

l'an et jour; et la demande est bien donnée, pourvu qu'elle le soit dans le temps qui lui aura été fixé par le juge, eu égard à la distance des lieux, sur l'indication du détenteur.

249. Lorsqu'il n'y a aucun détenteur sur l'héritage, comme lorsque c'est une pièce de terre en bois qui est l'objet de l'acquisition, le lignager qui ne sait pas la demeure de l'acquéreur, peut avoir recours à la voie de la proclamation ou cri public que propose la coutume de Berry, *t. 14, art. 8*; et par cette proclamation faite dans l'an et jour, le lignager est censé avoir exercé le retrait dans l'an et jour : on doit à cet égard se conformer à l'usage, s'il y en a.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs, dont les uns ont leur domicile dans le bailliage d'Orléans, les autres ne l'ont pas, le lignager, par la demande donnée contre le détenteur de l'héritage ou par la proclamation, est bien censé exercer le droit de retrait pour les parts de ceux qui n'ont pas leur domicile dans le bailliage; mais il n'est pas censé l'exercer pour les parts de ceux qui y ont leur domicile; il faut qu'il les assigne dans le temps de l'an et jour, à leur domicile, sinon il sera déchu vis-à-vis d'eux, et pour leur part.

250. Lorsque l'acquéreur, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage sujet au retrait, les lignagers pouvant ignorer cette aliénation, la coutume d'Orléans a très sagement ordonné en l'*art. 369* que le lignager doit être censé avoir exercé dans le temps prescrit d'an et jour, son droit de retrait, par la demande donnée contre cet acquéreur, même vis-à-vis du tiers détenteur, quoiqu'il

ne donne la demande contre ce tiers détenteur qu'après l'an et jour passés, pourvu qu'il la donne dans les quarante jours depuis l'indication qu'en aura donnée l'acquéreur.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs qui ont tous aliéné au profit d'un tiers, l'assignation donnée à l'un d'eux interrompt la prescription annale contre ce tiers pour le total, quoique, s'ils n'eussent pas aliéné, l'assignation donnée à l'un d'eux ne l'eût interrompue que pour sa part. La raison est que la demande donnée contre l'un des acquéreurs qui ont aliéné à un tiers l'héritage, n'est qu'une simple protestation d'agir contre ce tiers, que le lignager ne connoît pas ; et cette protestation est également constatée par la demande donnée contre l'un d'eux, comme par la demande donnée contre tous.

ARTICLE IV.

De la nature et de l'effet de la prescription contre le retrait.

251. La prescription contre le retrait est différente des prescriptions contre les autres obligations.

Lorsque les obligations sont, de leur nature, perpétuelles, et qu'elles n'ont pas été contractées pour ne devoir durer qu'un certain temps, les prescriptions résultantes du laps de temps réglé par la loi, que le débiteur acquiert contre les obligations et contre le droit du créancier qui en résulte, sont des prescriptions qui n'éteignent pas l'obligation ; ces prescriptions, tant qu'elles subsistent, la font seulement présumer acquittée, et donnent au débiteur une fin de non-recevoir contre l'action du créancier. Ces prescriptions

ne donne la demande contre ce tiers détenteur qu'après l'an et jour passés, pourvu qu'il la donne dans les quarante jours depuis l'indication qu'en aura donnée l'acquéreur.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs qui ont tous aliéné au profit d'un tiers, l'assignation donnée à l'un d'eux interrompt la prescription annale contre ce tiers pour le total, quoique, s'ils n'eussent pas aliéné, l'assignation donnée à l'un d'eux ne l'eût interrompue que pour sa part. La raison est que la demande donnée contre l'un des acquéreurs qui ont aliéné à un tiers l'héritage, n'est qu'une simple protestation d'agir contre ce tiers, que le lignager ne connoît pas ; et cette protestation est également constatée par la demande donnée contre l'un d'eux, comme par la demande donnée contre tous.

ARTICLE IV.

De la nature et de l'effet de la prescription contre le retrait.

251. La prescription contre le retrait est différente des prescriptions contre les autres obligations.

Lorsque les obligations sont, de leur nature, perpétuelles, et qu'elles n'ont pas été contractées pour ne devoir durer qu'un certain temps, les prescriptions résultantes du laps de temps réglé par la loi, que le débiteur acquiert contre les obligations et contre le droit du créancier qui en résulte, sont des prescriptions qui n'éteignent pas l'obligation ; ces prescriptions, tant qu'elles subsistent, la font seulement présumer acquittée, et donnent au débiteur une fin de non-recevoir contre l'action du créancier. Ces prescriptions

peuvent se couvrir, et être détruites par la reconnaissance ou le paiement que le débiteur feroit de la dette depuis que ces prescriptions lui ont été acquises; voyez sur ces prescriptions notre traité des Obligations, n. 676 et seq.

Mais lorsqu'une obligation n'a été contractée que pour durer pendant un certain temps; en ce cas, suivant les principes de notre droit françois, différent en cela de la subtilité du droit romain, la prescription qui résulte du laps de ce temps, n'opère pas seulement, comme celles dont nous venons de parler, une simple fin de non-recevoir contre l'action du créancier, mais une extinction de la dette qui la détruit entièrement, et ne la laisse plus subsister; voyez notre traité des Obligations, n. 671.

Or telle est la nature de la prescription en matière de retrait. Le droit de retrait que la loi accorde à la famille, ne lui est accordé que pour un certain temps limité : l'obligation que l'acquéreur contracte de délaisser l'héritage aux lignagers, ne dure que pendant ce temps; l'un et l'autre s'éteignent de plein droit par le laps de ce temps.

252. Il suit de ces principes que la demande en retrait lignager, qui seroit donnée par un lignager après l'an et jour, seroit une demande donnée sans aucun droit, et semblable à celle qui seroit donnée par un parent qui n'est pas de la ligne d'où l'héritage procède; car c'est la même chose de n'avoir plus le droit qu'on a eu, ou de n'en avoir jamais eu.

253. De là il suit que l'abandon de l'héritage qui seroit fait par l'acquéreur à ce lignager sur une pa-

reille demande, ne devrait pas passer pour un retrait qu'auroit exercé le lignager, mais pour une nouvelle vente que l'acquéreur auroit faite de cet héritage au lignager.

254. Cette décision doit sur-tout avoir lieu vis-à-vis des tiers. C'est pourquoi, 1° cet abandon fait sur une pareille demande en retrait ne décharge pas l'acquéreur envers le seigneur du profit dû pour la vente qui lui en a été faite, s'il n'a pas encore été acquitté.

2° Elle donne ouverture à un second profit pour cet abandon, qui est une nouvelle vente que cet acquéreur fait au lignager. 3° L'héritage passe au lignager avec la charge de toutes les hypothèques et autres droits réels dont l'héritage a été chargé par cet acheteur : car le laps du temps du retrait ayant rendu le droit de propriété de l'acheteur parfait, et non sujet à se résoudre par le retrait, a rendu pareillement irrévocables les droits d'hypothèque et autres que ces personnes tiennent de l'acquéreur ; et il ne doit pas être au pouvoir de l'acquéreur de les en dépouiller, en reconnoissant un prétendu droit de retrait qui n'existe plus.

255. Ce n'est pas seulement vis-à-vis des tiers que l'abandon de l'héritage fait par l'acquéreur au lignager sur une demande en retrait donnée après l'an et jour, ne passe pas pour un retrait ; il ne l'est pas en lui-même et dans la vérité, puisque, dès avant la demande, le droit de retrait lignager avoit cessé d'exister. C'est pourquoi l'héritage abandonné sur une telle demande, sera, dans la personne du lignager, un pur acquêt : il n'aura pas la qualité de propre qu'il auroit eue, au

moins *secundum quid*, si c'eût été un véritable retrait; l'héritier aux propres ne pourra le prétendre dans la succession du lignager, et il ne sera pas sujet au retrait s'il est revendu.

