

en sont dérivés, le contrat *verbis*, et le contrat *litteris*, dans lesquels l'obligation se contracte par des paroles ou par des écritures dont l'esprit est de tenir l'antique formalité *per æs et libram* pour accomplie et de se lier comme si elle avait eu lieu : nous passons aux quatre contrats dérivés du droit des gens, auxquels le droit civil des Romains a donné accès, qui ne tiennent en rien, ni par la dation, ni par les paroles, ni par l'écriture, à la formalité quiritaire de la mancipation *per æs et libram*, mais qui se fondent sur le simple consentement des parties (voir ci-dessus, n° 1190 et suiv.).

1443. Ces contrats sont au nombre de quatre seulement : la vente (*emptio-venditio*), le louage (*locatio-conductio*), la société (*societas*), et le mandat (*mandatum*). Des constitutions impériales ont bien attribué force obligatoire, par le seul effet du consentement, à quelques autres conventions particulières : mais ces dernières, venues trop tard, n'ont pas été investies pour cela du titre de contrat ; ce titre est resté propre à celles que le droit civil plus ancien avait ainsi qualifiées et sanctionnées (voir ci-dessus, n° 1190 et 1196). — Il y a deux distinctions bien importantes à remarquer entre les contrats consensuels, dérivés du droit des gens, et les contrats du pur droit civil : c'est que tandis que ceux-ci (le *mutuum*, le contrat *verbis* et le contrat *litteris*) ne produisent jamais d'obligation que d'un seul côté, et que les effets de cette obligation se déterminent d'après les principes rigoureux du droit, les quatre contrats consensuels, au contraire, produisent, soit immédiatement, soit plus tard, selon les circonstances, des obligations de part et d'autre (*ultra citroque obligatio*; — *alter alteri obligatur*), et que les effets de ces obligations réciproques se déterminent d'après l'équité (*ex æquo et bono*). C'est-à-dire, en somme, que c'est le propre des contrats du pur droit civil d'être unilatéraux et de produire des actions de droit strict : tandis que les quatre contrats consensuels dérivés du droit des gens sont bilatéraux, autrement dit synallagmatiques, et donnent naissance à des actions de bonne foi (voir ci-dessus, n° 1233).

Consensu fiunt obligationes in emptionibus - venditionibus, locationibus - conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, cum alioquin in ver-

Les obligations se forment par le seul consentement, dans les contrats de vente, de louage, de société et de mandat. On dit que dans ces cas l'obligation se contracte par le consentement seul, parce qu'il n'est besoin, pour qu'elle prenne naissance, ni d'écrit, ni de présence des parties, ni de remise d'aucune chose; mais qu'il suffit que ceux entre qui l'affaire se fait, consentent. Aussi, ces contrats peuvent-ils avoir lieu entre absents, par exemple, par lettres missives, ou par messenger. En outre, dans ces contrats, chaque partie est obligée envers l'autre à tout ce que l'équité exige

borum obligationibus alius stipuletur, qu'elles se fournissent mutuellement; alius promittat. tandis que dans les obligations par paroles, l'un stipule et l'autre promet.

TITULUS XXIII.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

TITRE XXIII.

DE LA VENTE.

1444. Comment la vente tire son origine des échanges; comment, dans le principe des civilisations, le commerce entre les hommes consiste à donner une chose pour une autre, selon le besoin qu'on en a; comment on est arrivé ensuite à employer pour objet commun de ces échanges, les divers métaux, dont on déterminait la quantité en les mesurant à la balance : période qui a laissé une trace si profonde et que la tradition a si longtemps conservée en symbole dans l'*æs et libra* de l'ancien droit romain; comment enfin une empreinte publique a frappé le métal, fractionné par petites portions, pour en indiquer le poids, la qualité, et pour éviter ainsi aux particuliers la nécessité de le vérifier et de le peser à chaque opération; comment, dès lors, on a été conduit à distinguer l'un de l'autre les deux objets d'échange, à appeler l'un, c'est-à-dire celui qui est échangé contre la monnaie, *merx*, marchandise, et l'autre, c'est-à-dire la monnaie échangée contre cet objet, *pretium*, le prix : toutes ces notions sont trop répandues pour que nous insistions à les développer. C'est par elles, et d'après un fragment de Paul, que le Digeste de Justinien ouvre le titre de la vente (1). Mais ce qui ressort de cet historique même, et ce qu'il importe de bien remarquer, parce que les idées se sont généralement dénaturées sur ce point, c'est cette vérité d'économie politique, méconnue par trop de jurisconsultes, même écrivant sur la vente, savoir : que la monnaie n'est qu'une marchandise (communément, et par mille raisons, une matière métallique), dont la valeur commerciale suit un cours et varie comme celle de tout objet d'échange, et dont l'empreinte publique ne fait, à cet égard, que garantir la composition et marquer la quantité.

