

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

4589.57,2
1930-1931



RÉPÉTITIONS ÉCRITES
DE
PROCÉDURE CIVILE

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle
de

M. MOREL

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Troisième Année

" LES COURS DE DROIT "

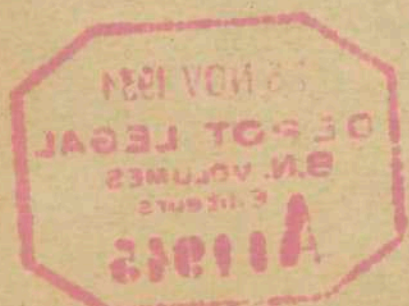
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES

RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —





PROCEDURE CIVILE

PRELIMINAIRES

Définition.

La procédure comprend l'ensemble des règles suivant lesquelles les tribunaux instruisent et jugent les litiges; ou encore l'ensemble des règles suivant lesquelles la justice est rendue au nom de l'Etat.

Les trois procédures du droit français.

Cette définition convient à toute espèce de procédure; or il existe trois procédures, qui correspondent respectivement aux trois ordres de tribunaux existant en France. Ce sont: la procédure criminelle, la procédure administrative et la procédure civile.

La procédure criminelle.

La procédure criminelle a pour objet la recherche des infractions et la poursuite des délinquants.

La procédure administrative.

La procédure administrative est l'ensemble des règles suivant lesquelles les tribunaux administratifs jugent les litiges auxquels donne lieu le fonctionnement des services publics.

La procédure civile.

La procédure civile, enfin, est l'ensemble des règles suivant lesquelles les tribunaux de l'ordre judiciaire assurent la protection des droits des particuliers, lorsque ces droits sont méconnus ou contestés.

A côté du Droit privé, la procédure civile apparaît comme le droit sanctionnateur, grâce auquel ceux qui sont lésés dans leurs droits peuvent obtenir la reconnaissance de ces droits et, au besoin, obtenir d'y être réintégrés par la force publique.

Ressemblances et différences entre la pro-

La procédure civile se distingue à de nombreux points de vue de la procédure criminelle et de la procédure administrative; la raison de ces différences tient

cédure civile et procédure administrative et la procédure criminelle.

évidemment à la nature des litiges, qui sont portés devant les différents ordres de tribunaux et à la qualité des parties ; cependant, ces trois procédures se ressemblent par certains points particuliers. Il est, en effet, un certain nombre de principes, considérés comme inhérents à une bonne administration de la justice, qui sont applicables aux trois procédures, même dans le silence de la loi. Par exemple, que nul ne peut être juge et partie, le principe de la liberté de la défense, le principe que nul document ne saurait être soumis au juge sans que les parties en aient eu connaissance et aient été mises à même de le discuter ; et aussi le principe, que le tribunal ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi, mais doit statuer sur toutes ces conclusions...etc.. etc... Ces principes et d'autres encore, sont communs à toutes les procédures.

D'autre part, on tend à considérer que, même en matière administrative ou criminelle, on peut suppléer aux lacunes de la loi en recourant aux lois de la procédure civile, qui apparaît ainsi comme le Droit commun. Ainsi certaines règles du Code de procédure civile, notamment sur la récusation des juges, s'appliquent aux tribunaux de l'ordre criminel et même à ceux de l'ordre administratif.

Toute procédure, comme l'indique l'étymologie du mot, implique l'idée d'une marche à suivre (procedere, avancer). La solution d'un procès suppose une série d'actes successifs, faits soit par les parties, soit par le juge. Ces actes ont pour but de formuler les prétentions respectives des plaideurs, d'éclairer le tribunal et de lui permettre de prononcer en connaissance de cause ; ces actes successifs plus ou moins nombreux, constituent la structure matérielle de l'instance.

Une fois le tribunal suffisamment éclairé, l'affaire suffisamment instruite, les juges rendent leur jugement qui, à son tour, peut être remis en question par l'exercice des voies de recours. Il s'agit ensuite d'exécuter le jugement.

Toute procédure suppose par conséquent l'accomplissement de formalités plus ou moins nombreuses et complexes et c'est la raison pour laquelle la procédure a fait depuis longtemps l'objet des plus vives critiques.

Ces critiques remontent fort loin dans le passé ; on les formulait déjà au moyen âge, et il est bien probable qu'on les formulait auparavant. Il faut reconnaître qu'elles sont souvent fondées et que, fréquemment la procédure exige l'accomplissement de formalités inutiles. C'est le cas notamment de la procédure française, qui est encombrée de formalités surannées.

Les formes de la procédure
Critiques aux
quelles elle
donne lieu.

A quoi tient la complexité des formes de procédure ? Il faut en rechercher la raison dans la tradition; c'est dans les institutions qui se rattachent à la procédure que la tradition joue le rôle le plus considérable; une fois que certaines formes ont été établies d'une manière plus ou moins arbitraire, on ne se préoccupe plus de savoir si, un ou deux siècles après, ces formes ont encore leur raison d'être. Dans le but d'assurer l'ordre, la fixité dans la marche des procès, on tend à conserver indéfiniment ces formes, alors même que leur raison primitive a depuis longtemps disparu.

Nécessité des
règles de
forme.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que l'on doive bannir toute espèce de formalisme sur ce point. La forme est absolument nécessaire dans la procédure. Il est certain que, sans tomber dans l'excès, l'observation de certaines formes est absolument indispensable à une bonne administration de la justice; il est absolument indispensable, par exemple, d'assurer une discussion loyale et à l'abri de toute surprise, ce qui nécessite un minimum de formalités; Ainsi, le défendeur à un procès doit être averti de l'action dirigée contre lui, on doit lui laisser les délais pour préparer sa défense. D'autres formalités sont également nécessaires pour prévenir l'arbitraire ou la partialité des juges; par exemple, règles de l'administration des preuves conditions dans lesquelles les jugements doivent être délibérés et rendus. En l'absence de ces formes un plaideur pourrait tout craindre de la déloyauté de son adversaire, ou de la partialité de ses juges.

