre dans la matière qui nous occupe (4).

Les augures, ayant à exercer leurs fonctions sur le Capitole, ordonnèrent à T. Claudius Centimalius, qui avait une maison située sur le mont Coelius, d'en dé-

(1) Off., lib. 3, n° 17.

(2) L. 169, Dig. De verb. signif.

(3) L. 90, Dig. De verb. signif.

(4) Offic., lib. 3, c. 16.

molir une partie dont la hauteur gênait les observations. Claudius la mit en vente; elle fut achetée par P. Calpurnius Lanarius. Les augures lui firent la même sommation. Calpurnius obéit; mais, ayant reconnu que Claudius n'avait mis en vente sa maison qu'après avoir reçu des augures l'ordre de la démolir, il le traduisit en justice. L'affaire fut jugée par M. Caton, père du grand Caton. Ce juge prononça donc que le vendeur, sachant l'ordre des augures et ne l'ayant pas déclaré, devait une indemnité à l'acquéreur. Ce jugement est aussi rapporté par Valère-Maxime, qui ajoute: « *Summâ quidem cum æquitate: quia bonæ fidei venditorem, nec commodorum spem augere, nec incommodorum cognitionem obscurare oportet* (1). »

Mais le vendeur pourra-t-il, par une convention expresse, mettre ces servitudes à la charge de l'acheteur? — Pour répondre à cette question, une distinction est nécessaire: ou le vendeur connaissait la servitude dont l'immeuble est grevé, ou il ne la connaissait pas.

Si le vendeur connaissait la servitude ou la charge, et qu'il l'ait dissimulée, il ne s'exemptera pas de l'obligation de garantir l'acheteur par une clause générale de non-garantie (2). Sa réticence constituerait un dol qui ne pourrait lui profiter. Tout l'avantage qu'il retirerait de cette clause serait de n'être pas tenu de payer des dommages et intérêts (3); mais il n'échapperait pas à l'action *quantum minoris*, ou

(1) Lib. 8, c. 2.

(2) Arg. de l'art. 1613 C. civ., *infra*, n° 560. L. 13, § 6, D., De act. empt. L. 39, D. même titre. L. 69, § 5, D. De evictionibus. Le président Favre, Cod., lib. 4, t. 33, def. 1. Brunemann, sur la loi 1, § 1, D. De act. empt., et sur la loi 61, D. De ædil. edicto. Je lis dans son commentaire de cette dernière loi: « *Omninò tenetur venditor (licet potestatus fuerit se nolle teneri de servitute), bonâ fide, servitutes cognitas, significare.* »

(3) *Infra*, n° 533.

à l'action en résiliation dont nous parlerons plus tard (1).

Toutefois, s'il était convenu que la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur, je pense que le vendeur serait déchargé de tout recours. Nous avons vu, par l'art. 1629, qu'une telle stipulation a des effets bien plus étendus que la simple cause de non-garantie.

Remarquons, au surplus, que le vendeur est censé connaître l'existence de la servitude lorsqu'il a dû en avoir connaissance. » *Sciens est, dit Cujas, qui scire debuit; nam in jure hæc paria semper, scire vel scire debere, id est, obtendere ignorantiam non justam* (2). » Mais on excuse facilement l'héritier qui, avant de s'être immiscé dans la succession ou d'en avoir scruté tous les détails, a juste sujet de ne pas connaître la condition de la chose (3).

Quand le vendeur n'a pas eu connaissance de la charge ou de la servitude, il se met à l'abri de tout recours par la stipulation qu'il ne sera tenu d'aucune garantie (4). Cette clause, jointe à sa bonne foi, ne laisse à l'acheteur aucun prétexte pour se plaindre.

Les praticiens ont coutume d'insérer dans les actes qu'ils rédigent des formules d'exemption plus ou moins larges. Mais l'abus qu'ils en font, la facilité avec laquelle ils les prodiguent, devront être pris en considération par le juge, pour apprécier, suivant les cas, l'importance qu'il convient de leur attribuer.

Examinons, du reste, en elle-même, la portée de plusieurs de ces clauses. On est loin d'être d'accord sur l'effet qu'elles doivent produire.

(1) *Infra.* n° 533. *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 302; M. Delvincourt, t. 3, p. 150, note 5.