256. Le lignager ne seroit pas néanmoins recevable à soutenir contre l'acquéreur qui lui a fait le délais sur la demande en retrait, que ce délais n'est pas un retrait, mais une vente qui oblige cet acquéreur envers lui à la garantie de toutes évictions; car il n'est pas recevable à impugner lui-même la forme du retrait dont il s'est servi pour acquérir l'héritage, ni à prétendre contre l'acquéreur qui lui a fait le délais de l'héritage sur sa demande en retrait, une garantie d'autres évictions que de celles qui procéderaient de ses faits : la forme que ce lignager a choisie lui-même, prouve que ni lui n'a eu intention de stipuler de cet acquéreur une telle garantie, ni cet acquéreur de s'y obliger.

257. Lorsque l'acquéreur, sur la demande donnée, depuis l'expiration de l'an et jour, n'a pas reconnu le retrait, mais s'est laissé condamner à délaisser par retrait sur cette demande; s'il est constant que la demande n'a été donnée que depuis l'année, une telle sentence doit, vis-à-vis des tiers, passer pour collusoire entre le lignager et l'acquéreur, et ne doit pas préjudicier à leurs droits.

Mais lorsqu'il y avoit question si la demande étoit donnée ou non dans l'année, et si l'acquéreur avoit satisfait à ce qui est requis pour la faire courir, les tiers ne sont pas recevables à impugner la sentence, et à ressusciter le procès. La demande sur laquelle la

sentence d'adjudication de retrait est intervenue, doit être présumée avoir été donnée dans l'année, sur-tout lorsque la sentence est contradictoire, à moins que la collusion ne fût évidente, et telle qu'elle pût être justifiée incontinent, et sans qu'il fût besoin de renouveler pour cela un procès.

Même dans le cas auquel la sentence auroit été rendue par défaut, ou même le retrait reconnu sans sentence, on ne doit pas facilement écouter les tiers, lorsqu'il paroît quelque raison pour soutenir que le temps du retrait n'étoit pas passé lors de la demande.

ARTICLE V.

S'il y a un temps particulier pour la péremption des instances en retrait, et de l'appel des sentences de débouté de retrait.

258. C'est une maxime fondée sur plusieurs anciens arrêts, et sur l'autorité de ceux qui ont écrit sur la matière du retrait, que la demande en retrait lignager, et toutes les autres actions annales, se périment par un an, lorsqu'elles n'ont pas encore été contestées. L'ordonnance de Roussillon et l'arrêté de 1692, qui déclarent que toutes les instances, quoique non contestées, se périment par trois ans, ne doivent s'entendre que des actions ordinaires, et non des annales; leur esprit ayant été d'abrégier le temps des péremptions et non de le prolonger. Mais lorsque ces actions ont été contestées, elles ne se périment plus que par trois ans.

259. Quelques auteurs ont écrit que le lignager ne

sentence d'adjudication de retrait est intervenue, doit être présumée avoir été donnée dans l'année, sur-tout lorsque la sentence est contradictoire, à moins que la collusion ne fût évidente, et telle qu'elle pût être justifiée incontinent, et sans qu'il fût besoin de renouveler pour cela un procès.

Même dans le cas auquel la sentence auroit été rendue par défaut, ou même le retrait reconnu sans sentence, on ne doit pas facilement écouter les tiers, lorsqu'il paroît quelque raison pour soutenir que le temps du retrait n'étoit pas passé lors de la demande.

ARTICLE V.

S'il y a un temps particulier pour la péremption des instances en retrait, et de l'appel des sentences de débouté de retrait.

258. C'est une maxime fondée sur plusieurs anciens arrêts, et sur l'autorité de ceux qui ont écrit sur la matière du retrait, que la demande en retrait lignager, et toutes les autres actions annales, se périment par un an, lorsqu'elles n'ont pas encore été contestées. L'ordonnance de Roussillon et l'arrêté de 1692, qui déclarent que toutes les instances, quoique non contestées, se périment par trois ans, ne doivent s'entendre que des actions ordinaires, et non des annales; leur esprit ayant été d'abrégier le temps des péremptions et non de le prolonger. Mais lorsque ces actions ont été contestées, elles ne se périment plus que par trois ans.

259. Quelques auteurs ont écrit que le lignager ne

devoit pas être reçu à appeler du jugement qui l'avoit débouté du retrait, après le temps d'un an révolu depuis la date dudit jugement. C'est l'opinion de Brodeau sur l'art. 130 de Paris, que Lemaître, sur Paris, approuve, en convenant néanmoins que cette opinion souffre beaucoup de difficulté. La raison sur laquelle on se fonde, est qu'il n'est pas équitable que le retrayant, après avoir été débouté du retrait, ait plus de temps pour l'exercer par la voie de l'appel du jugement, qu'il n'en avoit auparavant. Cette raison ne me paroît pas décisive : l'ordonnance de 1767, qui a réglé le temps dans lequel on pourroit être reçu à appeler des sentences est une loi générale qui embrasse toutes les sentences, sur quelque matière que ce soit; il faudroit une disposition précise pour excepter de la loi générale les jugements de débouté de retrait. Les dispositions des coutumes sont entièrement remplies, lorsque la demande en retrait lignager a été donnée dans le temps qu'elles ont prescrit pour la donner.

CHAPITRE VIII.

De la forme en laquelle s'exerce le retrait.

260. LE retrait s'exerce par un exploit de demande que le lignager retrayant doit donner contre l'acheteur ou le tiers détenteur, par-devant juge compétent, aux fins de délais de l'héritage, et aux offres de rendre à l'acheteur le prix de son acquisition et les loyaux coûts.

261. Lorsque le lignager est un mineur sous puis-

devoit pas être reçu à appeler du jugement qui l'avoit débouté du retrait, après le temps d'un an révolu depuis la date dudit jugement. C'est l'opinion de Brodeau sur l'art. 130 de Paris, que Lemaître, sur Paris, approuve, en convenant néanmoins que cette opinion souffre beaucoup de difficulté. La raison sur laquelle on se fonde, est qu'il n'est pas équitable que le retrayant, après avoir été débouté du retrait, ait plus de temps pour l'exercer par la voie de l'appel du jugement, qu'il n'en avoit auparavant. Cette raison ne me paroît pas décisive : l'ordonnance de 1767, qui a réglé le temps dans lequel on pourroit être reçu à appeler des sentences est une loi générale qui embrasse toutes les sentences, sur quelque matière que ce soit; il faudroit une disposition précise pour excepter de la loi générale les jugements de débouté de retrait. Les dispositions des coutumes sont entièrement remplies, lorsque la demande en retrait lignager a été donnée dans le temps qu'elles ont prescrit pour la donner.

CHAPITRE VIII.

De la forme en laquelle s'exerce le retrait.

260. LE retrait s'exerce par un exploit de demande que le lignager retrayant doit donner contre l'acheteur ou le tiers détenteur, par-devant juge compétent, aux fins de délais de l'héritage, et aux offres de rendre à l'acheteur le prix de son acquisition et les loyaux coûts.

261. Lorsque le lignager est un mineur sous puis-

sance de tuteur, la demande en retrait, de même que les autres actions, se donne à la requête de son tuteur ou curateur, en sadite qualité de tuteur ou curateur d'un tel.

Si c'est un mineur émancipé, elle se donne à sa requête avec l'assistance de son curateur.

262. Si c'est une femme sous puissance de mari, selon la disposition de quelques coutumes, la demande peut se donner non seulement par le mari et la femme conjointement, mais même par le mari seul, pourvu qu'il la donne en sa qualité de mari d'une telle. Mais dans nos coutumes de Paris et d'Orléans, je ne pense pas que la demande fût bien donnée par le mari seul; il ne peut exercer que les actions mobilières et possessoires de sa femme, et non les immobilières, telles qu'est celle de retrait.