1445. Jusqu'ici nous parlons d'opérations qui s'effectuent, d'objets qui se livrent de part et d'autre : c'est le point de départ historique. Mais si, indépendamment de toute tradition effectuée, de tout fait d'exécution, les parties conviennent entre elles de faire une semblable opération, de telle sorte qu'il ne soit encore intervenu que leur pure volonté, que leur accord réciproque, quel sera l'effet de cet accord? Dans les principes du droit romain, ce simple accord de volontés, cette cause toute spirituelle, ne peut opérer aucune translation de propriété, aucun

(1) Dig. 18. 1. De contrahenda emptione. 1. f. Paul. « Origo emendi venditioque a permutationibus cepit, olim enim non ita erat nummus : neque aliud *merx*, aliud *pretium* vocabatur. »

droit réel; mais vaudra-t-il, du moins, pour lier les parties les unes envers les autres, pour faire naître entre elles des obligations? Le pur droit civil quiritaire ne connaît pas une manière aussi simple, aussi immatérielle de se lier; les noms antiques donnés à ces opérations: *permutatio*, pour l'échange, *venumdatio*, pour la vente, indiquent même que primitivement il ne s'agissait que d'actes accomplis, de mutations effectuées, de datations en vente exécutées. Mais le droit des gens a introduit ce nouveau mode d'obligation, et la force obligatoire de la simple convention a été admise à l'égard de celle de ces deux opérations qui était devenue la plus usuelle: c'est-à-dire de celle qui consiste à livrer une chose en échange d'une certaine quantité de monnaie.

1446. C'est cette convention, indépendante de tout fait préalable d'exécution, n'opérant par elle-même aucune translation de propriété ni de droit réel, mais produisant certains liens de droit entre les parties, qui constitue le contrat nommé par les Romains *emptio-venditio*. Deux rôles distincts s'y remarquent: celui du vendeur (*venditor*), et celui de l'acheteur (*emptor*); deux objets distincts d'obligation: d'une part, la chose vendue ou la marchandise (*res, merx*), et de l'autre, la monnaie promise en retour ou le prix (*pretium*); enfin deux ordres distincts d'obligations: les obligations du vendeur, et celles de l'acheteur. La dénomination romaine du contrat, *emptio-venditio*, que nous rendons communément en français par le seul mot de *vente*, quoique nous ayons aussi le mot correspondant *achat*, indique clairement cette double physionomie. Les verbes *emere*, acheter; *vendere*, vendre; *venire*, être vendu: et celui de *distrahere*, employé uniquement pour la vente d'objets particuliers détachés d'une masse, et non pour celle des choses *universitatis*, se réfèrent à ce contrat; tandis que les verbes plus anciens *venum-dare*, donner en vente, *venumdari*, être donné en vente, se réfèrent à l'exécution même de la convention. — Il ne faut pas perdre de vue que l'acte ainsi envisagé, selon le droit des gens, c'est-à-dire l'*emptio-venditio*, n'est qu'un contrat, et n'a, par conséquent, d'autre but ni d'autre effet que d'obliger respectivement les parties l'une envers l'autre.

*De la forme du contrat de vente: du consentement,
de l'écrit, et des arrhes.*

Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit; nam quod arrha nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt,

Il y a contrat de vente dès que les parties sont convenues du prix, bien que ce prix n'ait pas encore été payé, et qu'il n'ait pas même été donné d'arrhes; car ce qui est donné à titre d'arrhes ne sert qu'à constater la conclusion du contrat. Toutefois il faut entendre ceci des ventes faites sans écrit, à l'égard des-

obtinere oportet: nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In his autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et penitentia locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc etenim subsequuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit; si vero venditor, duplum restituere compellitur: licet super arrhis nihil expressum est.

quelles nous n'avons rien innové. Mais quant à celles qui se font par écrit, notre constitution a décidé que la vente n'est parfaite qu'autant que l'acte en a été dressé, soit de la main même des contractants, soit écrit par un tiers et souscrit par les parties; et si elles se font par le ministère d'un tabellion, qu'autant que l'acte a reçu tout son complément et l'adhésion finale des parties. En effet, tant qu'il y manque une de ces choses, il peut y avoir rétractation, et l'acheteur ou le vendeur peuvent, sans encourir aucune peine, se départir de la vente. Toutefois nous ne leur permettons de se rétracter impunément, qu'autant que rien n'a encore été donné à titre d'arrhes; car si des arrhes ont été données, soit que la vente ait été faite par écrit, soit qu'elle l'ait été sans écrit, celui qui refuse de remplir son obligation, si c'est l'acheteur, perd ce qu'il a donné; si c'est le vendeur, est forcé de rendre le double: quoique rien n'ait été exprimé au sujet des arrhes.

1447. Ce paragraphe traite du consentement et des arrhes.

A l'égard du consentement, le principe du droit anté-justinien, c'est que la vente est parfaite, c'est-à-dire qu'elle produit tous ses effets, autrement dit les obligations qu'elle doit produire, du moment que les parties sont convenues de la chose et du prix. C'est ce principe que notre texte énonce, dans sa première phrase, en l'empruntant aux Instituts de Gaius (1), et que Paul exprime aussi en ces termes: « *Conventio perficit sine scriptis habitam emptionem* (2). » — Sur ce point Justinien apporte une innovation: savoir, que lorsque les parties sont convenues que la vente devra être rédigée par écrit, leur consentement n'est censé donné définitivement, et par conséquent la vente n'est parfaite, qu'après que l'écrit a été rédigé et qu'il n'y manque plus rien: jusque-là il n'y a qu'un projet, qu'un pacte non obligatoire (3).