On l'a bien vu d'ailleurs pendant la Révolution, alors qu'en l'an II, on avait abrogé l'ordonnance de 1667, sur la procédure civile pour la remplacer par une procédure soi-disant dégagée de toute espèce de formes et qui tenait en quelques articles, très rapidement, devant l'insécurité, devant l'arbitraire et le véritable désordre qui résultèrent de cette absence de formes, on fut amené à remettre en vigueur l'ordonnance de 1667, quelque compliquée qu'elle fût.

Les règles
de fond.

L'importance des règles de forme en procédure ne doit pas faire perdre de vue que cette matière comporte aussi des règles de fond, dont l'intérêt pratique et scientifique n'est pas moins considérable.

Pendant longtemps, et l'on peut dire aujourd'hui encore, on s'est fait en France de la procédure une conception assez étroite en la considérant uniquement par son côté externe et formaliste. C'est un préjugé qu'il convient de combattre, car beaucoup de praticiens et de juristes croient encore de nos jours que la procédure se résume dans un ensemble de formalités. Il existe cependant en procédure beau-

de règles de fond extrêmement importantes en voici quelques exemples.

Ce sont des règles de fond que celles qui déterminent ce que sont les actions en justice et à quelles conditions elles peuvent être exercées. Règles de fond également celles qui déterminent les effets de la demande en justice. Règles de fond encore, celles qui sont relatives à l'instance, à sa nature juridique, aux rapports juridiques qu'elle fait naître entre les plaideurs. Règles de fond encore celles relatives à la preuve et à son administration. Enfin, sont encore règles de fond, celles relatives aux jugements, à leurs effets entre les parties et à l'égard des tiers.

Raisons pour lesquelles on considère la procédure surtout sous l'angle formaliste.

Il ya donc en Droit procédural, des règles de fond dont l'intérêt et l'importance ne le cèdent en rien à certaines règles de fond que l'on trouve en Droit administratif et en Droit civil. Si l'on a toujours considéré la procédure sous l'angle formaliste, ceci évidemment est imputable aux rédacteurs du Code de procédure, qui ont systématiquement, nous aurons maintes fois l'occasion de le constater, banni de leur Code tout ce qui était règle de fond, pour en faire un pur Code de formalités en s'inspirant de l'ordonnance de 1667; de là des lacunes considérables dans ce Code. Ainsi, le Code de procédure s'occupe de la tierce opposition, sans nous dire à quelles conditions la tierce opposition est recevable. De même, le Code de procédure nous dit bien comment on fait une demande en justice, mais il ne nous dit pas quels sont les effets de cette demande; il nous dit encore comment on se porte demandeur reconventionnel, mais il ne nous dit pas ce que c'est qu'une demande reconventionnelle, ni à quelles conditions elle est recevable...etc.

Matières connexes à l'étude de la procédure civile.

Quoi qu'il en soit, la matière de ce cours est d'autant plus vaste que les programmes de la Faculté de Droit ont, avec raison, ajouté à l'étude de la procédure deux matières, qui lui sont extrêmement connexes et ne peuvent pratiquement en être séparées: l'organisation judiciaire et la compétence. Ces matières ont entre elles d'étroits rapports. Par contre, on a amputé l'enseignement de la procédure des voies d'exécution. Mais même ainsi réduite, cette étude est encore considérable.

Ière Partie.

ORGANISATION JUDICIAIRE
ET COMPETENCE EN MATIERE
CIVILE

Sous ce titre, on étudiera d'abord l'organisation judiciaire proprement dite, le personnel des cours et des tribunaux, puis on passera à l'étude de la compétence, qui est tout à fait connexe.

Chapitre Préliminaire.

LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DE L'ETAT.

Utilité de l'étude de la fonction juridictionnelle de l'Etat.

Après avoir étudié en seconde année les juridictions administratives et les juridictions répressives, et ayant cette année à étudier les juridictions civiles, est utile de faire une sorte de synthèse et de considérer d'un point de vue général, la fonction juridictionnelle de l'Etat.

Dans nos sociétés modernes, c'est à l'Etat qu'incombe la mission de trancher les litiges et, d'une façon générale, de rendre la justice sur son territoire; on sait aussi qu'il n'en a pas toujours été de même.

Dans les sociétés primitives existait le système de la justice privée, dont le Droit international nous donne encore aujourd'hui, dans une certaine mesure, l'image.

Dans ce système de la justice privée, tout d'abord, chaque groupe, chaque clan, chaque tribu s'efforçait, les armes à la main, de tirer vengeance de l'offense qui avait été faite au groupe entier ou à l'un de ses membres; c'est de la justice privée collective; la justice privée, elle devient la justice privée réglementée par l'Etat, jusqu'au jour où elle disparaît complètement pour faire place au régime actuel des sociétés civilisées; la justice rendue par l'Etat au nom de la Nation.

Aujourd'hui, c'est l'Etat qui est appelé à rendre la justice ; c'est lui qui, par l'intermédiaire des tribunaux, tranche les litiges, ordonne à ceux qui méconnaissent les règles de droit de s'y conformer et assure à la partie lésée la réparation qui lui est due.

La fonction
juridiction-
nelle de l'-
Etat.

L'Etat dit le droit, c'est sa fonction juridictionnelle. L'acte décisif, l'acte fondamental par lequel s'exerce cette fonction de l'Etat, c'est le jugement qui, entre autres prérogatives, est investi de la force exécutoire et de l'autorité de la chose jugée.

En vertu de la première de ces prérogatives, la décision, l'ordre du juge peut être ramené à exécution au besoin par la force publique; en vertu de la seconde, les décisions du juge doivent être respectées et ne peuvent être remises en question devant un autre tribunal ou devant le même tribunal, par les mêmes parties ou pour le même objet, parce qu'il importe à l'intérêt général que les procès aient une fin, et que la question bien ou mal jugée, ne puisse pas être indéfiniment débattue.

Les Trois fonctions essentielles de l'Etat moderne.