263. Lorsque le retrait s'exerce pour des enfants qui sont sous la puissance paternelle, la demande se donne par le père, en sa qualité de légitime administrateur des droits et actions de l'enfant pour lequel le retrait s'exerce. Cela a lieu, quand même le père seroit le vendeur de l'héritage dont le retrait s'exerce. Autrefois dans ce cas, le père émancipoit son fils, *ad unum actum*, pour l'effet d'exercer le retrait, et il lui faisoit créer un curateur *ad hoc*, par qui la demande étoit donnée. Cette procédure s'observe encore en quelques provinces, comme à La Rochelle, suivant que l'atteste M^e Vaslin; mais à Paris et à Orléans cette procédure n'est plus pratiquée, comme étant inutile, et le père donne lui-même l'action, comme administrateur des droits de son enfant

264. Lorsque la demande en retrait se donne au nom d'un enfant qui n'est pas encore né, elle se donne par un curateur créé *ad hoc*.

265. Cette action étant une action personnelle lorsqu'elle est donnée contre l'acheteur (*suprà*, chap. 2), le juge naturel devant qui elle doit être donnée, est le juge du lieu du domicile de cet acheteur. Quelques coutumes néanmoins donnent le choix aux lignagers d'assigner, ou devant le juge du domicile de l'acheteur, ou devant le juge du lieu où est situé l'héritage sujet au retrait; mais ces dispositions sont locales, et ne doivent pas être suivies dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Lalande, sur l'*art.* 367 de la coutume d'Orléans, et les annotateurs de Duplessis, citent plusieurs arrêts qui l'ont jugé. La raison est que ce n'est que dans les actions réelles que le choix du juge du lieu où est situé l'héritage est accordé au demandeur; *l. Cod. ubi. in rem, etc.* Il ne doit pas avoir ce choix pour l'action de retrait, qui est plus personnelle que réelle lorsqu'elle est donnée contre l'acheteur. Lorsque l'acheteur a un juge de privilège, il a le droit de se faire renvoyer devant le juge de son privilège.

266. L'exploit de demande doit être fait par un huissier ou sergent qui ait le pouvoir d'exploiter dans le lieu où il est fait.

S'il étoit interdit de ses fonctions, ou parent du demandeur au degré prohibé, la demande seroit nulle. Par arrêt de la cour du 6 septembre 1721, rendu en forme de règlement, et publié dans les sièges du ressort, un exploit de demande en retrait lignager a été

déclaré nul, pour avoir été fait par un huissier parent au troisième degré du demandeur.

267. C'est une question si, depuis l'édit du contrôle, qui a dispensé les huissiers et sergents de se faire assister de recors ou témoins dans les exploits de demande, la demande en retrait doit encore être recordée de témoins. M. le Camus, *Observation sur le traité du Retrait*, pense que cela est encore nécessaire, et dit que c'est l'usage. Auzanet et Ferrière, sur Paris, sont d'avis contraire : ils se fondent sur ce que la déclaration de 1671, n'ayant excepté dans la dispense accordée par l'édit du contrôle, que les exploits de saisies féodales ou réelles, et les appositions d'affiches, il s'ensuit que les exploits de demande en retrait lignager, ainsi que tous les autres exploits, se trouvent compris dans cette dispense générale.

On convient assez néanmoins que cette assistance de témoins est encore nécessaire dans les coutumes qui la requièrent par une disposition précise. Le roi, par l'édit du contrôle, ayant déclaré qu'il dérogeoit à cet égard à l'ordonnance de 1667, qui requéroit cette assistance, et n'ayant pas déclaré de même qu'il entendoit déroger aux coutumes.

Ceux qui pensent que, même dans la coutume de Paris et autres, qui ne requièrent pas expressément l'assistance des témoins, cette assistance est encore aujourd'hui nécessaire, se fondent sur ce que l'exploit de demande en retrait n'est pas un simple exploit d'assignation, et qu'il doit contenir un procès-verbal des offres réelles que le retrayant doit faire par cet exploit.

de rembourser. Or, disent-ils, ces offres doivent être constatées par des témoins. Mais ce raisonnement me paroît mauvais, et être une pétition de principe; car c'est justement ce qui est en question, si un exploit, parcequ'il contient des offres, doit être censé excepté de la dispense portée par l'édit du contrôle, quoiqu'aucune loi ne l'en ait excepté.

Dans notre coutume d'Orléans, où les offres ne sont pas nécessaires pour la validité de la demande en retrait, comme il sera dit ci-après, mais où elles sont seulement utiles, parcequ'elles font acquérir au retrayant, du jour qu'elles sont faites, un droit aux fruits qui seront perçus; il ne peut y avoir aucun prétexte pour soutenir la nullité d'une demande en retrait, faute d'être recordée de témoins.

268. Cet exploit de demande en retrait, de même que tous les autres exploits, doit être fait de jour, et non de nuit. Brodeau, sur Louet, *art.* 39, rapporte un arrêt du 7 septembre 1602, qui déclare un demandeur en retrait, déchu du retrait, parceque l'assignation avoit été donnée au mois de janvier, à sept heures du soir; et fait défense de donner aucunes assignations nuitamment et à heures indues, à peine de nullité. Cependant lorsque la demande a été donnée le dernier jour, comme en ce cas on ne peut remettre au lendemain, la nécessité peut la faire déclarer valable, quoique donnée après jour failli. On l'a ainsi jugé; je pense que c'est dans le retrait de la terre de Mercœur, par M. le prince de Conti.

269. On a agité la question si la demande en retrait lignager pouvoit être valablement donnée un jour de

dimanche ou de fête. Je pense qu'elle est valablement donnée, pourvu que le jour auquel elle est donnée fût le dernier jour du terme accordé par la coutume pour le retrait, ou qu'il ne restât plus aucun autre jour non fêté auquel elle pût être donnée. La raison est qu'on peut faire, les jours de dimanches et de fêtes, les actes qui ne peuvent se remettre, et qui sont absolument nécessaires pour la conservation de nos droits et de notre bien. On peut tirer argument de la loi 1, §. 2, et de la loi 3, ff. *de fer.*, où il est dit qu'on peut traduire quelqu'un en justice, *feriato die, cum res tempore peritura est, aut actionis dies exiturus est.*

Dumoulin, en sa note sur l'article 122 de la coutume de Poitou, cite un arrêt qui a déclaré valable un exploit de demande en retrait, donné le jour de la Fête-Dieu : il est aussi rapporté par Louet, *l. R., art. 39.* Au reste, je pense qu'on doit supposer, conformément à la restriction que nous avons proposée, que dans l'espèce de l'arrêt, la demande n'avoit pas pu se remettre à un autre jour, et que c'est conformément à cette restriction qu'on doit entendre la décision des auteurs qui enseignent que la demande en retrait peut se faire un jour de dimanche et de fête. M. Jousse, sur l'ordonnance de 1667, *tit. 2, art. 10*, cite un arrêt du 4 janvier 1719, qui a déclaré nul un exploit de demande en retrait lignager, donné un jour de fête, dans un cas où il restoit encore un mois de temps pour le donner. Néanmoins j'apprends de M. R*** qu'on vient de juger un exploit de demande en retrait, valable, donné un jour de fête, quoiqu'il n'y eût pas de nécessité.

Observez aussi que les huissiers qui donnent des demandes en cas de nécessité les jours de fêtes, ne le doivent faire qu'en vertu d'une permission du juge, suivant un acte de notoriété du châtelet de Paris, du 5 mai 1703, cité par M. Jousse, *ibid.*

Il y a quelques auteurs qui pensent qu'indistinctement tout exploit de demande en matière de retrait lignager, comme en toute autre matière, est nul lorsqu'il est donné un jour de dimanche, même lorsque la chose ne pouvoit pas se remettre, et que ce jour étoit le dernier jour du terme. C'est l'avis d'Henrys, *tit. 2, liv. 4, §. 20*; et de M^e Vaslin, sur La Rochelle, *page 72*. Leur raison est, que le retrayant doit s'imputer d'avoir attendu si tard. La réponse est prompte. On doit présumer que le retrayant n'a pas eu la commodité de donner sa demande plus tôt: il lui a fallu de l'argent; s'il ne l'a pas pu trouver plus tôt, ce qu'on doit présumer, il n'est pas en faute: il doit jouir du terme entier d'an et jour qui lui est accordé par la coutume, pour exercer son droit de retrait. Il n'auroit pas ce terme entier, s'il n'étoit pas admis à donner la demande les derniers jours du terme, lorsque ces jours se trouvent être des jours de fêtes.