(2) Sur la loi 21, § 1, D. *De act. empti.* l. 2, § 1, l. 1, § 1.

(3) L. 21, § 1, D. *De act. empti.* l. 1, § 1, l. 1, § 1.

(4) Arg. de l'art. 1613, l. 39, D. *De act. empti.* l. 1, § 1, l. 1, § 1.

529. La première est celle-ci : *Telle qu'elle se poursuit et se comporte*, dont l'origine est fort ancienne, et dont l'usage est très fréquent (1). On demande si, lorsque la chose est ainsi vendue, le vendeur est affranchi de tout recours pour les servitudes occultes et non déclarées dans le contrat.

Sans doute, si le vendeur connaissait l'état de l'immeuble, c'est en vain qu'il aurait cru échapper à la garantie par la clause dont il s'agit; telle est la conséquence de la distinction que j'ai faite au numéro précédent. Voët le décide ainsi d'une manière expresse (2). Mais la question est plus difficile lorsque le vendeur est de bonne foi. Perezius (3) veut que la stipulation, *qualis est fundus, sit tibi emptus*, écarte le recours en garantie (4). Domat (5) assure au contraire que ces stipulations, *comme il se comporte, ainsi que le vendeur en a joui, avec ses droits et conditions*, n'empêchent pas que le vendeur ne demeure garant des servitudes cachées et des charges inconnues. Bourjon est du même avis, et il va même jusqu'à dire que le vendeur est tenu des charges visibles (6). La raison qu'il en donne est que *ces expressions ne s'entendent que de ce qui est réel et actif, et ne s'entendent pas de ce qui est passif, sur quoi le vendeur a dû s'expliquer clairement*.

Pour moi, je suis disposé à croire qu'une clause

(1) On en trouve un exemple dans la loi 81, § 1, Dig. *De cont. empt.*

(2) *De cætero venditorem qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit ac protestatus se rem vendere qualis est, nec de vitis ejus morbisve teneri* (ad Pand. *De cæditio edicto*, n° 10).

(3) Sur le Code *De act. empti*, n° 9. Il cite la glose, Caldas et Gomez.

(4) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 302.

(5) Liv. 1, t. 2, § 11, n° 43. Mais il cite à tort la loi 81, § 2, D. *De cont. empt.*, qui ne décide rien de semblable.

(6) T. 1, p. 481, n° 40. Cette opinion est évidemment exagérée en ce qui concerne les charges visibles.

aussi banale que celle qui nous occupe doit rester sans effet; elle est devenue de style, et les parties n'y attachent aucune importance. Il n'y a même pas de donation où on ne la trouve tout au long (1), quoique assurément elle soit bien dénuée de portée dans de pareils actes. Ce serait évidemment tromper la pensée des contractants que de voir dans une phrase ainsi jetée par habitude une dispense de garantie (2).

530. Il est une clause plus extensive que la précédente, et qui est ainsi conçue: *Ainsi que l'immeuble se poursuit et se comporte, ET QUE L'ACHETEUR A DIT BIEN CONNAÎTRE.*

Je crois inutile de dire qu'elle serait sans profit pour le vendeur qui aurait tu la servitude qu'il connaissait; mais, en ce qui concerne le vendeur de bonne foi, Loyseau (3) veut qu'elle exempte le vendeur de la garantie dans le cas où il y est astreint, et je lis dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 février 1829: « Attendu que le demandeur, en déclarant connaître l'état des lieux, s'est soumis par le contrat à souffrir toutes les servitudes passives, apparentes ou occultes, dont le fonds était grevé (4). »

Les circonstances de l'acte influent toujours beaucoup sur les décisions de pareilles questions. Toutefois, dans le doute, je serais enclin à adopter une opinion contraire. Les énonciations dont je viens de parler, outre qu'elles sont presque toujours de style (5), portent en général sur ce qui est apparent.

(1) V. les formules de Marculfe, liv. 2, form. 3. On y lit, dans la formule d'une donation: *Sicut à nobis moderno tempore possidetur.*

(2) V. *infra*, n° 555, un exemple. — V. *Rej.* 17 janvier 1842; Bourges, 7 mars 1853 (*J. Pal.* 1853, t. 2, p. 92; *Devill.* 42, 1, 559).

(3) Garantie des rentes, ch. 1, n° 16.