1448. *A l'égard des arrhes*: les Romains nommaient ainsi une certaine somme, quelquefois même tout autre objet, par exemple un anneau (*annulus*), que l'une des parties, régulièrement l'acheteur, donnait à l'autre, comme signe et preuve de la conclusion du contrat (4). La somme ainsi donnée, à titre d'arrhes, par l'acheteur, était comme un à-compte sur le prix convenu, de telle sorte qu'il ne lui restait plus à payer que le reliquat (5): c'est

(1) Gai. Comm. 3. § 139. — (2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 2. § 1. fr. Paul. — (3) Cod. 4. 21. *De fide instr.* 17. const. Justinian. — (4) Dig. 19. 1. *De actionibus empti et venditi.* 11. § 6. fr. Ulp. — (5) Dig. 18. 3. *De lege commissoria*; 8. f. Scævola.

même de là, au dire de Varron, que vient l'origine du mot *arrhes* (1). Tel était le principe du droit anté-justinien, à ce sujet; c'est celui que notre texte énonce encore dans sa première phrase, en l'empruntant toujours aux Instituts de Gaius (2), et que le même jurisconsulte exprimait ailleurs en ces termes: « Quod sæpe arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat; sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio (3). » Ainsi les arrhes n'étaient qu'un signe et une preuve de la conclusion du contrat. Les parties pouvaient cependant, par convention particulière, y ajouter quelque autre caractère: comme dans l'exemple que nous fournit Scævola, où l'acheteur convient que s'il n'a pas payé le restant du prix à l'époque déterminée, il perdra les arrhes (*ut arrham perderet*), et la vente sera non avenue (4).

1449. Sur ce point, Justinien apporte aussi une innovation bien notable: c'est que dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une vente faite soit par écrit, soit sans écrit (*sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*), lorsque des arrhes ont été données, et bien que les parties ne soient convenues de rien à cet égard (*licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat*), l'acheteur en perdant ses arrhes, ou le vendeur en les restituant au double, peuvent se départir de la vente. Ainsi les arrhes changent complètement de caractère: au lieu d'être un signe de conclusion définitive, elles sont un moyen de dédit. Quelque effort qu'on ait fait pour entendre la constitution de Justinien dans un sens restrictif, seulement à l'égard des ventes formées par écrit, les expressions en sont trop précises pour qu'on puisse raisonnablement révoquer en doute la généralité de l'innovation (5). Ces expressions de notre texte, qui dit, en parlant des ventes faites sans écrit: *Nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est*, doivent donc s'entendre comme se référant uniquement à ce qui concerne l'effet du consentement, et nullement au caractère des arrhes.

De l'objet des obligations dans le contrat de vente.

1450. Comme il y a dans la vente deux ordres distincts d'obligations: celles du vendeur et celles de l'acheteur, il y a deux objets principaux, mais distincts, de ces obligations: la chose vendue, pour l'un; et le prix, pour l'autre. Sans chose vendue ou sans prix convenu, pas de vente: « Nec emptio nec venditio

(1) VARRON, *De lingua latina*, lib. 5. § 175: « Arrhabo sic dicta, ut reliquum reddatur. Hoc verbum a græco ἀρραβίων. Reliquum, ex eo, quod debitum reliquit. » — (2) GAI. COMM. 3. § 139. — (3) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 35. pr. f. Gai. — (4) DIG. 18. 3. *De lege commissoria*; 8. f. Scævola. — De même au CODE, 4. 54. *De pactis int. empt.* 1. const. Anton. — (5) COD. 4. 21. *De fide instrument.* 17. const. Justinian. — Voir de notre collègue M. BOISSONADE, *De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien*, 1866, br. in-8°

sine re quæ veneat, potest intelligi, » dit Pomponius (1); « Nulla emptio sine pretio esse potest, » dit notre texte, au paragraphe qui va suivre.

1451. Toute chose, en général, peut être vendue; à l'exception de celles qui sont hors du commerce, c'est-à-dire non susceptibles d'être ou de circuler en la propriété des hommes. « Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est (2). » Ainsi, choses corporelles, ou choses incorporelles, telles qu'un droit de servitude (3), un droit de créance (4); choses particulières (*res singularis*), ou universalités (*rerum universitas*), telles qu'un troupeau, un pécule, une hérédité; corps certains (*species*), ou choses de genre (*genus*): tout cela peut être vendu. — Il en est de même de la chose d'autrui: « Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est (5) »; car cette circonstance que la chose appartient à autrui n'empêche pas le vendeur de contracter au sujet de cette chose toutes les obligations constitutives de la vente: la seule distinction qu'il y aura à faire alors, pour régler les effets du contrat, à cause de la bonne foi qui doit y présider, sera de savoir si l'acheteur a été trompé ou non par le vendeur sur ce fait que la chose vendue appartenait à autrui. — Enfin, de même des choses non-seulement présentes, mais encore futures, ou même incertaines: par exemple, les fruits, le part futurs; ou le coup de filet, le produit d'une chasse. A cet égard, il faut bien distinguer quelle a été l'intention des parties: si elles ont voulu que la vente ait lieu seulement dans le cas où quelque chose serait prise et pour cette chose seulement, par exemple si elles ont fixé le prix à tant par tête de poisson ou de gibier: il y a alors, selon l'expression employée par les docteurs, achat d'une chose espérée, *rei speratæ emptio*; ou bien si la vente doit se maintenir quel que soit le résultat, quand même rien ne serait pris: par exemple si on a fixé un prix en bloc pour le coup de filet, pour le produit de la chasse. Il y a alors, dans les termes des jurisconsultes romains, un coup de dé (*alea*), l'achat d'une espérance (*speci emptio*): et si le filet ou la chasse n'ont rien donné, la vente n'en subsiste pas moins; c'est alors, en quelque sorte, dit, mais inexactement, Pomponius, une vente sans chose vendue (6).