Observez que ce n'est qu'aux jours de fêtes fêtées qu'il est défendu de faire des exploits: ceux faits les jours de fêtes de palais, qui ne sont pas fêtées par le peuple, sont valables. Déclaration du 28 avril 1681, citée par M. Jousse, sur l'ordonnance de 1667, *tit. 2, art. 10*; arrêt de 1748, en faveur des religieuses de Sainte-Claire de La Rochelle, cité par M^e Vaslin, qui déclare valable un exploit d'exécution fait le jour des

Innocents, quoiqu'on offrît rapporter acte de notoriété, que l'usage de la province étoit de regarder comme nuls les exploits faits les jours de fêtes de palais.

270. On a encore agité la question, s'il étoit nécessaire, à peine de nullité, que l'exploit de demande en retrait lignager exprimât précisément le jour auquel le défendeur est assigné à comparoir, sur-tout dans les coutumes, telles que celles de Paris, qui exigent que le jour de l'échéance de l'assignation tombe dans l'an et jour accordé par le retrait. Il y a sur cette question variété d'opinions et d'arrêts.

Je préfère l'opinion de ceux qui pensent que cela n'est pas nécessaire, parcequ'aucune loi ne le requiert; et que les délais de l'ordonnance étant par eux-mêmes certains, un défendeur assigné à comparoir *dans les délais de l'ordonnance*, est suffisamment averti du jour auquel il est assigné. Cette opinion est confirmée par un arrêt de la grand'chambre, du 26 juillet 1745, cité par Lacombe.

271. Ce n'est pas non plus une nullité si le retrayant a assigné un délai trop long ou trop court. Le délai trop long ne fait pas de tort au défendeur, qui peut l'anticiper, et poursuivre le congé de la demande. Lorsque le délai est trop court, le défendeur auroit plus sujet de se plaindre : mais aucune loi ne prononçant en ce cas la nullité de la demande, il doit suffire au défendeur qu'il obtienne en ce cas de jouir de tout le délai de l'ordonnance, nonobstant celui exprimé par la demande.

272. L'omission de l'expression du degré de parenté du demandeur avec le vendeur, ne rend pas non plus

l'exploit nul ; *Brodeau*, sur *Louet*, l, R, 2 ; arrêt du 26 juillet 1674, au journal du Palais.

273. Outre les formalités requises par l'ordonnance de 1667, pour la validité de tous les exploits de demande qui doivent être rigoureusement observées dans les demandes en retrait, et sur lesquelles nous renvoyons au texte de l'ordonnance, tit. 2 ; les différentes coutumes exigent encore différentes formalités pour la validité des demandes en retrait.

Par exemple, la coutume de Paris, art. 140, « veut
« que le demandeur en retrait offre *bourse*, *deniers*,
« *loyaux coûts*, et à *parfaire*, tant par l'exploit d'ajour-
« nement, qu'à chacune journée de la cause princi-
« pale, jusqu'à contestation en cause inclusivement, et
« même en cause d'appel, jusqu'à conclusion sur l'ap-
« pel aussi inclusivement. »

Dans les appellations verbales, le premier règlement qui intervient à l'audience, tient lieu de la conclusion dans les appels des sentences en procès par écrit.

Des commentateurs entendent par *journée de la cause*, chaque audience en laquelle la cause est appelée. Le demandeur en retrait, à l'appel de la cause, ou son avocat ou procureur pour lui, doivent se présenter avec une bourse, et y faire lesdites offres, et s'en faire donner acte par le juge. Un sac est compris sous le terme de *bourse*. Quoiqu'il soit d'usage de faire outre cela ces offres par des requêtes, néanmoins je pense qu'il suffit que le retrayant les fasse à l'audience.

La contestation en cause est le premier règlement qui intervient dans la cause après les défenses au prin-

cipal, signifiées par le défendeur; *ordonnance de 1667, tit 14, art 13.*

L'audience en laquelle se rend ce règlement, est la dernière en laquelle ces offres doivent être faites. Quand la cause a été une fois contestée, il n'est plus nécessaire dans le cours de l'instance principale de réitérer ces offres, lorsque la cause est portée à l'audience.

Un jugement par défaut n'emporte pas contestation, quand le défendeur contre qui il a été rendu s'y oppose dans la huitaine; car il est détruit par l'opposition.

Les commentateurs de la coutume de Paris regardent ces termes, *bourse, deniers, loyaux coûts, et à parfaire*, employés dans l'article 140, ci-dessus cité, comme termes solennels, dont le demandeur en retrait est obligé de se servir, sans pouvoir en omettre un seul, ni en substituer d'autres; *Laurière.*

Quelques coutumes ne requièrent ces offres qu'à la première journée; *Meaux, 101, Sens, tit. 7, 34.*

274. Il y a des coutumes qui demandent la consignation d'une pièce de monnaie. *Bordeaux, cap. 2, art. 17*, exige la consignation d'une pièce d'or, avec offre de parfaire. *Saintonge, tit. 6, art. 48*, dit *une pièce d'or ou d'argent*. La Marche exige l'offre et consignation de treize pièces de monnaie.

275. Notre coutume d'Orléans ne requiert point ces formalités. Les offres même de rembourser l'acquéreur, ne sont nécessaires dans cette coutume, que pour obtenir la restitution des fruits du jour qu'elles sont faites, et non pour la validité de la demande. La seule formalité que cette coutume exige,

qui soit particulière aux demandes en retrait, c'est qu'elle veut que le demandeur en retrait, par l'exploit de demande, soit tenu de faire une élection de domicile dans le territoire de la justice où le défendeur est demeurant.

Quoique cette formalité n'ait été établie que pour que l'acquéreur ne fût pas obligé d'aller chercher trop loin le retrayant pour la reconnoissance du retrait, et les autres significations qu'il auroit à lui faire; néanmoins, comme l'observation des formalités est de rigueur, sur-tout dans les matières de rigueur, telle qu'est celle du retrait, il a été jugé qu'une demande en retrait, par laquelle l'élection de domicile avoit été faite dans une maison située hors de la justice de l'ajourné, étoit nulle, quoique cette maison fût vis-à-vis la sienne.

Lorsque le lignager a assigné d'abord l'acheteur, et fait élection de domicile dans la justice de l'acheteur, et que, sur l'indication de l'acheteur qui a aliéné l'héritage, il assigne le tiers détenteur, il doit faire une nouvelle élection de domicile dans le territoire de la justice de ce tiers détenteur.

276. Les formalités du retrait étant différentes, selon les différentes coutumes, c'est la coutume du lieu où l'héritage sujet à retrait est situé, qui doit régler les formalités qui doivent être observées; car, comme c'est cette coutume, à l'empire de laquelle l'héritage est soumis, qui le rend sujet au retrait, et qui en accorde le droit aux lignagers, les lignagers, qui tiennent leur droit de cette coutume, ne peuvent l'exercer que sous les conditions sous lesquelles cette coutume

le leur défère, et en observant les formalités qu'elle leur prescrit. *Voyez les arrêts cités par les annotateurs de Duplessis, chap. 1.*

277. Quoique dans les autres matières l'inobservation de quelque formalité emporte seulement la nullité de la demande et la déchéance de l'instance, et non la déchéance du droit du demandeur, qu'il peut de nouveau poursuivre par une nouvelle demande, pourvu qu'il soit encore dans le temps de la donner; au contraire, dans la matière du retrait lignager, l'inobservation de quelque formalité emporte non seulement la nullité de la demande, mais la déchéance du droit du demandeur, qu'il n'est plus admis à poursuivre par une nouvelle demande; et il n'importe à cet égard que la formalité qu'on a manqué d'observer, soit de celles qui sont communes pour tous les exploits de demande, et qui sont requises par les ordonnances, ou qu'elle soit de celles qui sont particulières au retrait lignager, et qui sont requises par les coutumes, soit à l'égard de l'exploit de demande, soit à l'égard de la suite de la procédure de la demande en retrait. Loysel en a fait une maxime : *Congé de cour entre le retrait emporte gain de cause.* Elle est tirée de l'article 134 de la coutume de Laon, et l'usage en est constant par-tout.