Cette fonction juridictionnelle de l'Etat nous apparaît comme une des fonctions essentielles de l'Etat moderne. Mais l'Etat moderne, outre la fonction de juger exerce aussi une fonction administrative et une fonction législative; dès lors il peut être intéressant et il n'est pas sans difficulté de distinguer l'une de l'autre ces trois fonctions essentielles.

Pour faire cette distinction, nous rechercherons d'abord, en quoi un jugement peut se distinguer d'un acte législatif ou d'un acte administratif; nous verrons ensuite les subdivisions de la fonction juridictionnelle de l'Etat; enfin, nous étudierons l'arbitrage.

Distinction de l'acte juridictionnel, de l'acte législatif et de l'acte administratif.

Distinction entre l'acte juridictionnel et l'acte administratif.

La distinction entre l'acte juridictionnel et l'acte législatif est aisée à faire. Le législateur pose une règle de Droit objectif et dit que dans tel cas, on observera telle règle; quant à l'acte juridictionnel, il applique la loi posée par le législateur à un cas concret, à une espèce; c'est l'acte par lequel le tribunal constate l'existence d'une situation donnée, c'est l'acte par lequel le juge, ayant constaté une situation juridique, estime qu'il y a violation de la loi dans un cas particulier. Le législateur au contraire pose une règle générale, que le juge applique à un cas d'espèce. C'est là ce qui différencie essentiellement l'acte du juge de celui du législateur et c'est aussi ce qui les rapproche. On a dit quelquefois que le juge est le verbe de la loi;



Distinction
entre l'acte
juridictionnel
et l'acte ad-
ministratif.

Plus délicate est la distinction entre l'acte juri-
dictionnel et l'acte administratif. On ne peut pas prendre
pour criterium de cette distinction la qualité de l'au-
teur de l'acte, car, comme nous le verrons, les tribunaux
judiciaires font un assez grand nombre d'actes administra-
tifs, qui n'ont rien de juridictionnel. On ne peut pas
prendre non plus comme criterium de l'acte administratif
et de l'acte juridictionnel la forme dans laquelle l'acte
est effectué, par exemple l'existence ou l'absence d'un dé-
bat contradictoire; il y a des jugements qui sont rendus
par défaut, c'est-à-dire sans que l'adversaire ait été en-
tendu. On ne peut pas non plus tabler sur l'absence de pu-
blicité; il y a des jugements qui sont rendus sans aucune
espèce de publicité.

Criterium de
cette distinc-
tion.

Le criterium que nous cherchons a paru à certains
si difficile à découvrir qu'ils ont renoncé à le trouver et
il s'est trouvé des auteurs pour affirmer qu'il n'y a aucu-
ne différence fondamentale entre un jugement et un acte ad-
ministratif et que les différences que l'on peut relever
sont purement arbitraires. A notre sens, il est possible de
découvrir un criterium de la distinction entre ces deux ac-
tes et ce criterium peut se résumer dans la formule : juger,
c'est dire le droit en vue d'en assurer le respect; admi-
nistrer, c'est pourvoir à l'organisation et au fonctionne-
ment des services publics.

Juger, c'est dire le droit : Il résulte de là que
l'acte juridictionnel apparaît bien comme celui par lequel
un tribunal ou un juge résout la question de savoir quelle
est la règle applicable à un cas particulier, recherche s'il
y a eu atteinte à cette règle et tire les conséquences
de sa constatation. C'est donc la solution d'une question
de droit, qui rentre essentiellement dans la mission du ju-
ge ; le juge applique la loi, c'est le but primordial de sa
fonction.

Ce n'est pas à dire que l'administrateur n'applique
pas lui aussi la loi; l'administrateur est obligé de se con-
former à la loi dans les diverses manifestations de son ac-
tivité, mais comme on l'a dit très justement, la solution
de la question de droit dans l'acte de l'administrateur n'a-
paraît que comme un moyen et non comme une fin ; si l'ad-
ministrateur applique la règle de droit, ce n'est pas pour
en assurer le respect, mais pour pourvoir à l'organisation
et au fonctionnement des services publics.

Exemple : le Préfet qui rend exécutoire le rôle des
contributions directes n'accomplit pas un acte juridiction-
nel mais un acte administratif, parce qu'il n'intervient
pas pour résoudre la question de savoir si tel ou tel con-

tribuable est ou non, légalement imposé; il intervient pour faire rentrer une partie des recettes de l'Etat, dans les caisses du Trésor.

Autre exemple : la loi proclame le principe que les députés sont élus au suffrage universel; Lorsque le maire dresse la liste électorale de sa commune, il fait oeuvre administrative; sans doute, il applique la loi, en recherchant les personnes qui remplissent les conditions légales pour être inscrites sur la liste électorale, mais ce n'est là qu'un moyen pour arriver à une fin : le fonctionnement du scrutin. Quand, au contraire, un électeur réclame contre l'inscription d'un autre électeur ou réclame sa propre inscription sur la liste électorale, le juge de paix chargé de statuer, fait oeuvre juridictionnelle, parce que sa fonction est de résoudre uniquement une question de droit, en recherchant si telle personne est inscrite avec raison sur la liste électorale ou a été omise à tort; et ce n'est qu'une fois cette question de droit résolue que le juge tirera les conséquences de sa constatation en ordonnant la radiation ou l'inscription de la personne sur la liste. C'est ce qu'on exprime parfois d'une façon plus ou moins exacte, en disant que le Juge fait plutôt acte d'intelligence que de volonté.

Conséquences
de la différen-
ce entre l'ac-
te administra-
tif et l'acte
juridictionnel

Cette différence entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel entraîne un certain nombre de conséquences; c'est ainsi que l'administration n'a pas besoin d'être provoquée pour agir; L'acte administratif émane de l'initiative de l'administration, puisque celle-ci a pour mission de veiller à l'organisation et au bon fonctionnement des services publics. Au contraire, l'acte juridictionnel n'est pas un acte que le juge puisse faire sans être auparavant saisi de la question de droit, soit par les plaideurs, soit par le Ministère public. D'autre part, lorsqu'un tribunal est saisi d'un procès, il doit juger ce procès dans les limites où il lui est soumis par les plaideurs; c'est ce qu'on exprime en disant que le Juge n'a pas le droit de statuer " ultra petita ".