(4) *Dalloz*, 29, 1, 161.

(5) Marculfe, liv. 2, form. 14, dit, dans une formule de vente, *Mansis, domibus, TOTUM ET AD INTEGRUM RE INEXQUISITA.*

C'est l'état visible de la chose que l'acheteur déclare connaître. Mais comment peut-il deviner les charges cachées, si son vendeur ne les lui a pas déclarées? et si elles lui ont été déclarées, pourquoi n'ont-elles pas été énoncées dans le contrat? On sait que ce n'est pas par la sobriété dans les mots que pèchent nos actes notariés. Il faut rester fidèle au principe que, dans le doute, l'interprétation doit se prononcer contre le vendeur.

531. On rencontre dans les actes de vente une autre clause que nous devons examiner, quoique dans cette matière le point de fait domine presque toujours devant les tribunaux sur les interprétations à priori données par les auteurs (1). C'est celle-ci: *Avec ses servitudes tant actives que passives; ou bien, chargé de ses charges; ou bien, avec les mêmes droits et charges que le vendeur les possédait.*

Reprenons avant tout notre distinction entre le vendeur qui connaît la charge et le vendeur qui l'ignore.

Le premier devait transmettre à l'acquéreur la connaissance positive de la servitude qu'il savait due. En s'enveloppant dans un langage équivoque, il s'est rendu coupable d'une réticence qui ne saurait tourner contre l'acheteur. Les lois romaines le décidaient ainsi dans des cas qui ont avec le nôtre beaucoup d'analogie. Un individu vendant son fonds, et sachant qu'il était grevé de plusieurs servitudes, avait dit vaguement: *Servitudes, si quæ debentur, debebuntur.* Mais Modestin répond qu'il sera tenu par l'action *ex empto* (2); il en est de même s'il s'était borné à l'in-

(1) Jugé en ce sens que quand les énonciations sont telles que l'acquéreur a pu connaître l'étendue et la condition de la servitude, l'art. 1638 cesse d'être applicable, et que les tribunaux ont, à cet égard, un droit d'appréciation qui échappe à la censure de la Cour de Cassation. *Cass.*, 23 juin 1851 et 2 fév. 1852 (*Devill.* 51, 1, 728; 53, 1, 191).

(2) L. 39, D. *De act. empti.*

sersion de cette clause : *Les droits de chemin et de sentier resteront au même état, ou continueront d'appartenir à ceux à qui ils sont dus* (1). Toutes ces clauses sont trop ambiguës pour décharger le vendeur. Ce sont des formules adroitement glissées pour surprendre l'acheteur et lui représenter comme douteux des services onéreux qui ne sont que trop certains. Aussi est-ce comme des ruses répréhensibles que les lois romaines les envisagent, et Cujas s'en explique dans ces termes énergiques : « Si venditor, cum sciret, fundum quem vendebat, debere vicino servitutem aliquam, id reticuerit, et ut verbis rem infuscaret, et quoquo modo, si fieri possit, sese obligatione exueret, perfusorie et generaliter ita vendendo dixit : *si quæ debentur, debebuntur, et nihil dixit de eâ quam sciebat deberi, hic sermo generalis captiosus est, nec venditorem excusat* (2). »

Les preuves abondent pour justifier que la jurisprudence française s'est toujours conformée à ces principes du droit romain. Bouyot (3) et Brillouin (4) citent un arrêt du parlement de Bourgogne du 26 avril 1605, duquel il résulte qu'un contrat par lequel un particulier avait vendu un héritage chargé de ses charges, sans déclarer une cense qu'il savait due, ne peut subsister. D'Olive (5) rapporte un arrêt du parlement de Toulouse du 7 juillet 1633, par lequel la demoiselle de Salinier, ayant vendu à Roux une maison avec les tailles et charges quelconques qu'elle se trouverait faire, fut condamnée à garantir l'acquéreur de la moins-value occasionnée par une charge qu'elle n'avait pas expressément déclarée, quoiqu'elle sût la devoir. C'est aussi ce qu'a jugé la cour de Colmar par

(1) Scævola, l. 69, § 5, D. *De evictionibus*. Junge Ulpien, l. 13, § 6, D. *De act. empt.*, et loi 1, § 1, même titre.

(2) Sur la loi 39, D. *De actionib. empti*.