278. De là naît une autre différence; savoir, que dans les autres matières les défauts de formalité ne touchant pas au fond, doivent s'opposer à *limine litis*, et se couvrent par la contestation en cause. Au contraire, dans la matière du retrait, les défauts de formalité étant des défauts qui touchent au fond, en faisant déchoir de son droit le demandeur en retrait qui

ne les a pas observées, ces défauts peuvent, de même que toutes les exceptions péremptoires, être opposés jusqu'à la sentence définitive, et même sur l'appel.

279. Le retrayant déchu de son droit par un défaut de formalité dans son exploit de demande ou dans la procédure, a-t-il une action *ex conducto* contre le procureur ou l'huissier *cujus operas conduxit*, pour réparation de la perte de son droit, qu'il souffre par son impéritie? Selon les vrais principes, les huissiers et les procureurs devroient en ce cas être tenus du tort qu'ils ont causé à la partie par leur impéritie; car toute personne qui fait profession publique d'un état, est responsable du tort qu'il fait dans l'exercice de son état par son impéritie: *Imperitia culpæ annumeratur; l. 132, ff. de reb. jud.; l. 7, §. 8, et passim., ff. ad L. Aqu.* Voyez le traité des Obligations, n. 163. Néanmoins on n'observe pas toujours rigoureusement ces principes. Montholon, chap. 61, rapporte un arrêt qui déchargea en pareil cas un procureur des dommages et intérêts contre lui prétendus pour la nullité d'une demande en retrait, et fit néanmoins injonction aux procureurs d'être plus exacts à l'avenir, à peine d'être tenus des dommages et intérêts de leurs parties. M^e Vaslin, sur La Rochelle, fait une distinction à l'égard des huissiers; il dit « que l'huissier est garant de l'inobservation « des formalités prescrites par l'ordonnance, mais non « de celles prescrites par la coutume. » Je ne vois pas pourquoi un huissier seroit plutôt dispensé de savoir les dispositions de sa coutume, qui concernent son état, que celles de l'ordonnance. En un cas, je le crois excusable; c'est lorsque la formalité que l'huissier n'a

pas observée étoit requise par la coutume du lieu où l'héritage est situé, et que l'huissier étoit d'une juridiction hors de cette coutume. Comme lorsqu'un huissier de Paris, qui a assigné quelqu'un à Paris sur une demande en retrait pour un héritage sis à Orléans, a omis dans son exploit d'élection de domicile prescrite par l'article 367 de la coutume d'Orléans, l'huissier ne doit pas être garant de cette nullité : on ne doit pas exiger d'un huissier qu'il sache toutes les coutumes du royaume : le retrayant doit s'imputer en ce cas de ne lui avoir pas donné un modèle. Mais si c'étoit un huissier d'Orléans qui eût assigné, je ne vois pas pourquoi il seroit moins tenu du défaut de cette formalité que d'un défaut de formalité d'ordonnance.

CHAPITRE IX.

Des obligations du retrayant.

280. LE principe général sur les obligations du retrayant, est qu'il doit rendre l'acquéreur indemne, aussi parfaitement qu'il lui est possible de le rendre indemne.

Cette obligation renferme, 1^o celle de rembourser l'acheteur du prix qu'il a payé pour son acquisition, et de l'acquitter de ce qui en reste dû ; 2^o celle de l'indemniser des charges appréciables à prix d'argent, qui font partie du prix de l'acquisition, et qu'il a acquittées ou qu'il est tenu d'acquitter ; 3^o celle de l'indemniser des loyaux coûts de l'acquisition ; 4^o celle de l'indem-

pas observée étoit requise par la coutume du lieu où l'héritage est situé, et que l'huissier étoit d'une juridiction hors de cette coutume. Comme lorsqu'un huissier de Paris, qui a assigné quelqu'un à Paris sur une demande en retrait pour un héritage sis à Orléans, a omis dans son exploit d'élection de domicile prescrite par l'article 367 de la coutume d'Orléans, l'huissier ne doit pas être garant de cette nullité : on ne doit pas exiger d'un huissier qu'il sache toutes les coutumes du royaume : le retrayant doit s'imputer en ce cas de ne lui avoir pas donné un modèle. Mais si c'étoit un huissier d'Orléans qui eût assigné, je ne vois pas pourquoi il seroit moins tenu du défaut de cette formalité que d'un défaut de formalité d'ordonnance.

CHAPITRE IX.

Des obligations du retrayant.

280. LE principe général sur les obligations du retrayant, est qu'il doit rendre l'acquéreur indemne, aussi parfaitement qu'il lui est possible de le rendre indemne.

Cette obligation renferme, 1^o celle de rembourser l'acheteur du prix qu'il a payé pour son acquisition, et de l'acquitter de ce qui en reste dû ; 2^o celle de l'indemniser des charges appréciables à prix d'argent, qui font partie du prix de l'acquisition, et qu'il a acquittées ou qu'il est tenu d'acquitter ; 3^o celle de l'indemniser des loyaux coûts de l'acquisition ; 4^o celle de l'indem-

niser des impenses nécessaires qu'il a faites sur l'héritage.

Nous traiterons dans quatre articles de ces différentes indemnités. Nous verrons dans un cinquième ce qui doit être remboursé lorsque le retrait s'exerce sur un tiers. Nous verrons dans un sixième dans quel temps le retrayant est obligé de satisfaire à ces obligations. Dans un septième, nous parlerons des offres et de la consignation qu'il doit faire en cas de refus.

ARTICLE PREMIER.

Du prix.

281. Le retrayant doit rendre à l'acheteur le prix qu'il a payé pour son acquisition, et le faire décharger de ce qui en reste dû.

§. I. Quel est ce prix.

282. Ce prix est celui qui est porté au contrat. Néanmoins si le retrayant soutenoit qu'en fraude du retrait, on a exprimé un prix plus fort que celui qui a été convenu, et qu'il offrît d'en faire la preuve, il devoit être reçu à la faire, même par témoins; et s'il la faisoit, il ne seroit obligé à rembourser que le prix qui a été, dans la vérité, convenu entre les parties.

Le retrayant, pour être admis à cette preuve, n'a pas besoin de s'inscrire en faux; car en soutenant qu'on a exprimé par le contrat un prix plus fort que celui qui est convenu, il ne soutient pas que le contrat est faux, mais seulement qu'il contient une fraude et un mensonge. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, sur la coutume

niser des impenses nécessaires qu'il a faites sur l'héritage.

Nous traiterons dans quatre articles de ces différentes indemnités. Nous verrons dans un cinquième ce qui doit être remboursé lorsque le retrait s'exerce sur un tiers. Nous verrons dans un sixième dans quel temps le retrayant est obligé de satisfaire à ces obligations. Dans un septième, nous parlerons des offres et de la consignation qu'il doit faire en cas de refus.

ARTICLE PREMIER.

Du prix.

281. Le retrayant doit rendre à l'acheteur le prix qu'il a payé pour son acquisition, et le faire décharger de ce qui en reste dû.

§. I. Quel est ce prix.

282. Ce prix est celui qui est porté au contrat. Néanmoins si le retrayant soutenoit qu'en fraude du retrait, on a exprimé un prix plus fort que celui qui a été convenu, et qu'il offrît d'en faire la preuve, il devoit être reçu à la faire, même par témoins; et s'il la faisoit, il ne seroit obligé à rembourser que le prix qui a été, dans la vérité, convenu entre les parties.