Autre différence : l'acte administratif peut toujours être rapporté, lorsque les circonstances viennent à changer ; au contraire, le jugement est irrévocable : un tribunal qui a statué est dessaisi d'une manière définitive il ne peut plus revenir sur sa décision, ni la modifier, ni en empêcher l'exécution par quelque moyen que ce soit.

Enfin, l'acte administratif n'a pas l'autorité de la chose jugée, tandis que l'acte juridictionnel en est investi; et cette différence entre l'administration et la juridiction peut encore nous expliquer l'irresponsabilité de l'Etat à l'occasion des actes juridictionnels des tribunaux, tandis qu'il est responsable des actes administratifs.

Les actes de
juridiction
gracieuse sont
des actes ad-
ministratifs.

Voilà le criterium qui permet de distinguer ce qui est administratif et ce qui est juridictionnel; C'est ainsi que les actes faits par les tribunaux et qui constituent ce que l'on appelle habituellement la juridiction gracieuse sont, en réalité des actes administratifs: Par exemple, le tribunal autorise une femme mariée à faire un acte en l'absence de son mari; cette autorisation est un simple acte administratif, parce que, dans ce cas, la question de droit n'est qu'un moyen pour arriver à une fin : la protection d'un incapable. Au contraire, les tribunaux administratifs, Conseil d'Etat, Conseil de préfecture... ou autres, font des actes juridictionnels, en tant qu'ils appliquent la loi à un cas concret.

Aujourd'hui, la fonction juridictionnelle est exercée par des organes autonomes, les tribunaux. Il n'en a pas toujours été ainsi : Dans notre ancien Droit, les actes d'administration et les actes juridictionnels émanaient souvent des mêmes autorités; la séparation des fonctions n'était pas aussi nette qu'aujourd'hui. La justice émanait du roi qui pouvait toujours intervenir. D'autre part, les administrations judiciaires, telles que les Parlements ont été plus ou moins associées à l'administration et même à la législation.

Les subdivisions de la fonction juridictionnelle de l'Etat.

S'il existe aujourd'hui une séparation très nette entre les pouvoirs juridictionnel, administratif et législatif, ce n'est pas à dire que la fonction juridictionnelle, dans l'Etat moderne, soit confiée à un seul organe; la juridiction est répartie entre un certain nombre de tribunaux. Tout d'abord on distingue la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. Ensuite la juridiction judiciaire se subdivise elle-même en juridiction civile, au sens large, et juridiction pénale. Enfin, si l'on considère la juridiction civile elle-même, on fait souvent, en ce qui la concerne, une distinction entre la juridiction contentieuse et la juridiction volontaire, encore appelée juridiction gracieuse.

Juridiction ad-
ministrative et
juridiction ju-
diciaire.

La juridiction administrative est confiée aux tribunaux administratifs, la juridiction judiciaire aux tribunaux judiciaires. Cette distinction est inconnue de certaines législations étrangères pour lesquelles la juridiction est et doit être une ; il en est ainsi dans la législation anglaise.

Il convient sur ce point de dissiper une erreur; on dit parfois que l'existence d'une juridiction administrative en France est contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Il a pu en être ainsi à l'origine ;

à ses débuts, l'existence de la juridiction administrative a été en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, dans la période révolutionnaire, c'étaient les mêmes autorités qui étaient chargées d'administrer et de trancher les procès administratifs; il y avait ainsi pleine confusion, renversement du principe de la séparation des pouvoirs proclamé par la révolution. De même jusqu'en 1872, le Conseil d'Etat n'eut pas de pouvoir propre de juridiction, c'était le Chef de l'Etat qui exerçait la juridiction en son Conseil. Actuellement, les tribunaux administratifs sont de véritables tribunaux distincts des organes administratifs proprement dits, exerçant une juridiction déléguée comme les tribunaux judiciaires. Par conséquent, à ce point de vue, le principe de la séparation des pouvoirs est respecté. La fonction juridictionnelle en matière administrative est donc exercée par de véritables tribunaux.

Juridiction
civile et juris-
diction pénale
Elles sont con-
fiées aux mê-
mes tribunaux.

La juridiction judiciaire se divise elle-même en juridiction civile et juridiction pénale.

Un principe de notre organisation judiciaire, que l'on désigne parfois, assez inexactement sous la dénomination de principe de l'unité de la juridiction civile et pénale, signifie que la juridiction civile et la juridiction pénale sont confiées aux mêmes tribunaux ou plus exactement sont exercées par les mêmes juges. Le juge de paix juge en matière civile et il est juge de simple police. Le tribunal de première instance juge en matière civile, comme en matière correctionnelle, la Cour d'Appel également. Seule la Cour d'Assises constitue une juridiction assez spéciale; mais encore certains de ses éléments sont fournis par la Cour d'Appel et les tribunaux de première instance. Si l'on a ainsi confié aux mêmes tribunaux l'exercice de la juridiction civile et de la juridiction pénale, c'est parce que, dans les deux cas, la fonction du juge est dans ses grandes lignes, la même; Il s'agit en effet, de rechercher et de vérifier l'existence de certains faits et d'appliquer ensuite la loi aux faits ainsi constatés. D'autre part, comme des questions civiles se mêlent fréquemment aux questions de répression, on comprend que les mêmes juges aient été appelés à les trancher.

Les procès ci-
vils n'obéis-
sent pas exac-
tement aux mê-
mes règles que
les procès pé-
naux.