(3) Arrêts de Bourgogne, *Vente*, q. 38.

(4) Dictionn. des arrêts, v. *Vente*.

(5) Quest. notables, liv. 4, ch. 24.

arrêt du 26 décembre 1821 (1), dans une espèce où le vendeur, connaissant l'existence d'un canon emphytéotique dont l'immeuble vendu était grevé, s'était retranché derrière la clause avec les mêmes droits et charges qu'il l'avait acquis et possédé. Ainsi, l'on doit tenir pour constant qu'aucune des clauses ci-dessus énumérées n'est assez puissante pour donner à la vente le caractère d'un contrat à tous risques et périls, et que la garantie peut être exigée (2).

Mais en sera-t-il de même si le vendeur est de bonne foi ? A cette question, le jurisconsulte Modestin répond que la stipulation, *si quæ servitutes debentur, debebuntur*, est suffisante pour exempter de la garantie le vendeur qui a été dans l'ignorance et qui n'a pu faire connaître à l'acheteur le véritable état des choses (3). La Cour de cassation a aussi décidé, par arrêt du 6 mars 1817 (4), que la stipulation avec charges de toutes servitudes actives et passives, apparentes et occultes, est de nature à affranchir un vendeur de bonne foi, quand même la servitude qui pèse sur l'immeuble serait un droit d'usage. Je crois, en effet, que dans l'exemple donné par la loi romaine, ainsi que dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, la stipulation était assez large et assez formelle pour équivaloir à une clause de non-garantie (5). Ce n'était pas là une de ces phrases banales qui glissent inaper-

(1) Dalloz, *Vente*, p. 887, note 1, n° 2.

(2) Un arrêt de la cour d'Agen, du 30 octobre 1830 (D. 31, 2, 76) qui paraît contraire dans l'un de ses considérants, s'explique néanmoins, si l'on fait attention que la cour finit par énoncer en fait que l'acquéreur connaissait la charge.

(3) L. 39, D. *De act. empti*.

(4) Dalloz, *Servitudes*, p. 7 et 8.

(5) On pourrait néanmoins se demander, en examinant l'arrêt de la Cour de cassation, si la clause d'exemption de servitudes occultes devait s'étendre, dans l'intention des parties, à un droit d'usage. Des doutes sérieux peuvent s'élever ; mais ils ne peuvent être résolus que par les faits de chaque espèce.

ques, et dont on peut dire *sine mente sonum*. L'attention de l'acheteur avait été éveillée, et il ne pouvait se plaindre d'aucune surprise. Mais si, au lieu d'une stipulation de cette nature, l'acte n'avait fait que se surcharger de ses expressions parasites et machinales qui obscurcissent les contrats notariés, il ne faudrait pas avoir égard à ce verbiage. On devrait se souvenir de cette remarque d'Huberus : « *Ejusmodi clausulam, cum juribus, commodis ac servitutibus, quæ in stylum complementi notarialis abiit, non posse venditorem tueri à præstatione rerum, quibus ex natura contractus teneatur* (1). » Au surplus, c'est au juge à apprécier dans sa justice la portée de pareilles clauses, et à trouver sous leur enveloppe, souvent trompeuse, quelle a été la véritable intention des parties.

532. Mais que devrait-on décider si la servitude était énoncée dans les titres remis à l'acheteur ?

La solution dépend des circonstances.

1° Si la vente porte que la chose est franche et libre, le vendeur devra garantir; car il y a lieu de croire qu'il s'est obligé à faire disparaître la charge (2).

2° Si la vente est muette, et que les titres aient été remis à l'acheteur avant la passation de l'acte, je crois que le vendeur sera affranchi de toute garantie. Les titres n'ont été communiqués à l'acheteur que pour qu'il les examinât avec soin, et l'on doit supposer qu'il n'a pas été assez négligent pour ne pas les lire. La remise du titre contenant la mention de la servitude équivaut donc à une déclaration de l'existence de cette charge.

3° Enfin si la vente se consomme sans avertir l'acheteur, et que les titres ne lui soient remis qu'après la passation du contrat, comme cela arrive souvent (argument de l'article 1605), le vendeur devra ga-

(1) Sur le tit. *De evict.*, n° 10.

(2) Bourjon, t. 1, p. 484, n° 42.

rantir. Les conditions de notre article se réaliseront.