Le retrayant, pour être admis à cette preuve, n'a pas besoin de s'inscrire en faux; car en soutenant qu'on a exprimé par le contrat un prix plus fort que celui qui est convenu, il ne soutient pas que le contrat est faux, mais seulement qu'il contient une fraude et un mensonge. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, sur la coutume

de Nevers, chap. 31, art. 3 : *Nec tenebitur instrumentum arguere de falso, quia aliud merum falsum, aliud fraus, aliud simulatio.*

Il peut faire entendre en déposition le vendeur sur ce fait; *Grimaudet*, v, 9.

Le retrayant peut aussi, à défaut de preuve, déférer à l'acquéreur le serment sur la sincérité du prix porté au contrat.

Quelques coutumes punissent cette fraude des acquéreurs; voyez *suprà*, n. 14.

283. Lorsque la vente qui a donné ouverture au retrait est constante, et qu'on ignore le prix pour lequel l'héritage a été vendu, on doit rendre le prix, suivant que les experts diront que l'héritage valoit au temps du contrat, comme dans l'espèce suivante.

Finge. La minute du contrat a été incendiée, on n'en a délivré aucune expédition. Le vendeur et l'acheteur sont morts. Un lignager a donné la demande en retrait contre l'héritier de l'acheteur : sur cette demande, en conséquence de l'incendie des minutes, on a admis le lignager à la preuve testimoniale de la vente qui a donné ouverture au retrait. Le notaire et les témoins entendus ont déposé qu'ils se souviennent que le contrat de vente a été passé vers un tel temps, mais qu'ils ne se souviennent pas pour quel prix. Il faut bien, en ce cas, avoir recours au dire d'experts; et ce défaut de connoissance du prix ne doit pas exclure les lignagers. C'est l'avis de *Grimaudet*, v, 7.

284. Si c'étoit sur l'acheteur que le retrait s'exerçât, et qu'il déclarât le prix pour lequel il a acheté l'héritage, je pense que le juge devoit s'en rapporter à cette

déclaration de l'acheteur, en prenant son serment. Si néanmoins le lignager soutenoit que ce prix prétendu n'est pas vraisemblable, je pense qu'il faudroit avoir recours à des experts pour dire s'il est vraisemblable : au cas qu'il ne le fût pas, on n'aura pas d'égard à la déclaration de l'acheteur, et le prix devra être restitué suivant le dire desdits experts.

285. On ne doit pas non plus s'en rapporter à la déclaration de l'acquereur, mais il faut avoir recours au dire d'experts, lorsque l'acheteur a été trouvé en mauvaise foi; *putà*, s'il avoit commencé par dénier l'achat qu'il avoit fait, lequel a été justifié depuis.

286. Lorsqu'on n'a d'autre preuve de la vente qui a donné ouverture au retrait, que la déclaration de l'acheteur, il n'est pas douteux en ce cas qu'on la doit prendre en entier, et qu'elle fait foi du prix pour lequel il confesse avoir acheté l'héritage.

287. Lorsqu'outre le prix porté au contrat, l'acquereur depuis a payé ou s'est obligé de payer au vendeur un supplément de prix, on demande si le retrayant est obligé de lui rembourser ce supplément, ou de l'en indemniser, s'il le doit encore au vendeur. Il n'est pas douteux que l'acheteur en doit être remboursé, lorsqu'il a payé ce supplément en vertu d'une sentence qui, sur une action rescisoire donnée contre lui par le vendeur pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, l'a condamné à délaisser l'héritage, si mieux il n'aimoit payer ce supplément.

Il est aussi sans difficulté que l'acheteur doit être remboursé du supplément de prix qu'il a payé, lorsqu'il paroît qu'il l'a payé pour empêcher cette action,

ou quelque autre action rescisoire, ou de réméré, ou quelque autre que le vendeur avoit droit de donner contre lui.

Plusieurs coutumes en ont des dispositions. Anjou, *art.* 364, dit : « Le prix de la grace (de réméré) achetée
« par l'acquéreur, se mettra en abondance avec le prin-
« cipal en connoissance de retrait, etc. ; » et *art.* 365 :
« Et à semblables, le supplément fait par l'acquéreur
« par autorité de justice et sans fraude avec l'ajourne-
« ment, etc. » Maine, 374 et 375, dit la même chose
en mêmes termes. Bourbonnois, *art.* 431, dit pareille-
ment : « Supplément du juste prix, achat du droit de
« réméré, et frais qui en dépendent, faits sans fraude
« par l'acquéreur avant l'ajournement, etc., se comp-
« tent avec le sort principal. » Nivernois, *chap.* 31,
art. 12, dit la même chose.

288. Que doit-on décider dans le cas auquel l'acheteur croyant avoir acheté à trop vil prix, non pas néanmoins au-dessous de la moitié du juste prix, a, par pure délicatesse de conscience, avant qu'il eût été donné aucune demande en retrait, payé ce supplément au vendeur ? Dumoulin, *in Cons. Par.*, §. 20, *gl.* 8, *n.* 1, semble décider que le retrayant doit rendre le prix avec le supplément ; car il dit : *Illud, et non primum, est verum pretium conventum, quasi reformatâ priore venditione.* Cette décision doit avoir lieu lorsque le supplément du prix a été payé ou convenu avant la tradition réelle de l'héritage vendu, parceque la vente ne subsistant en ce cas que par le seul consentement des parties, elle peut facilement être détruite et fondue en une autre par un autre consentement ; voyez notre

traité du Contrat de Vente, n. 327 et 328. Mais si ce n'est que depuis la tradition réelle faite en exécution de la vente, qu'il a plu à l'acheteur de payer ce supplément de prix, il faut décider le contraire : car la vente ayant été exécutée par la tradition réelle, ne peut être détruite, les conditions n'en peuvent être changées au préjudice du droit de retrait acquis irrévocablement à la famille du vendeur : il paroît même que c'est le sens de Dumoulin, qui, au lieu cité, veut, pour qu'on ait égard à l'augmentation du prix, que *non fuerit consummata et executata venditio*.

Les textes des coutumes ci-dessus rapportés, qui disent indistinctement qu'on doit tenir compte à l'acquéreur du supplément du juste prix qu'il a donné au vendeur sans fraude avant l'ajournement, ne doivent s'entendre que de celui qu'il a donné pour se rédimmer de quelque action que le vendeur conservoit contre lui, et non de celui qu'il a donné volontairement; *Grimaudet*, VII, 6.

289. Lorsqu'un acheteur a fait un décret sur lui, qui est devenu forcé, et sur lequel il a été obligé de se rendre adjudicataire pour un prix plus fort, ce n'est pas seulement le prix porté au contrat de vente que le retrayant doit rembourser, comme l'a avancé Lhommeau, III, 208, en quoi il a été justement repris par son commentateur Challine; c'est celui du décret qu'il doit rembourser : car ce n'est pas en ce cas le contrat de vente, puisqu'il est devenu inefficace par les enchères portées au-dessus du prix; mais c'est le décret qui donne ouverture au retrait. C'est pourquoi, dans les coutumes telles que la nôtre, qui disent qu'héritage

vendu par décret n'est sujet à retrait, il n'y auroit pas lieu en ce cas au retrait.