Ce n'est pas à dire cependant que les procès civils et les procès pénaux obéissent exactement aux mêmes règles; il y a des différences importantes entre ces deux catégories de litiges, différences qui s'expliquent par la raison que tandis que, dans le procès civil ce sont des intérêts particuliers qui sont en jeu, dans le procès pénal, c'est l'intérêt public qui est prééminent. Le demandeur, en matière civile, peut toujours renoncer à son action, il peut transiger; le juge civil ne connaît le

procès que dans la mesure où les parties le lui soumettent, il ne peut pas statuer " ultra petita ", il est lié par les conclusions des parties. Le procès pénal a un tout autre caractère; personne ne peut disposer de l'action publique, ni la partie lésée, ni le ministère public, qui n'a que l'exercice de cette action, parce que c'est l'intérêt public qui est prédominant. D'autre part, en matière pénale, le juge a pour mission essentielle la recherche de la vérité et doit faire cette recherche indépendamment des parties, qui ne peuvent apporter aucune entrave à l'exercice de cette mission. Le juge, en matière pénale, est maître des preuves comme de la procédure. Enfin, dernière différence, le régime des preuves n'est pas tout à fait identique dans les deux cas; en matière civile subsiste encore, dans bien des cas, le système des preuves légales, tandis qu'en matière pénale, c'est le système de l'intime conviction, qui prime. Et ainsi s'explique notamment que l'aveu judiciaire qui, en matière civile, fait pleine foi contre son auteur, n'emporte pas le même effet, lorsqu'il s'agit d'une matière pénale.

Juridiction
contentieuse
et juridiction
gracieuse.

La troisième subdivision de la juridiction c'est la distinction traditionnelle en juridiction contentieuse et juridiction volontaire ou gracieuse. Les tribunaux judiciaires, en effet, ne voient pas leur office limité aux matières contentieuses; ils ne sont pas appelés uniquement à juger des procès. Ils ont encore de très importantes attributions : recevoir des actes, constater des faits, donner des autorisations, veiller à la protection des incapables et des absents, assurer la sauvegarde des droits, dont les titulaires seraient incertains ou litigieux.

Exemples: Un Juge de paix reçoit un acte d'émancipation, un tribunal est appelé à homologuer une délibération du Conseil de famille, un partage, à autoriser une femme mariée en cas d'empêchement ou d'absence de son mari à prononcer une adjudication. Dans tous ces cas, on dit traditionnellement que les tribunaux exercent la juridiction volontaire ou gracieuse, par opposition à la juridiction contentieuse, c'est-à-dire celle qui s'exerce en vue de trancher les litiges.

Comment on a
été amené à ap-
peler jurisdic-
tion ce qui en
réalité est ad-
ministration.

En réalité, les actes que l'on fait rentrer dans la juridiction gracieuse des tribunaux ne sont pas des actes juridictionnels, mais des actes administratifs. Mais avant de le démontrer, il y a lieu de se demander pourquoi on a créé cette confusion, en appelant juridiction ce qui est administration. Il faut en chercher l'explication uniquement dans des raisons historiques; Nous trouvons déjà cette distinction en droit romain, où elle avait tout de même sa raison d'être. En droit romain, comme dans notre droit, les magistrats avaient qualité pour faire certains

actes d'ordre administratif: par exemple, ils nommaient des tuteurs, ils autorisaient l'aliénation de certains biens....., mais les Romains ne faisaient pas rentrer les fonctions de ces magistrats dans leur juridiction, ils y voyaient une conséquence de leur "imperium"; ils considéraient donc bien ces actes comme des actes administratifs.

Cependant, sur un certain point, les Romains parlaient de juridiction volontaire; il s'agissait du droit reconnu au magistrat d'assister à certains actes, véritables procès fictifs, que les plaideurs ou les soi-disant plaideurs, en réalité d'accord, accomplissaient pour la forme, afin d'aboutir à un certain résultat juridique.

L'exemple classique est celui de la *jure cessio*, procès fictif qui aboutissait en réalité au transfert de la propriété, les parties étant d'ailleurs entièrement d'accord. Les Romains avaient raison alors de parler de juridiction, car le magistrat présidait un véritable procès, procès fictif, mais qui se déroulait comme un procès véritable.

En droit romain, cette juridiction volontaire ne s'appliquait qu'à un petit nombre d'actes de juridiction proprement dite, tous les autres étaient des actes administratifs, que le magistrat accomplissait en vertu de son "imperium".

La confusion provient de notre ancien Droit, où l'on a mis pêle-mêle dans la catégorie de la juridiction gracieuse ou volontaire, tous les actes qui ne consistaient pas, pour les magistrats, à trancher un litige. Cependant, même dans l'ancien Droit, nous trouvons quelque chose d'analogue à la juridiction volontaire du Droit romain: ce sont les actes des notaires.

Au Moyen Âge les actes des notaires considérés comme des actes de juridiction gracieuse: emportaient exécution forcée et hypothèque générale.

Au Moyen Âge, les notaires étaient des sortes de greffiers, attachés à une juridiction laïque ou ecclésiastique, dont ils rédigeaient les actes. Ces notaires véritables greffiers, prirent l'habitude de rédiger les conventions des parties, même lorsque celles-ci se mettaient d'accord hors de la présence du juge, alors même qu'il n'existait entre elles aucun litige; on conserva l'habitude d'expédier les contrats passés entre les parties d'accord, comme si elles s'étaient mises d'accord devant le juge, à la suite d'un litige, de sorte que les actes notariés de notre ancien droit portaient la mention suivante: "Les parties sont jugées et condamnées de leur consentement à accomplir et à entretenir tout ce qui est inscrit au contrat".

C'est en somme une sorte d'acte juridictionnel fictif analogue à celui que faisait le magistrat romain en cas d'*in jure cessio*. Et c'est ce qui explique que, dans notre ancien droit, les actes des notaires étaient

considérés comme des actes de juridiction gracieuse qui, comme tels, emportaient exécution forcée et hypothèque générale.

Aujourd'hui les actes des notaires ne sont plus des actes de juridiction gracieuse. Cependant ils continuent à emporter exécution forcée.

Les actes des notaires ne sont plus aujourd'hui des actes de juridiction gracieuse, bien qu'ils aient conservé un des attributs des actes juridictionnels: l'exécution forcée, mais ils n'emportent plus l'hypothèque générale. Mais on a continué par habitude, à appeler actes de juridiction gracieuse les actes faits par les juges en dehors de tout litige pour recevoir certaines déclarations, protéger les incapables..... collaborer aux actes juridiques intéressant les parties.