533. Examinons maintenant ce que comprend l'action en garantie de l'acheteur.

Si les servitudes ou autres charges occultes sont de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat. Ceci est laissé à l'arbitrage du juge (1). Si la vente est résiliée, l'acheteur doit la chose, et le prix lui est restitué (2).

Si la servitude n'a pas une importance assez grande pour faire supposer que l'acquéreur n'aurait pas acheté, il aura une action en indemnité. Cette action s'appelait par le droit romain *quanti minoris*. Elle a pour objet de faire condamner le vendeur à supporter, à dire d'experts, une diminution de prix proportionnée à ce que la chose aurait été achetée de moins si l'acheteur eût connu la charge (3). Ulpien s'en exprime en ces termes : « *Quoties de servitute agitur, victus tantum præstare debet, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutum impositam* (4). »

Elle ne comporte pas toujours des dommages et intérêts; elle se réduit souvent à une diminution sur le prix, l'immeuble étant estimé sa valeur au moment de la vente (5). On vient de voir Ulpien le décider formellement, *tantum præstare debet, etc.*

Si cependant le vendeur était de mauvaise foi, c'est-à-dire si, ayant connu la servitude, il l'avait dissimulée à l'acheteur, il devrait être condamné à des dommages et intérêts (6). Il y a là un dol punissable. Mais si, par des raisons suffisantes et une juste erreur,

(1) Pothier, Vente, n° 202.

(2) Arg. de l'art. 1644.

(3) Pothier, Vente, n° 202.

(4) L. 61, Dig. *De cedil. edicto*.

(5) Arg. de l'art. 1601 et l'art. 1617.

(6) D'Olive, Quest. not., liv. 4, ch. 23 et 24. Arg. de l'art. 1645.

il avait ignoré la charge, toute l'indemnité se réduirait à la moins-value (1). « *Cùm venditor ignorabat servitutes, dit la glose (2), non ad interesse tenetur tunc, sed quanti minoris.* » (Argument de l'article 1646.)

La raison en est que l'erreur sur la qualité d'une chose pouvant se rencontrer par suite de causes très plausibles, chez le père de famille le plus attentif, il ne faut pas se montrer trop sévère afin de ne pas entraver, par des recours ruineux, le commerce des choses. D'ailleurs, il n'en résulte pas en général pour l'acheteur un dommage tel qu'il puisse se plaindre, lorsque le prix a été proportionnellement diminué.

534. Il est encore un autre cas où le vendeur est tenu des dommages et intérêts, soit qu'il ait su ou ignoré la servitude; c'est quand il a déclaré que le fonds était franc et exempt de toute servitude. C'est ce qu'a jugé le parlement de Toulouse par arrêt du 28 mars 1628 (3), d'accord avec la glose (4). Domat enseigne la même doctrine (5). Elle s'appuie sur la loi 21, § 2, Dig. *De act. empt.*

535. La disposition de l'art. 1638 est-elle applicable aux ventes faites par expropriation forcée? Je m'occuperai de cette question au n° 584.

ARTICLE 1639.

Les autres questions auxquelles peuvent donner lieu les dommages et intérêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente, doivent

(1) Idem, arrêt du parlement de Toulouse du 7 juillet 1733. Despeisses, p. 26, col. 2 n° 18. *Suprà*, n° 13.

(2) Sur la loi pénult. Dig. *De evict.*

(3) D'Olive, *loc. cit.*, ch. 23.

(4) *Loc. cit.*

(5) Liv. 4, t. 2, sect. XI, n° 12.

être décidées suivant les règles générales établies au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.*

SOMMAIRE.

536. L'acheteur doit être renvoyé indemne, même des dégradations qu'il a commises, et dont il est obligé de payer le montant au tiers demandeur en revendication.
 537. Le vendeur de bonne foi ne doit pas de dommages intérêts *extrinsecus*.
 538. Il n'en doit que dans deux cas : 1° quand il est de mauvaise foi.
 539. 2° Quand ces dommages ont été prévus.

COMMENTAIRE.

536. L'art. 1639 contient un renvoi aux règles générales sur les dommages et intérêts. Mais cette disposition est surabondante; tout le monde sait que les principes établis au titre des obligations dominent tous les contrats.