II. Pretium autem constitui oportet, I. Il faut qu'un prix soit convenu, nam nulla emptio sine pretio esse potest. car il ne peut exister de vente sans prix. Sed et certum esse debet: alioquin si En outre, le prix doit être déterminé.

(1) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 8. f. Pompon. — (2) *Ib.* 34. §§ 1 et 2 f. Paul.; 6. pr. f. Pompon. — (3) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 80. § 1. f. Labeo. — (4) DIG. 18. 4; et COD. 4. 39. *De hereditate vel actione vendita.* — (5) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 28. f. Ulp. — (6) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 8. § 1. f. Pompon. « Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur.

inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio : QUANTI ILLE AESTIMAVERT, sub hac conditione staret contractus : ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definiret, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, et venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex emptio actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus, cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

1452. Le prix doit être certain (*certum*), c'est-à-dire déterminé par la convention même des parties : soit d'une manière absolue, par exemple cent écus d'or, *centum aureos*; soit par relation à une quantité déterminable; par exemple : le même prix que tu l'as acheté, *quanti tu eum emisti*; ou bien, tout l'argent que j'ai dans ma bourse, dans mon coffre, *quantum pretii in arca habeo* (1). On voit, par ce dernier exemple, que rien n'empêche que le prix ait quelque chose d'aléatoire.

1453. Le prix ne serait pas certain si, au lieu d'être convenu entre les parties, il était abandonné au pur arbitre de l'une d'elles; par exemple : Ce que tu voudras, ce que tu croiras équitable, ce que tu l'estimeras, « *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum*; » une pareille vente serait imparfaite (2). — Il en serait de même du prix laissé à l'arbitrage d'autrui, en général, sans désignation de personne : *Generaliter alieno arbitrio* (3). Mais si l'arbitrage était conféré à une personne déterminée, « *Quanti Titius rem aestimaverit*, » nous voyons par Gaius qu'il y avait désaccord entre les jurisconsultes sur le sort de la convention, Labéon et Cassius niant qu'il y eût vente valable, Proculus soutenant l'opinion contraire (4). Notre texte expose suffisamment la décision de Justinien, qui consacre l'opinion des Proculéiens, et les conséquences de cette décision (5).

III. Item pretium in numerata pecunia consistere debet; nam in ceteris rebus pretium esse possit, veluti an homo

Mais si les parties sont convenues que la chose sera vendue au prix qu'estimera Titius, c'était pour les anciens un doute grave et souvent débattu, que de savoir si dans ce cas il y a vente ou non. Nous avons décidé par constitution, que toutes les fois que la vente sera ainsi conçue : AU PRIX QU'UN TEL ESTIMERA, le contrat existera sous cette condition : que si la personne nommée détermine elle-même le prix, en conformité totale à son estimation, le prix devra être payé, la chose livrée et la vente amenée à effet, l'acheteur ayant l'action d'achat, et le vendeur l'action de vente. Si, au contraire, celui qui a été nommé ne veut ou ne peut déterminer le prix, la vente sera nulle comme faute de constitution de prix. Et ce droit étant approuvé par nous pour les ventes, il est raisonnable de l'étendre aux louages.

2. Le prix doit consister en une somme de monnaie. Toutefois, on mettait formellement en question s'il ne pourrait pas

(1) Dig. 18. 1. De contrah. empt. 7. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (2) Dig. 18. 1. De contrah. empt. 35. § 1. f. Gai. — (3) Dig. 19. 2. Locati conducti. 25. p. f. Gai. — (4) Gai. Comm. 3. § 140. — (5) La constitution de Justinien relative à cette question se trouve au CODE, 4. 38. De contrahenda emptione, 15.

aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit valde quærebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere. Unde illud est quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, camque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse; argumentoque utebantur Græco poeta Homero, qui aliqua parte exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis :

Ἐθὲν ἄρ' ἀνιζόντο καρρομάδωντες ἄγαιοι,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ βίβοις, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόισιν,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδοισιν.

consister en toute autre chose, par exemple en un esclave, en un fonds, en une toge. Sabinus et Cassius admettaient à ce sujet l'affirmative. Aussi disait-on vulgairement que la vente s'opère par l'échange des choses, et que cette forme de vente est la plus ancienne; et ils tiraient argument du poète grec Homère, qui nous parle quelque part, en ces termes, de l'armée des Grecs s'achetant du vin par l'échange de plusieurs autres choses :

« Les Grecs aux longs cheveux ache-
tèrent du vin, les uns pour du cuivre,
d'autres pour du fer brillant, ceux-ci
pour des peaux de bœufs, ceux-là
pour les bœufs mêmes, ou pour des
esclaves. »

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem : alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse et quæ pretii nomine data esse; nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prævaluit; cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur.