La loi s'est pendant longtemps gardée d'employer cette appellation de juridiction gracieuse mais celle-ci a cependant fini par s'introduire dans la législation. La loi du 10 Juillet 1901, sur l'assistance judiciaire, dit que celle-ci peut être obtenue soit en matière de juridiction contentieuse, soit en matière de juridiction gracieuse.

A la vérité, il y a entre l'acte juridictionnel, c'est-à-dire celui par lequel le juge tranche un litige et l'acte dit de juridiction gracieuse toute la différence qu'il y a entre un acte administratif et un jugement.

Le juge assure le respect de la loi.

Comme on l'a déjà dit, lorsque faisant acte de juridiction contentieuse, le juge fait acte de juridiction, il constate que telle situation est conforme ou non au droit et c'est seulement lorsqu'il s'est ainsi prononcé sur la question de droit qu'il tire les conséquences de sa décision; en un mot, le juge est chargé d'assurer tout d'abord le respect de la loi.

L'administrateur, lui, fait oeuvre de réalisation technique; s'il doit observer la loi, ce n'est là qu'un moyen pour arriver à une fin : l'organisation.

Le juge faisant acte de juridiction gracieuse s'inspire de considérations d'opportunité, tout en appliquant la loi.

Si on prend maintenant un acte de juridiction gracieuse, on constate que le tribunal agit comme l'administrateur en vue d'une fin qui est, soit d'assurer la bonne administration de la justice, soit d'assurer la protection des intérêts des incapables; le tribunal ici, agissant comme administrateur, jouit d'une certaine activité organisatrice, d'une certaine initiative. Le juge qui fait acte de juridiction gracieuse doit, tout en appliquant la loi, s'inspirer de considérations d'opportunité; il se demande s'il est opportun d'accorder cette autorisation à telle femme mariée, en cas d'empêchement ou d'absence du mari, s'il est opportun d'homologuer telle délibération du Conseil de famille. En ceci, le juge agit comme l'administrateur, qui se décide aussi d'après des raisons d'opportunité.

Tout cela a des conséquences au point de vue

Il y a deux différences entre les actes de la juridiction contentieuse et les actes de la juridiction gracieuse.

1ère différence : l'acte du juge en matière gracieuse n'a pas l'autorité de la chose jugée alors que le jugement contentieux l'a.

2ème différence : Un jugement contentieux irrégulier quant au fond ou quant à la forme ne peut être attaqué par une action en nullité que dans un certain délai.

Les actes de juridiction gracieuse peuvent toujours être annulés mais ils ne sont pas susceptibles de voies de recours.

pratique, et la jurisprudence les a tirées depuis longtemps. Il y a, en effet, deux grandes différences entre l'acte de juridiction contentieuse, le jugement qui tranche un procès, et l'acte de juridiction gracieuse.

1° - L'acte du juge en matière gracieuse n'a pas l'autorité de la chose jugée, à la différence du jugement contentieux qui a cette autorité. Par conséquent la décision du juge en matière gracieuse ne s'impose pas aux tribunaux devant lesquels cette décision serait invoquée. Toute personne intéressée peut remettre en question devant un autre tribunal la solution donnée par le jugement en matière gracieuse. La Cour de Cassation a eu maintes fois l'occasion de poser le principe; voir notamment l'arrêt du 31 Janvier 1922 (Sirey 1923 - I - 118).

2° - Le jugement rendu en matière contentieuse, lorsqu'il est entaché d'une irrégularité de forme ou de fond ne peut pas être attaqué par une action en nullité. C'est dans notre procédure française, un principe qu'un jugement n'est pas susceptible d'être attaqué en nullité. Selon un ancien adage : "voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements". Quand un jugement est entaché d'une irrégularité de forme ou de fond, il n'est susceptible d'être attaqué que par les voies de recours admises par le Code de procédure : opposition, appel, requête civile, recours en Cassation, voies de recours qui doivent être exercées dans un certain délai, généralement assez bref; si bien que lorsque les voies de recours ont été épuisées ou lorsque leur délai est expiré sans qu'il en ait été fait usage, le jugement devient définitif et, de quelque irrégularité de fond ou de forme qu'il soit entaché, quand bien même cette irrégularité tiendrait à la violation d'une loi d'ordre public, le jugement a définitivement la force de la chose jugée, aucune action en nullité n'est plus possible.

Lorsqu'il s'agit, au contraire, de la juridiction gracieuse, la solution est tout à l'opposé. Ces actes n'étant pas des actes de juridiction proprement dite peuvent être attaqués par l'action en nullité comme tout acte quelconque qui aurait été passé par les parties en dehors de l'intervention du juge. La Cour de Cassation l'a dit maintes fois; Ainsi on peut demander l'annulation d'un partage, même homologué par le tribunal; de même pour les délibérations du Conseil de famille...etc. Le fait d'avoir été homologué par le tribunal n'empêche pas l'acte d'être nul, s'il est entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond. Ainsi, sous le régime dotal, la femme peut, dans certains cas, être autorisée par la justice à aliéner ses immeubles dotaux, acte de juridiction gracieuse. Mais les cas dans lesquels la justice peut donner

cette autorisation sont strictement délimités par le Code civil. Supposons maintenant qu'un tribunal ait autorisé une femme dotale à aliéner son immeuble, dans un cas non prévu par la loi; s'il s'agissait d'un acte contentieux, du moment que l'acte aurait acquis l'autorité de la chose jugée, on ne pourrait pas revenir sur cette aliénation; mais comme il s'agit d'un acte de juridiction gracieuse, on admet que la femme pourrait réclamer, par la suite, la restitution de son immeuble. C'est ce qu'a jugé la Cour de Montpellier le 15 Janvier 1912 (Dalloz 1914 - 2 - 107).