Nous profiterons néanmoins de l'occasion que nous offre l'art. 1639 pour rappeler quelques règles qui s'appliquent directement à la vente.

L'acheteur doit être renvoyé indemne de toutes les condamnations prononcées contre lui envers le vendeur. Cette proposition a une telle latitude, qu'on doit même l'appliquer au cas où l'acheteur a été responsable des dégradations; ce qui aurait lieu si depuis le contrat il avait eu connaissance du droit du tiers exerçant la revendication. La raison en est que, s'il a eu tort à l'égard de ce dernier de commettre ces dégradations, il n'en est pas de même à l'égard de son garant, sur l'intervention duquel il avait droit de compter et qui l'a investi d'un titre de propriété (1).

(1) Pothier, Vente, n° 428.

il avait ignoré la charge, toute l'indemnité se réduirait à la moins-value (1). « *Cùm venditor ignorabat servitutes, dit la glose (2), non ad interesse tenetur tunc, sed quanti minoris.* » (Argument de l'article 1646.)

La raison en est que l'erreur sur la qualité d'une chose pouvant se rencontrer par suite de causes très plausibles, chez le père de famille le plus attentif, il ne faut pas se montrer trop sévère afin de ne pas entraver, par des recours ruineux, le commerce des choses. D'ailleurs, il n'en résulte pas en général pour l'acheteur un dommage tel qu'il puisse se plaindre, lorsque le prix a été proportionnellement diminué.

534. Il est encore un autre cas où le vendeur est tenu des dommages et intérêts, soit qu'il ait su ou ignoré la servitude; c'est quand il a déclaré que le fonds était franc et exempt de toute servitude. C'est ce qu'a jugé le parlement de Toulouse par arrêt du 28 mars 1628 (3), d'accord avec la glose (4). Domat enseigne la même doctrine (5). Elle s'appuie sur la loi 21, § 2, Dig. *De act. empt.*

535. La disposition de l'art. 1638 est-elle applicable aux ventes faites par expropriation forcée? Je m'occuperai de cette question au n° 584.

ARTICLE 1639.

Les autres questions auxquelles peuvent donner lieu les dommages et intérêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente, doivent

(1) Idem, arrêt du parlement de Toulouse du 7 juillet 1733. Despeisses, p. 26, col. 2 n° 18. *Suprà*, n° 13.

(2) Sur la loi pénult. Dig. *De evict.*

(3) D'Olive, *loc. cit.*, ch. 23.

(4) *Loc. cit.*

(5) Liv. 4, t. 2, sect. XI, n° 12.

être décidées suivant les règles générales établies au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.*

SOMMAIRE.

536. L'acheteur doit être renvoyé indemne, même des dégradations qu'il a commises, et dont il est obligé de payer le montant au tiers demandeur en revendication.
 537. Le vendeur de bonne foi ne doit pas de dommages intérêts *extrinsecus*.
 538. Il n'en doit que dans deux cas : 1° quand il est de mauvaise foi.
 539. 2° Quand ces dommages ont été prévus.

COMMENTAIRE.

536. L'art. 1639 contient un renvoi aux règles générales sur les dommages et intérêts. Mais cette disposition est surabondante; tout le monde sait que les principes établis au titre des obligations dominent tous les contrats.

Nous profiterons néanmoins de l'occasion que nous offre l'art. 1639 pour rappeler quelques règles qui s'appliquent directement à la vente.

L'acheteur doit être renvoyé indemne de toutes les condamnations prononcées contre lui envers le vendeur. Cette proposition a une telle latitude, qu'on doit même l'appliquer au cas où l'acheteur a été responsable des dégradations; ce qui aurait lieu si depuis le contrat il avait eu connaissance du droit du tiers exerçant la revendication. La raison en est que, s'il a eu tort à l'égard de ce dernier de commettre ces dégradations, il n'en est pas de même à l'égard de son garant, sur l'intervention duquel il avait droit de compter et qui l'a investi d'un titre de propriété (1).

(1) Pothier, Vente, n° 428.

Néanmoins, depuis la demande et pendant le procès, l'acheteur, quand même il aurait acquis de bonne foi, ne doit faire aucune dégradation, et s'il est condamné pour celles qu'il a faites, il n'a pas de recours contre son garant.