Les auteurs de l'école opposée étaient d'un avis contraire, ils pensaient qu'autre chose est l'échange, autre chose est la vente; sinon, on ne pourrait, dans l'échange, distinguer quelle serait la chose vendue, quelle serait celle donnée en prix; car de considérer chacune d'elles comme étant à la fois et la chose vendue et le prix, c'est ce que la raison ne saurait admettre. Cet avis de Proculus, professant que l'échange est un contrat particulier, distinct de la vente, a prévalu à bon droit, fondé qu'il est sur d'autres vers d'Homère, et sur des raisons plus solides. Admis déjà par nos divins prédécesseurs, il est plus amplement développé dans notre Digeste.

1454. Les conventions du droit des gens, admises au nombre des contrats par le droit civil, n'ont rien de cette précision, de ce caractère si rigoureusement déterminé et si bien tranché que nous offrent les contrats du pur droit civil. Leur nature, comme leurs effets, ont quelque chose de vague et d'indéterminé : souvent même il est des points par lesquels quelques-unes de ces conventions se touchent et paraissent se confondre les unes avec les autres. Nous aurons l'occasion d'en voir plus d'un exemple. Tel est, entre autres, le cas de l'échange (*permutatio*) et de la vente (*emptio-venditio*). Il résulte de l'historique que nous en avons tracé, qu'au fond l'achat et la vente ne sont qu'une sorte d'échange, qu'une modification de cette opération primitive à laquelle ils doivent leur origine. Mais pour en être issus, ils n'en diffèrent pas moins d'une manière notable, dans l'un des objets d'échange, qui consistant d'une part, dans la vente, en une somme monnayée, permet d'y distinguer : la chose (*merx*), du prix (*pretium*); le vendeur (*venditor*), de l'acheteur (*emptor*); et les obligations de

l'un, de celles de l'autre. Ces nuances importantes n'échappaient sans doute pas aux Sabinien : pourquoi donc, s'attachant à l'idée primitive, voulaient-ils confondre ensemble l'échange et la vente, et donner, dans l'un comme dans l'autre cas, les actions admises par le droit civil pour la vente? C'est que l'échange (*permutatio*) et la vente (*venumdatio*), n'étant tous les deux, dans l'origine, ainsi que l'indique leur nom lui-même, que des opérations exécutées par les parties, une mutation, une dation en vente effectuées : le droit civil ayant ensuite admis la simple convention d'achat et de vente comme obligatoire et l'ayant pourvue d'actions spéciales, les Sabinien, en vertu de la nature commune de ces deux actes, qui, au fond, est la même, en vertu de la latitude d'interprétation que comportent les contrats du droit des gens et de leur caractère peu défini, voulaient faire profiter l'échange du même bénéfice. Les arguments empruntés de part et d'autre à Homère, selon que le poète a employé, dans ses vers, l'expression d'échanger ou celle d'acheter, sont curieux (1). On voit bien qu'il ne s'agit pas d'une institution de pur droit civil, mais que c'est une coutume venant du droit des gens qui est en question.

1455. L'opinion des Sabinien, combattue, dit Gaius, par les jurisconsultes de l'école opposée (*diversæ scholæ auctores*), n'ayant pas été admise (2), l'échange est resté ce qu'il était primitivement : une mutation réciproque, c'est-à-dire un acte qui a besoin d'être suivi d'exécution de la part des deux parties pour être parfait, et au moins, de la part de l'une d'elles, pour produire des liens de droit, la simple convention restant sans effet : « Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere (3). » Ce sera donc en traitant des contrats de cette nature que nous aurons à nous occuper de l'échange.

(1) Les vers d'Homère cités dans notre texte sont tirés de l'Iliade, livre 7, vers 472 à 475. — Paul (Dig. 18. 1. 1.) invoque encore en témoignage celui-ci, extrait de l'Odyssée, livre 1, à la fin.

Τὴν ποτὶ Λαίρτης ἐρίκτο κτήματα ἰσίων
(Euryclée) que jadis Laërte avait achetée de ses terres.

Mais il cite, dans l'opinion contraire, ces autres vers, auxquels notre texte fait allusion (*aliis Homericis versibus*), et qui sont tirés de l'Iliade, livre 6, vers 235, où le poète parle de Glaucus :

Ὅς πρὸς Τυδείδην ἀσμφάδῃα τέχε' ἀμείβεν
Qui échangea ses armes avec Diomède, fils de Tydée, etc.

(2) Le texte des Instituts nous dit qu'elle avait été déjà condamnée même par les princes antérieurs (*et anteriores divi principes*). Nous trouvons, en effet, au Code, deux constitutions de Dioclétien et de Maximien sur ce point : Cod. 4. 64. *De rerum permutat.* 3 et 7. const. Dioclet. et Maxim. — Quant aux jurisconsultes romains, nous voyons nominativement, par les fragments du Digeste, que Nerva, Proculus, Celse et Paul étaient au nombre de ceux qui n'admettaient pas l'avis de Sabinus. Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 1. f. Paul; 12. 4. *De conduct. caus. dat.* 16. f. Cels.; 19. 4. *De rer. permut.* 1. f. Paul; 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 1. f. Paul. — (3) Cod. 4. 64. *De rer. permut.* 3. const. Dioclet. et Max.

1456. Mais si ayant un fonds à vendre (*rem venalem, veluti fundum*), j'acceptais en guise de prix (*pretii nomine*) un objet quelconque, par exemple, un esclave, il serait facile de distinguer ici les deux rôles de vendeur et d'acheteur, la chose vendue et la chose donnée en prix : c'était, à ce qu'il paraît, un des arguments dont se servaient les Sabinien à l'appui de leur théorie (1); et dans ce cas particulier, en effet, une constitution de l'empereur Gordien, conservée par Justinien (2), donne au contrat les effets non pas d'un échange, mais d'une vente.