L'acte de juridiction gracieuse peut donc être attaqué par l'action en nullité; mais, à l'inverse, il n'est pas susceptible de voies de recours comme l'acte de juridiction contentieuse. La Cour de Cassation a décidé, en effet, que les actes de juridiction gracieuse ne sont pas susceptibles d'appel, ni de pourvoi en cassation. Arrêt du 16 Novembre 1921 (Dalloz 1924-I- 54).

Les différents
actes de juri-
diction gra-
cieuse.

Quels sont exactement les actes que l'on doit faire rentrer dans la juridiction gracieuse ? Il y a des actes pour lesquels n'existe aucune difficulté. Doivent rentrer dans cette juridiction tous les cas dans lesquels les juges reçoivent des actes ou collaborent à des actes juridiques intéressant les particuliers. Tantôt le tribunal se contente de recevoir l'acte sans aucun contrôle; il joue alors l'office d'un notaire; c'est le cas de l'émancipation, de l'adoption, reçues par le juge de paix, qui n'est en somme qu'un témoin solennel. Tantôt le juge exerce un certain contrôle sur l'acte, c'est le cas du tribunal civil qui est appelé à homologuer un acte d'adoption; dans d'autres cas, la collaboration se fait plus active: ce sont ceux où le tribunal exerce des fonctions de haute tutelle, ou encore il s'agit de l'homologation d'un partage, de l'autorisation donnée à une femme mariée de plaider, ou de conclure un contrat, le cas d'autorisation donnée à la femme en vue d'aliéner un immeuble dotal. Dans tous ces cas, le juge fait acte d'administration civile, il n'y a pas de contestation, l'acte ne fait grief à personne.

Au contraire, s'il y avait contestation à propos de l'un de ces actes, la matière deviendrait immédiatement contentieuse; C'est le cas notamment, lorsqu'il y a contestation en matière d'homologation de délibération de Conseil de famille ou de partage. De même, en ce qui concerne l'autorisation à donner à une femme mariée, non plus en cas d'absence de son mari, mais en cas de refus d'autorisation de ce dernier. Comme il y a conflit, il y a matière contentieuse.

Actes considérés comme de juridiction gracieuse: la conciliation.

A la juridiction gracieuse appartient encore la fonction conciliatrice du juge. Lorsque le juge de paix ou le bureau de conciliation du Conseil de prudhommes a réussi à concilier les parties et à rédiger un procès-verbal de leurs conventions, le rôle de ces juges ne diffère pas en réalité, de celui d'un notaire, qui aurait reçu les conventions des parties et leur aurait donné le caractère authentique; ce sont donc là des actes de juridiction gracieuse.

La constatation d'absence de contradiction.

On peut encore rattacher à la juridiction gracieuse les cas où le juge constate, en l'absence de toute contradiction, certains faits intéressant l'état civil des personnes. Par exemple lorsque le juge ordonne la rectification d'un acte de l'état civil, rend un jugement destiné à remplacer un acte de l'état civil omis ou perdu ou détruit, ou encore rend un jugement déclaratif de décès. Dans tous ces cas, du moment qu'il n'y a pas de contestation, le juge fait l'office d'officier de l'état civil. C'est une décision en matière gracieuse.

Cas dans lesquels il y a doute sur la nature gracieuse de l'acte

Mais il reste des cas douteux, dans lesquels on se demande si l'on est dans le domaine contentieux ou dans le domaine gracieux; Ainsi, dans les cas où le Président du tribunal civil ordonne certaines mesures, autorise certains actes. Par exemple, quand le Président du tribunal civil envoie en possession un légataire universel, dans le cas de testament olographe ou mystique, ou quand il rend une ordonnance permettant d'assigner à bref délai, ou encore autorisant à pratiquer certaines saisies. Ces ordonnances, qu'on appelle ordonnances sur requêtes, constituent-elles des actes contentieux ou des actes de juridiction gracieuse? La question est une des plus délicates, qui se posent en procédure. On la retrouvera en étudiant la juridiction des Présidents des tribunaux civils et de commerce.

L'arbitrage.

Possibilité

Quoique la fonction juridictionnelle soit une des pour les parti-fonctions essentielles de l'Etat moderne, celui-ci n'impose pas de s'adresser à des particuliers de s'adresser pourtant pas d'une manière absolue aux plaideurs son dresser à des intervention dans les litiges qui peuvent naître entre juges particuliers; il ne se fait pas de la juridiction un véritable monopole. Il admet que les particuliers puissent s'adresser à des juges privés, à des particuliers, qu'ils instituent juges pour trancher leurs litiges.

Les décisions rendues par ces particuliers n'ont pas la force exécutoire.

Seulement, l'Etat n'admet pas que les décisions rendues par ces particuliers aient la force exécutoire, qui est une des prérogatives reconnues aux sentences rendues par un organe de l'Etat. Cette force peut leur être conférée par l'intervention de justice, mais encore à la condition

que ces décisions aient été rendues dans les conditions prévues par le Code de procédure pour l'organisation des arbitrages.

L'arbitrage est réglementé par le Code de procédure.

Le Code de procédure admet l'arbitrage et il le réglemente, mais il en écarte la possibilité dans certains cas, où la seule solution qui s'offre alors aux parties est le recours aux tribunaux d'Etat.

L'arbitrage est toujours facultatif.

En tout cas, dans notre droit actuel, les parties ne peuvent jamais être forcées de recourir à l'arbitrage, qui est toujours facultatif. A la différence de ce qui existait dans le droit intermédiaire, une partie ne peut jamais être contrainte par l'autre de recourir à l'arbitrage, qui ne peut résulter que d'une convention des parties.

L'arbitrage sous la Révolution.

Au contraire, la Révolution avait vu l'arbitrage avec une grande faveur et elle lui faisait une place prépondérante dans nos institutions judiciaires. La loi des 16 et 24 Août 1790, qui est à l'origine de notre organisation judiciaire actuelle, posait en principe que l'arbitrage est la manière la plus raisonnable de résoudre les litiges; Non seulement cette loi facilitait l'arbitrage, mais elle l'imposait même dans certains cas où elle interdisait aux particuliers de recourir aux tribunaux d'Etat. Les résultats de cette législation ne furent pas ceux qu'on attendait et il fallut revenir assez rapidement de ces illusions.