Il en est de même si, au moment du contrat, l'acheteur a su que la chose n'appartenait pas au vendeur (1).

537. C'est un principe que le vendeur de bonne foi n'est tenu que des dommages et intérêts soufferts par l'acheteur *propter rem ipsam* (2). Ce que nous avons dit en commentant les art. 1630, 1631, 1632, 1633, 1634, 1635, 1636, n'est que l'application et le développement de cette vérité fondamentale en cette matière.

Ainsi, le vendeur de bonne foi ne doit pas de dommages et intérêts pour le mécompte éprouvé *extrinsecus* par l'acheteur. Par exemple, j'achète une maison d'habitation; plus tard j'y établis une auberge; si je suis évincé, le dérangement que j'éprouve dans mon commerce ne pourra pas faire l'objet d'une demande en dommages et intérêts; car ce dommage frappe plutôt sur mes autres biens (*extrinsecus*) que sur la chose même que j'ai achetée (*propter rem ipsam*) (3).

538. Mais si le vendeur était de mauvaise foi, il serait tenu des dommages soufferts *extrinsecus* par l'acheteur. Le dol oblige ici le vendeur, il ajoute à ses devoirs naturels; il est un juste sujet de sévérité (4).

539. Il arrive quelquefois que le vendeur de bonne foi est tenu des dommages et intérêts soufferts *extrinsecus*. C'est ce qui a lieu lorsque ces dommages ont été prévus lors du contrat. Si par exemple, dans l'espèce posée au n° 537, l'acheteur s'était présenté

(1) Art. 1599.

(2) *Suprà*, n° 298 et suiv. Pothier, Vente, n° 137.

(3) Pothier, Vente, n° 137. V. *infra*, n° 539.

(4) Pothier, Vente, n° 138, Oblig., n° 66, et Licitacion, n° 167.

comme aubergiste, et eût annoncé qu'il voulait établir une hôtellerie dans la maison qu'il a achetée, le vendeur serait tenu, en cas d'éviction, des dommages que lui ferait éprouver la cessation de son commerce (1); car ces dommages ne seraient pas une perte imprévue.

ARTICLE 1640.

La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande.

SOMMAIRE.

540. La garantie cesse si le vendeur prouve que l'acheteur a laissé perdre des moyens décisifs d'échapper à la demande en désistement.
 541. Conditions pour que cette règle soit applicable.
 542. C'est au vendeur à prouver la mauvaise défense.
 543. Sinon l'action en garantie suit son cours. Durée de cette action.

COMMENTAIRE.

540. J'ai déjà touché la disposition contenue dans l'art. 1640 (2). Elle est empruntée à l'ancienne jurisprudence, qui elle-même l'avait puisée dans le droit romain. Elle repose sur ce principe, plusieurs fois rappelé par nous, que l'éviction amenée par le fait de

(1) Pothier, 139. *Suprà*, n° 300.

(2) *Suprà* n° 421, 424, 436, 440, 441.

l'acheteur ne saurait être imputable qu'à lui seul (1). L'acheteur a quelquefois intérêt à être évincé. Si un événement de force majeure dégrade la chose achetée, si, par l'effet de variations dans le prix des biens, elle perd de sa valeur primitive, ce sera pour l'acheteur une bonne fortune que l'action en désistement qu'un tiers dirigera contre lui; car nous avons vu qu'en cas d'éviction, il a droit à répéter le prix entier contre le vendeur (2). Mais il serait contraire à la stabilité des contrats qu'un acquéreur, dégoûté de l'immeuble qu'il a acheté, colludât avec le demandeur en délaissement pour se soustraire à des obligations précises, et forcer le vendeur à lui rendre le prix. La loi a donc voulu que si l'acheteur se laisse condamner en dernier ressort, sans faire valoir tous les moyens de la cause, il soit privé de tout recours contre son vendeur.

541. Remarquez bien les deux conditions dont notre article fait dépendre la déchéance de l'acheteur. Il faut :

1° Qu'il ait existé des moyens de combattre la demande;

2° Que ces moyens fussent suffisants pour la faire rejeter, et que l'acheteur ait omis de s'en prévaloir.

542. C'est au vendeur à prouver que l'acheteur a fait une mauvaise défense. Notre article met cette preuve à sa charge.

On demande à ce sujet si le vendeur pourra soutenir que l'acquéreur s'est mal défendu lorsque, actionné par la voie hypothécaire, il n'a pas empêché sa dépossession en purgeant.