Des effets du contrat de vente.

1457. Les effets du contrat de vente, comme ceux de tous les contrats du droit des gens accueillis par le droit civil, n'ont pas été déterminés dans tout leur ensemble, dès le principe. La doctrine ne s'est formée et complétée là-dessus que graduellement. Encore le caractère de bonne foi qui appartient aux actions produites par ce contrat a-t-il toujours laissé à ses effets quelque chose de vague et de non précis, variable selon les circonstances.

1458. La vente, par elle-même, ne transfère pas à l'acheteur la propriété de la chose vendue. La vente est un contrat : en conséquence son unique effet est de produire des obligations ; et elle en produit pour l'une comme pour l'autre partie (*ultra citroque*), d'où la qualification de contrat bilatéral. — La question principale est donc de déterminer quelles sont les obligations du vendeur et quelles sont celles de l'acheteur.

1459. C'est une maxime reçue dans la jurisprudence romaine, que le vendeur ne s'oblige pas à rendre l'acheteur propriétaire ; qu'en cela, comme en plusieurs autres points, il diffère beaucoup de celui qui aurait promis, sur stipulation, de donner (*dare*) une chose. « Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere : ut cogitur qui fundum stipulanti spondit (3). » Cependant il ne faut pas pousser cette idée trop loin ; l'application utile s'en réduit à des conséquences moindres qu'on ne se l'imagine au premier abord ; et il n'en reste pas moins vrai qu'en définitive le but que se propose l'acheteur c'est d'arriver à être propriétaire de la chose par lui achetée ; mais les jurisconsultes romains avaient analysé avec soin les moyens par lesquels il y arrivera, et distingué subtilement quelles étaient les obligations du vendeur à cet égard. Voyons donc ces obligations :

1460. Le vendeur, suivant la jurisprudence romaine, est obligé de fournir la chose (*rem præstare*), c'est-à-dire d'en faire tradition (*rem tradere*), à l'époque et au lieu convenus. « Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere (4). »

(1) GAI. COM. 3. § 141. — (2) COD. 4. 64. *De rer. permut.* 1. const. Gordian. — (3) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 25. § 1. f. Ulp. — (4) DIG. 19. 1. *De actionibus empti et venditi.* 11. § 2. f. Ulp.

Or, nous savons que faire tradition d'une chose, c'est en remettre la possession, non pas seulement la possession physique, mais la possession civile, la possession à titre de propriétaire (tom. II, n° 413). Les jurisconsultes romains avaient même une expression spéciale pour préciser sur ce point l'obligation du vendeur : ils disaient qu'il devait livrer « *vacuam possessionem*, c'est-à-dire la possession libre, dégagée de tout obstacle quelconque (1). Bien entendu que la chose doit être livrée avec tous ses accessoires (2). — Mais ce n'est pas indiquer suffisamment l'étendue de l'obligation du vendeur, que de dire qu'il doit livrer la chose. Il faut recourir à une autre expression consacrée du droit romain, et bien plus énergique : il est tenu de procurer à l'acheteur : « *rem licere habere*, » c'est-à-dire la faculté d'avoir la chose à titre de propriétaire, de se comporter en tout à son égard comme maître. « *Obligatus est venditor, ut præstet licere habere*, dit Justinien ; « *Ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*, » dit Africain (3) » : c'est toujours la même idée qui revient, « *non etiam ut ejus faciat*, dont l'application utile reste encore à déterminer.

1461. La conséquence pratique que les jurisconsultes romains tirent de cette idée, c'est qu'une fois la chose livrée, tant que l'acheteur conserve la faculté de l'avoir comme maître, et quand bien même il aurait la preuve que cette chose appartient à autrui, il n'a rien à demander à son vendeur, car l'obligation de ce dernier est remplie : toutefois nous verrons tout à l'heure comment cette conséquence elle-même ne doit pas être trop généralisée, l'application n'en étant vraie que dans l'hypothèse où le vendeur aurait été de bonne foi. — Mais dans tous les cas, s'il arrive que par suite d'une cause antérieure à la vente, la chose soit juridiquement enlevée à l'acheteur, en tout ou en partie, cet acheteur a dès ce moment son recours contre le vendeur en dommages-intérêts (*in id quod interest*). On exprime cette seconde obligation du vendeur, en disant qu'il est tenu de garantir l'acheteur de toute éviction : « *Evictionis nomine obligatur*. » — « *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem* (4). »

1462. Evincer (*evincere*), c'est enlever, par une victoire judiciaire et en vertu d'un droit préexistant, une chose à celui qui la possédait par une juste cause d'acquisition ; ou, comme on dit : « *aliquid vincendo auferre* ; » l'éviction (*evictio*) est cette sorte de victoire ; et l'on nomme *res evicta* la chose ainsi enlevée.

(1) *Ib.* 2. § 1. f. Paul, qui définit ce qu'il faut entendre par *vacua possessio* ; 3. § 1. f. Pompon. ; 48. f. Scævola, etc. — (2) *Dig.* 18. 1. *De contrah. empt.* 47 et 49. f. Ulp. — 19. 1. *De action. empt.* 17. pr. et §§ 2 et suiv. f. Ulp. — (3) *Dig.* 19. 1. *De action. empt.* 30. § 1. f. African. — 21. 2. *De eviction.* 8. f. Julian. ; 21. § 2. f. Ulp. ; 24. f. African. ; 25. f. Ulp. ; 29. pr. f. Pompon. ; 57. pr. f. Gai. — (4) *Dig.* 19. 1. *De actione empt.* 11. § 2. f. Ulp.