290. Lorsqu'une maison qui a été vendue, a été depuis brûlée sans le fait ni la faute de l'acheteur, ou lorsqu'une partie des héritages compris dans un même marché est périée, *putà*, si la rivière en a emporté une partie; le lignager qui retire ce qui en reste, est-il obligé de rendre tout le prix du marché? Tiraqueau, *ad finem tit. n. 76*, décide qu'il ne doit rendre le prix qu'à proportion de ce qui reste. Tous les exemples qu'il rapporte pour autoriser sa décision, n'ont aucun rapport au retrait. On peut dire pour son sentiment, que le lignager n'exerçant pas le retrait de ce qui n'existe plus, n'en doit pas rendre le prix; que la perte étant arrivée pendant que l'acheteur étoit propriétaire, l'acheteur la doit supporter, suivant la règle, *res perit domino*. Ferronius décide au contraire que dans ce cas le lignager ne laisse pas d'être obligé de rendre tout le prix du marché. La raison est, que n'y ayant qu'un seul marché auquel le lignager est subrogé par le retrait, le lignager doit se charger de toutes les pertes survenues dans les choses comprises au marché, puisqu'il prend pour lui le marché. En cela on ne lui fait aucune injustice, puisqu'il ne tient qu'à lui de ne pas se charger de ce marché, en n'exerçant pas le retrait. Au contraire ce seroit une injustice manifeste que le lignager ne prît le marché de l'acquéreur que pour les choses qui restent de ce marché, et qu'il laissât le marché à l'acheteur pour ce qui est péri: l'acheteur sur qui on exerce le retrait cesse d'être l'acheteur, et doit par conséquent être remboursé de tout ce que son

achat lui a coûté, par le retrayant, qui devient acheteur à sa place. Quant à ce qu'on propose, que *res perit domino*, la réponse est, que lorsque le propriétaire de la chose qui est périée, en étoit débiteur envers quelqu'un, la perte tombe sur celui à qui elle étoit due, suivant cette autre règle, *res perit creditori*: la perte en doit donc tomber sur le lignager retrayant, auquel, en cas de retrait, la restitution de cette chose est due. Cette décision de Ferronius est la plus juridique, et doit être suivie.

291. *Vice versâ*, si l'héritage, depuis le contrat de vente, et avant la demande en retrait, étoit augmenté, *putà*, par des alluvions, le retrayant doit profiter de ce bénéfice, et cette augmentation de l'héritage ne doit causer aucune augmentation dans le prix du marché qu'il doit rendre; car le retrayant, en prenant le marché pour son compte, en doit avoir tous les bénéfices, de même qu'il en supporte tous les risques.

292. Observez que lorsque le prix porté au contrat renferme, outre celui de l'héritage, celui des fruits pendants, ou de quelques jouissances, l'acquéreur qui en a profité, en doit faire déduction, comme nous le verrons au *chap. 10*.

293. Il reste à observer que l'acquéreur doit être remboursé du prix, non seulement lorsqu'il l'a réellement payé, mais lorsqu'il s'en est acquitté par quelque espèce de paiement fictif que ce soit, *putà*, par la compensation qu'il en auroit faite avec quelque somme dont le vendeur lui étoit débiteur d'ailleurs.

Mais si la somme dont il a été fait compensation avec une partie du prix étoit due par le vendeur à

l'acheteur en vertu du même contrat de vente; *putà*, si le vendeur se trouvant débiteur des dommages et intérêts pour raison de quelque charge de l'héritage non déclarée par le contrat, les dommages et intérêts eussent été compensés avec une partie du prix, il est évident que le retrayant ne seroit pas tenu de faire raison à l'acheteur de cette partie du prix, car le retrayant étant subrogé à tous les droits résultants de l'achat, c'est au retrayant que sont dus ces dommages et intérêts auxquels cette partie du prix a été compensée.

294. Suivant le même principe, si depuis le contrat de vente l'acheteur s'est acquitté du prix ou d'une partie par une novation, en contractant une autre dette à la place, soit envers le vendeur, soit envers une autre personne de l'ordre du vendeur, il n'est pas douteux que le retrayant doit rembourser à l'acheteur le prix ou la partie du prix dont il s'est acquitté par cette novation, de même que s'il l'eût payée réellement; mais il n'est pas tenu de l'acquitter de la nouvelle dette.

Cependant si cette novation s'étoit faite par le contrat même de la vente, ou depuis, mais par une transaction entre le vendeur et l'acheteur sur l'exécution de ce contrat, contre lequel le vendeur vouloit se pourvoir, la novation faisant en ce cas partie des conditions du marché auquel le retrayant est subrogé, le retrayant ne doit pas en ce cas rendre le prix dont il s'est fait novation, mais il doit acquitter ou décharger l'acquéreur de la nouvelle obligation.

295. Suivant le même principe, si l'acheteur a été

libéré du prix par la confusion, ayant succédé, soit à titre universel, soit à titre singulier, au vendeur à la créance de ce prix, il n'est pas douteux qu'il en doit être remboursé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé.

296. Pareillement, si le vendeur, pour gratifier l'acheteur, lui a fait remise d'une partie du prix, l'acheteur doit en être remboursé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé; mais si le vendeur avoit déclaré par l'acte de remise, qu'il le faisoit par délicatesse de conscience, et parcequ'il croyoit avoir vendu trop cher; le retrayant, comme devenu aux droits de l'acheteur, devroit profiter de la remise, et ne seroit pas tenu de rembourser à l'acheteur la somme remise.

Observez aussi que pour que l'acquéreur puisse prétendre le remboursement de la partie du prix qui lui a été remise, il faut qu'il ne paroisse pas que cette partie du prix dont on lui a fait remise n'étoit qu'un prix simulé, ajouté en fraude de retrait. C'est ce qui paroît lorsque l'acheteur est une personne qui n'a avec le vendeur aucune liaison de sang ou d'amitié, qui ait pu porter le vendeur à cette remise, et que d'ailleurs le prix, sans la partie dont il est dit qu'on a fait remise, est la juste valeur de l'héritage.

Lorsqu'il n'y a pas une preuve suffisante de la simulation du prix, on peut déférer le serment à l'acheteur.

§. II. De la décharge du prix qui est encore dû.

297. Le retrayant, pour indemniser l'acquéreur,

doit lui procurer la décharge du prix qu'il n'a pas payé, et qu'il doit encore.

Le retrayant peut procurer à l'acquéreur cette décharge, ou en payant à l'acquéreur la somme qu'il doit, ou en la payant au vendeur, et en remettant la quittance à l'acquéreur, ou en rapportant à l'acquéreur un acte par lequel le vendeur le décharge.

298. Il est souvent de l'intérêt du retrayant de payer au vendeur plutôt qu'à l'acquéreur; car lorsque l'acquéreur n'est pas bien solvable, le retrayant, en payant à l'acquéreur, court le risque que cet acquéreur retienne l'argent et ne paye pas le vendeur, aux hypothèques duquel l'héritage retiré demeure sujet pour ce prix, que le retrayant seroit tenu de payer une seconde fois au vendeur, sauf son recours contre l'acheteur à qui il l'auroit payé.

Le retrayant a donc intérêt de payer entre les mains du vendeur, pour éviter de courir ce risque; et quoiqu'il ne soit pas débiteur du vendeur, il peut obliger le vendeur à recevoir de lui le prix qui lui est dû par l'acheteur: il peut à cet effet lui faire sommation, et sur son refus, consigner. Le retrayant, en ce cas, remettra à l'acheteur la sommation et la quittance de consignation, qui doit tenir lieu à l'acheteur de la quittance du vendeur, si ce vendeur eût voulu recevoir: le retrayant doit de plus faire, à ses risques, déclarer contre le vendeur, les offres et la consignation valables, et remettre à l'acquéreur copie du jugement.

299. Si le vendeur veut bien recevoir le retrayant pour débiteur, et décharger l'acheteur, le retrayant,

remettant à l'acheteur cette décharge, satisfait à cet égard à l'obligation du retrait, de même que s'il eût payé.

300. Si le prix n'étoit pas encore exigible, soit pour le total, soit pour partie, lors du retrait, le retrayant pourroit-il obliger le vendeur à l'accepter pour débiteur de ce prix et de toutes les obligations portées au contrat de vente, et à en décharger l'acheteur, en donnant par le retrayant audit vendeur bonne et suffisante caution? On peut apporter des raisons aussi plausibles en apparence pour l'affirmative. Le droit de retrait étant le droit qu'a le lignager de prendre le marché de l'acheteur étranger, et d'être subrogé à l'achat qu'il a fait, tous les droits résultants de cet achat sont transférés de la personne de l'acheteur étranger, en celle du retrayant : il paroît s'ensuivre que les obligations résultantes de cet achat doivent pareillement passer de sa personne en celle du retrayant, et que cet acheteur étranger en doit être déchargé. Il est vrai que cette translation des droits et des obligations de l'acheteur en la personne du retrayant ne doit pas préjudicier au vendeur. Mais au moyen de la caution qui lui sera donnée, elle ne lui causera aucun préjudice, étant indifférent au vendeur qui il ait pour débiteur, pourvu qu'il ait une sûreté entière, qui lui est procurée par une bonne caution que lui donnera le retrayant. C'est l'avis de Grimaudet, VII, 10, qui va même jusqu'à dire qu'on ne doit pas toujours obliger pour cela le retrayant à donner caution, et que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge.