J'ai montré, dans mon commentaire sur les hypothèques, que le vendeur ne devra pas être écouté dans ce moyen (3).

(1) N° 421.

(2) *Suprà*, n° 481. On verra un autre exemple, qui prouve l'intérêt de l'acheteur, dans mon comment. sur les Hypoth., t. 3, n° 822.

(3) T. 3, n° 822.

D'abord, le purgement est facultatif. L'acheteur ne contracte pas l'obligation de l'opérer. Il est tout entier dans son intérêt, et le vendeur ne peut critiquer la volonté qui l'a porté à y renoncer. De plus, le purgement aggrave quelquefois la position de l'acheteur; il le force à payer sur-le-champ un prix pour lequel il peut avoir terme et délai. De quel droit le vendeur lui reprocherait-il d'avoir reculé devant cette novation apportée à ses droits? Enfin, le jugement n'est pas une exception péremptoire contre le délaissement; il n'est pas un moyen décisif de faire maintenir la vente, puisque les créanciers peuvent évincer l'acquéreur par une surenchère du sixième.

543. Si le vendeur ne réussit pas à établir que l'acheteur a fait une mauvaise défense, l'action en garantie doit suivre son cours et produire son effet (1).

Elle s'exerce par action principale et devant le tribunal du domicile du défendeur (2). Elle dure trente ans à compter du jour de l'éviction. (Article 2257.)

(1) Arrêt de la cour Bruxelles du 8 mars 1820 (Daloz, Vente, p. 866).

(2) *Suprà*, n° 394.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

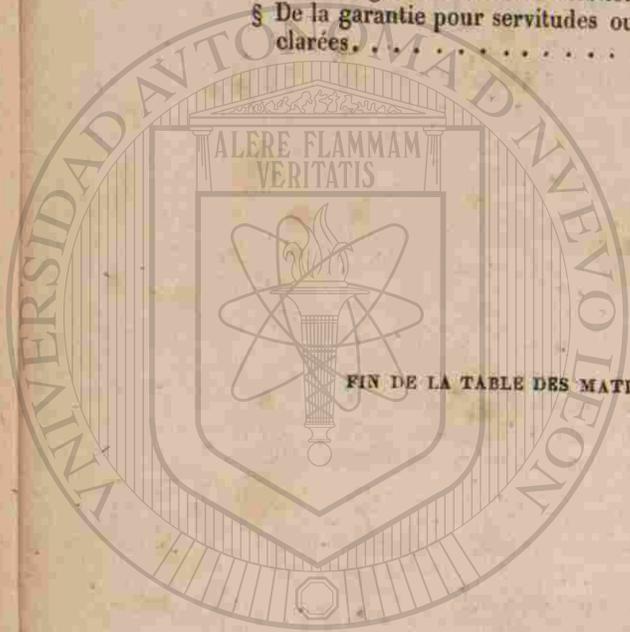
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

PRÉFACE.	1
CHAPITRE I	
De la nature et de la forme de la vente.	4
§ Du but et de la forme de la vente.	<i>id.</i>
§ Des conditions requises pour la perfection de la vente.	44
§ Des ventes conditionnelles.	59
§ Des ventes en bloc, ou au poids, au compte, à la mesure.	86
§ Des ventes avec dégustation.	107
§ Des ventes à l'essai.	126
§ Des promesses de vente.	136
§ Des arrhes.	165
§ Du prix.	189
CHAPITRE II.	
Qui peut acheter ou vendre.	215
CHAPITRE III.	
§ Des choses qui peuvent être vendues.	271
§ De la vente de la chose d'autrui.	303
§ De la vente d'une succession future.	322
§ De la perte de la chose vendue au moment de la vente.	334
CHAPITRE IV.	
Des obligations du vendeur.	336
SECTION I. Dispositions générales.	<i>id.</i>

SECTION II. § de la délivrance. 351
 § De l'expression de contenance. 416
 § De la perte ou détérioration de la chose avant la
 délivrance. 459
 SECTION III. De la garantie. 502
 § 1. De la garantie en cas d'éviction 508
 § De la garantie pour servitudes ou charges non dé-
 clarées. 639



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