Les Romains avaient, dans leur vieille langue juridique, un mot particulier qui s'est conservé, celui d'*auctoritas*, pour désigner la garantie, la sûreté contre l'éviction (1). « *Auctoritatem præstare, auctor esse*, c'était fournir, devoir cette garantie. « *Venditor, si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto, auctoritati manebit obnoxius*, disent les Sentences de Paul (2). Je crois même trouver en cela l'explication de ce vieux mot, qui remonte au temps des Douze Tables, et dont le sens étymologique a été si tourmenté : *usus-auctoritas*, pour usucapion. Ce mot, en effet, ne signifie autre chose, si ce n'est l'*auctoritas*, ou la garantie, la sécurité contre toute éviction, que procure l'usage, la possession pendant le temps voulu (tom. II, n° 297, note 2).

1463. L'acheteur n'a de recours contre son vendeur pour éviction qu'autant que la chose lui a été enlevée par voie judiciaire, et qu'il n'en a pas négligé la défense. Une première condition lui est imposée à cet égard : savoir, de dénoncer l'attaque au vendeur, en temps suffisant pour que celui-ci puisse venir y défendre : c'est ce qui se nomme *litem denuntiare*, ou bien *auctorem laudare, auctoris laudatio* (3). Du reste le Digeste et le Code contiennent chacun un titre spécial consacré à développer les conditions, les formes et les effets de cette garantie (4). (A. 8, l. 3.)

1464. Outre la garantie de l'éviction, le vendeur est encore obligé à celle des défauts cachés de la chose, qui sont de nature à en diminuer ou à en détruire l'usage. Cette obligation existe par le fait seul du contrat ; l'étendue et les effets doivent s'en régler selon la bonne foi, d'après l'importance du vice et d'après la connaissance ou l'ignorance que le vendeur ou l'acheteur en avaient. Elle a toujours lieu, sans distinction, à l'égard des défauts ou des bonnes qualités dont le vendeur a spécialement promis l'absence ou l'existence (5). Les conséquences de cette garantie sont, pour l'acheteur, le droit de demander soit des dommages-intérêts (*id quod interest*), soit une diminution de prix, soit la résiliation du contrat (6). Cette résiliation particulière se nomme réhibition. « *Redhibere*, nous dit Ulpien, est *facere ut rursus habeat venditor quod habuerit* : et, quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio (7). »

(1) « *Auctoritas, id est actio pro evictione*, » dit Venulejus. *Dig.* 21. 2. *De evictionibus.* 76. — (2) *Paul.* Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito.* § 1. — (3) *Dig.* 21. 2. *De eviction.* 29. § 2. f. Pompon. ; 51. § 1. f. Ulp. ; 53. § 1. f. Paul. ; 55. § 1. f. Ulp. ; 56. §§ 4 à 7. f. Paul. ; 59. f. Pompon. — Et pour l'expression *auctorem laudare* : 63. § 1. f. Modestin. — *Cod.* 8. 45. *De eviction.* 7. const. Alexand., et 14 const. Gordien. — Voir aussi 8 et 9 const. Alexand. — (4) *Dig.* 21. 2. *De evictionibus et duplæ stipulationibus.* — *Cod.* 8. 45. *De evictionibus.* — (5) *Dig.* 19. 1. *De action. empt.* 13. § 4. f. Ulp. — 18. 1. *De contrah. empt.* 43. § 2. f. Florent. — 21. 1. *De ædilitio edict.* 17. § 20. f. Ulp. ; 18. f. Gai. 19. f. Ulp. — (6) *Dig.* 19. 1. 11. § 3 et 13. § 4. f. Ulp. — *Paul.* Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito.* § 6. — (7) *Dig.* 21. 1. *De ædilitio edict.* 21. pr. f. Ulp.

1464 bis. Indépendamment des deux obligations spéciales du vendeur dont nous venons de parler : livrer la chose (*rem tradere*), garantir contre l'éviction (*auctoritatem præstare*) ou même contre les défauts cachés de la chose, il est d'usage d'en signaler une troisième, dont la formule est tirée d'un fragment d'Africain : « *dolum malum abesse præstare* » répondre de l'absence de tout dol (1). Ceci est une obligation générale, qui n'appartient pas au contrat de vente particulièrement, mais à tous les contrats de bonne foi et du droit des gens, et dans beaucoup d'autres situations encore. Elle n'est pas spéciale au vendeur seulement, elle est commune aussi à l'acheteur; mais comme c'est de la part du vendeur que les fraudes ou tromperies ont plus d'occasion de se produire, c'est à son égard que cette obligation est plus particulièrement signalée. Africain l'invoque à propos du fait du vendeur qui aurait vendu sciemment une chose ne lui appartenant pas, en laissant ignorer à l'acheteur cette circonstance (2); mais elle se reproduirait au sujet de toute autre tromperie ou manque de bonne foi. Elle est énoncée encore à propos de la garde de la chose vendue (ci-dessous, n° 1472), avec cette extension plus grande que ce ne serait pas seulement de son dol, mais même de sa faute, que le vendeur serait responsable (*non solum dolum sed et culpam*); elle s'appliquerait à l'acheteur, pour le dol ou les fautes que celui-ci pourrait commettre, par exemple, relativement à ses demandes en garantie contre l'éviction ou contre de prétendus défauts de la chose (ci-dessous, n° 1473). Enfin, elle exercerait son empire tant à l'égard du vendeur que de l'acheteur, pour l'observation de tout ce qui serait réclamé suivant les habitudes ou la coutume reçue : « *Ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire* » (3). Nous en verrons des applications ci-dessous, n° 1466 et 1467.