Nonobstant ces raisons, Dumoulin, *in Cons. Par.*

§. 20, *gl.* 8, *n.* 8, décide que le vendeur n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. La raison est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre le retrayant et l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et qui ne concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du retrait, l'acheteur étant censé s'être chargé d'en courir le risque, le retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est exercé, aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le décharger de son obligation : le vendeur se trouve donc dans la règle générale qui ne permet pas qu'un créancier puisse être obligé malgré lui à changer le débiteur, quelque caution qu'on lui offre. Plusieurs coutumes ont des dispositions conformes à cette décision de Dumoulin ; Melun, *art.* 155 ; Auxerre, *art.* 175 ; Sens, *art.* 53, *etc.*

301. De là naît une autre question, qui est de savoir si le vendeur ne voulant pas décharger l'acheteur sur qui le retrait est exercé, de ses obligations, le retrayant peut jouir des termes accordés par le contrat pour le paiement du prix, en offrant bonne et suffisante caution à l'acheteur, de payer aussitôt l'échéance du terme, et de lui rapporter quittance ou décharge ? Dumoulin, *d. gl. n.* 5, décide pour l'affirmative. Sa raison est, que le retrayant étant par le retrait subrogé au marché qu'a fait l'acheteur, il doit jouir de tous les avantages qui en font partie, et par conséquent du terme accordé par le marché : s'il n'en jouissoit pas, et qu'il fût obligé de payer comptant ce que l'acheteur ne s'est obligé de payer qu'au bout d'un certain terme,

il achèteroit plus cher que l'acheteur ; car le plus s'estime *non solum quantitate, sed et tempore* ; ce qui paroît être contre la nature du retrait, qui n'étant qu'une subrogation au marché de l'acheteur, doit se faire au même prix et aux mêmes conditions. L'acheteur ne peut se plaindre de ce qu'il demeurera obligé pendant le temps que durera le terme, puisqu'il est pourvu à son indemnité par une bonne et suffisante caution qu'on lui donne. Ce sentiment a été embrassé par quelques coutumes ; Sens, Melun, Auxerre, aux articles ci-dessus cités.

Au contraire, la coutume de Troyes, *art. 161*, et celle de Rheims, *art. 225*, ne permettent pas que le retrayant jouisse en ce cas du terme en donnant caution, et elles l'obligent à rapporter à l'acheteur dans les vingt-quatre heures, quittance ou décharge du prix qui reste à payer, quoique le terme du paiement ne soit pas échu. La raison sur laquelle elles se fondent, est que le retrayant doit indemniser l'acquéreur aussi parfaitement qu'il peut le faire. Or la caution qu'on lui donne ne le décharge pas de son obligation, et n'empêche pas qu'il ne coure le risque d'être exposé à des contraintes pour le paiement du prix, sauf son recours ; il est donc évident qu'elle ne l'indemnise pas aussi parfaitement que le paiement ou la décharge de son obligation.

Il paroît que c'est aussi l'esprit des coutumes de Paris et d'Orléans. On peut tirer argument des *art. 137* de Paris et *390* d'Orléans, par lesquels ces coutumes obligent le retrayant sur un bail à rente rachetable, à rembourser la rente dans les vingt-quatre heures, et ne

permettent pas par conséquent au retrayant de jouir de la faculté qu'auroit eue le preneur sur qui le retrait est exercé, de retenir le prix en payant la rente.

Observez, en passant, qu'il faut supposer dans l'espèce de ces articles, que, par le bail, il y avoit quelque clause de fournir et faire valoir la rente, ou autre semblable, en vertu de laquelle le preneur seroit demeuré obligé à la rente, nonobstant le retrait exercé sur lui; car si le bail étoit un simple bail à rente, le preneur étant déchargé de plein droit de la rente pour l'avenir, en cessant de posséder l'héritage, il n'auroit aucun intérêt au rachat de la rente, et il n'y auroit par conséquent aucune raison d'obliger le retrayant à ce rachat.

Ces dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans ayant été ajoutées lors de la réformation, et formées apparemment sur la jurisprudence qui avoit lieu alors, il y a lieu de penser qu'elles doivent avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

302. Lorsque le terme du paiement a été accordé en faveur du vendeur, étant porté par le contrat que le prix ne pourroit être payé qu'au bout d'un certain temps; en ce cas n'étant pas au pouvoir du retrayant de payer le vendeur, qui ne veut pas recevoir avant le terme porté par le contrat, l'acheteur sur qui le retrait est exercé doit se contenter de la caution que le retrayant lui donne de payer à sa décharge, lors de l'échéance du terme; car la caution étant la seule espèce d'indemnité qu'il soit possible de donner, l'acheteur doit s'en contenter, personne ne pouvant être tenu à l'impossible.

303. Il en est de même lorsque la vente a été faite à la charge de la prestation de quelque rente qui ne peut être remboursée; le retrayant ne peut être obligé à autre chose qu'à donner caution de l'acquitter à la charge de l'acheteur.

ARTICLE II.

Des charges imposées à l'acheteur par le contrat de vente.

304. Les charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées à l'acheteur par le contrat de vente, font partie du prix. C'est pourquoi lorsqu'elles ont été acquittées par l'acheteur sur qui le retrait est exercé, le retrayant doit rembourser l'acheteur de la somme à laquelle elles seront estimées, de même qu'il le doit rembourser du prix principal de l'acquisition.

Il y a seulement cette différence, que le prix principal étant une somme d'argent certaine et liquide, le remboursement en doit être fait dans le temps fatal accordé par la coutume pour l'exécution du retrait; au lieu que le prix de ces charges n'étant pas liquide, il n'y a point de temps fatal pour le restituer; il doit seulement l'être après que l'estimation en aura été faite.

Cette estimation doit être faite aux dépens du retrayant, par des estimateurs, dont l'un doit être choisi par le retrayant, et l'autre par l'acheteur; et si les estimateurs ne s'accordent pas, l'estimation se fait par un tiers, qui est en ce cas nommé d'office par le juge.

305. Lorsque les charges n'étoient pas encore acquittées lors du retrait, suivant le principe que nous

303. Il en est de même lorsque la vente a été faite à la charge de la prestation de quelque rente qui ne peut être remboursée; le retrayant ne peut être obligé à autre chose qu'à donner caution de l'acquitter à la charge de l'acheteur.

ARTICLE II.

Des charges imposées à l'acheteur par le contrat de vente.

304. Les charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées à l'acheteur par le contrat de vente, font partie du prix. C'est pourquoi lorsqu'elles ont été acquittées par l'acheteur sur qui le retrait est exercé, le retrayant doit rembourser l'acheteur de la somme à laquelle elles seront estimées, de même qu'il le doit rembourser du prix principal de l'acquisition.

Il y a seulement cette différence, que le prix principal étant une somme d'argent certaine et liquide, le remboursement en doit être fait dans le temps fatal accordé par la coutume pour l'exécution du retrait; au lieu que le prix de ces charges n'étant pas liquide, il n'y a point de temps fatal pour le restituer; il doit seulement l'être après que l'estimation en aura été faite.

Cette estimation doit être faite aux dépens du retrayant, par des estimateurs, dont l'un doit être choisi par le retrayant, et l'autre par l'acheteur; et si les estimateurs ne s'accordent pas, l'estimation se fait par un tiers, qui est en ce cas nommé d'office par le juge.

305. Lorsque les charges n'étoient pas encore acquittées lors du retrait, suivant le principe que nous