1465. C'est au sujet de ces diverses obligations du vendeur qu'on peut vérifier ce que nous avons dit sur le développement graduel des effets attribués au contrat consensuel par la doctrine, et sur leur caractère peu défini. A l'époque où le contrat consensuel n'était pas encore admis, ou bien où les principes, quant aux obligations qu'il devait produire, n'étaient pas encore arrêtés, on y suppléait par la stipulation. Ainsi, l'acheteur stipulait la dation de la chose, ce qui emportait pour le vendeur obligation de lui en transférer la propriété (4); il stipulait que le vendeur lui livrerait la possession libre (*vacuam possessionem*) (5); ou bien, qu'il le garantirait de l'éviction, ou des défauts de la

(1) *Quia tamen dolum malum abesse præstare debeat.* (D. 19. 1. *De act. empt. et vend.* 3. § 1. f. Afric. — (2) *Ibid.* — (3) D. 21. 1. *De ædil. edict.* 31. § 20. f. Ulp. — (4) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 25. § 1. f. Ulp. — 45. 1. *De verb. oblig.* 75. § 10. f. Ulp. — (5) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 3. § 1. Pom.

chose (1). C'était un usage entré dans les mœurs que l'acheteur stipulât, en cas d'éviction, la restitution du double du prix : c'était ce qu'on nommait *duplæ stipulatio* ou *duplæ cautio* (2); et cet usage paraît avoir sa source jusque dans les Douze Tables (3). — Du reste, il était libre aux contractants de stipuler, au lieu du double, soit le simple, soit le triple, soit le quadruple, mais pas au delà (4). — Enfin les édiles curules réglèrent avec beaucoup de soin, par leur édit, la matière des ventes. Au sujet de l'éviction, ils transformèrent en nécessité, du moins quant à la vente des choses précieuses et des esclaves, l'usage de la stipulation du double : de telle sorte que l'acheteur pouvait agir, en vertu du contrat, contre le vendeur, pour se faire faire cette promesse suivant la maxime que ce qui est dans les habitudes et dans la coutume reçue, doit être observé par les parties dans les contrats de bonne foi (5).

1466. A l'égard des défauts cachés de la chose, l'édit des édiles, dans des dispositions dont le texte nous a été conservé en partie au Digeste (6), précisa positivement les obligations du vendeur, lui imposa la nécessité de promettre, sur stipulation du double (*duplæ stipulatio*), la garantie de certains vices (7), et introduisit, en outre, au profit de l'acheteur, deux actions particulières, pour demander, à son choix, en cas qu'il existât quelques-uns des vices compris dans l'édit, soit une diminution de prix (*actio æstimatoria*, ou *quanto minoris*), soit la réhabilitation du contrat (*actio redhibitoria*) (8) : c'est de là que vient à de pareils vices la qualification de vices rédhibitoires. Le commentaire des jurisconsultes sur cette partie de l'édit est une triste revue des innombrables infirmités corporelles qui peuvent affliger l'homme ou les animaux.

1467. L'édit des édiles n'était relatif, dans son origine, qu'à la vente des esclaves (*mancipia*) et à celle des bêtes de somme (*jumenta*); mais il fut étendu ensuite à celle de toutes autres choses (9). Enfin, c'est par suite de ces divers éléments, par l'influence des stipulations, de la coutume, de l'édit édilitien, que la doctrine a complété la théorie des obligations produites

(1) *Ibid.* 11. § 4. f. Ulp. — (2) Dig. 21. 1. *De ædilitio edicto.* 31. § 20. f. Ulp. — 21. 2. *De evictionibus et duplæ stipulationibus.* 37. f. Ulp. — 18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. Papin. — (3) D'après le témoignage de Cicéron (*De officiis*, lib. 3), les Douze Tables avaient statué que dans la vente des fonds, l'acheteur « *qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret.* » — (4) Dig. 21. 2. *De evict.* 56. pr. f. Paul. — (5) *Ibid.* 37. f. Ulp. — 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp. — (6) Dig. 21. 1. *De ædilitio edicto, et redhibitione et quanti minoris.* 1. § 1; et 31. pr. f. Ulp. — (7) Dig. 21. 1. *De ædil. edict.* 28. f. Gai.; 31. § 20. f. Ulp. — 21. 2. *De eviction.* 31. f. Ulp. — *Con.* 4. 49. *De action. empt.* 14. const. Dioclet. et Maxim. — (8) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 18. pr. f. Gai.; 44. § 2. f. Paul.; 45. pr. Gai., etc. — (9) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 63. et 1. pr. f. Ulp.; 48. § 6. f. Pomp.; et 49. f. Ulp. — *Coû.* 4. 58. — *De ædilitiis actionibus.* 4. const. Dioclet.