La réglementation de l'arbitrage par le Code de procédure.

Le Code de procédure s'est borné à admettre l'arbitrage et à le réglementer, mais à la différence de la loi de 1790, qui en avait fait une institution primordiale, il n'a fait que le réglementer par les articles 1003 et suivants.

Avantages de l'arbitrage.

Les partisans de l'arbitrage disent qu'il réduit les frais au minimum et qu'il a le grand avantage de terminer les procès sans délai, sans frais et sans éclat. Ce n'est vrai que dans une certaine mesure. Sans doute, l'arbitrage a des avantages, lorsqu'il s'agit notamment de procès d'ordre professionnel; mais la plus grave critique que l'on puisse lui adresser c'est de priver les plaideurs des garanties que lui offrent les tribunaux officiels; Sans doute les plaideurs peuvent trouver des arbitres compétents, surtout s'il s'agit de procès professionnels, mais il est moins certain qu'ils trouvent toujours dans ces juges improvisés et parfois intéressés, l'impartialité désirable. En général, les arbitres se font les avocats de ceux qui les ont désignés, si bien que souvent on est obligé de recourir à un tiers arbitre pour prononcer entre ceux désignés par chacune des parties. D'autre part, très souvent, la partie condamnée par les arbitres n'admet pas la condamnation, elle élève des contestations, des chicanes;

bref, un procès se greffe sur l'arbitrage.

On voit aussi une supériorité de l'arbitrage dans l'absence de publicité, car les arbitres instruisent et jugent à huis-clos; Cela peut être avantageux dans certains cas, mais, bien souvent, la publicité est une garantie de l'indépendance des juges; On a dit qu'elle était l'âme de la justice. On ne peut pas se priver toujours impunément de cette garantie.

Importance actuelle de cet arbitrage.
la loi du 30 Juin 1926 sur la propriété commerciale prévoit le recours à l'arbitrage.

L'arbitrage a pris, de nos jours, un développement inaccoutumé et notre législation lui a fait dans ses dernières manifestations une place importante. C'est ainsi que la loi du 30 Juin 1926 sur la propriété commerciale prévoit le recours à des arbitres. Lorsque le propriétaire et le locataire sont d'accord pour renouveler le bail, mais qu'ils ne s'entendent pas sur le prix, la loi a prévu expressément que ce prix serait fixé par des arbitres désignés par les parties, ou à défaut, par le Président du tribunal. Il est vrai que si la sentence arbitrale ne plaît pas à l'une des parties, celle-ci peut ne pas l'accepter; donc l'arbitre est ici plutôt un expert.

L'arbitrage suppose une convention des parties: un compromis.

L'arbitrage suppose essentiellement une convention des parties; une partie ne peut pas imposer à son adversaire de recourir à des arbitres; il est donc purement conventionnel; Il suppose la rédaction d'un contrat par lequel les parties conviennent de s'en remettre à des arbitres pour trancher leur différend; ce contrat, le Code de procédure l'appelle un compromis. Il est soumis à des conditions de forme et de fond, pour sa validité.

Conditions de fond du compromis.

Les conditions de fond sont relatives à l'objet des litiges, dont la solution peut être confiée à des arbitres, ainsi qu'à la capacité des personnes qui sont parties à ce contrat. En un mot, la loi est partie de cette idée qu'en évitant de recourir aux tribunaux officiels, les plaideurs se privent de certaines garanties et c'est pourquoi elle décide, d'une part, qu'il y a des procès pour lesquels la garantie des tribunaux officiels paraît indispensable; en conséquence elle interdit pour eux le compromis. D'autre part, il y a des personnes, auxquelles la loi tient à maintenir les garanties fournies par les tribunaux officiels, et auxquelles elle interdit de compromettre.

L'objet du compromis (art. 1003 et 1004 C. de Proc.)

Au point de vue de l'objet du compromis, l'article 1003 du Code de procédure dit : " Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. L'article 1004 énumère un certain nombre de litiges pour lesquels il est interdit de compromettre et pour lesquels la seule ressource laissée aux plaideurs est de s'adresser aux tribunaux.

Cas où le compromis ne peut avoir lieu.

Ce sont d'abord : les contestations relatives aux dons et legs d'aliments, logement et vêtements. Cette

interdiction remonte au droit romain; une constitution de Marc-Aurèle interdisait, non seulement le compromis, mais encore la transaction sur les dons et legs d'aliments, vêtements, et cela pour empêcher qu'on ne puisse abuser de la détresse de ceux auxquels ces legs avaient été faits en les amenant à abandonner une partie de leurs droits. Cette disposition a été conservée par l'article 1004.

En second lieu, l'article 1004 défend de compromettre sur les questions de séparation de corps, de divorce et, d'une façon générale, sur les questions concernant l'état des personnes. Cette interdiction a été généralisée et l'on dit qu'il est impossible de compromettre sur des choses qui ne sont pas dans le commerce.

Enfin, dit l'article 1004, on ne peut compromettre sur aucune des contestations, qui seraient sujettes à communication au ministère public, car s'il était possible de soumettre ces matières à l'arbitrage, elles échapperaient au contrôle du ministère public, auquel la loi exige qu'elles soient soumises.

Personnes qui ne peuvent compromettre: mineurs, interdits, femmes mariées.

Au point de vue de la capacité, il est certaines personnes qui ne peuvent compromettre ou ne peuvent le faire qu'à certaines conditions. Il y a des personnes, qui ne peuvent jamais compromettre, tels les mineurs, les interdits, et le compromis est également défendu à leurs représentants; Le tuteur ne peut pas compromettre pour le mineur, même avec l'autorisation du Conseil de famille.

La femme mariée ne peut compromettre qu'avec l'autorisation de son mari; elle ne le pourrait pas avec l'autorisation de justice; la raison en est tout simplement que l'article 83 du Code de procédure déclare soumis à la communication au ministère public toutes les causes intéressant les femmes autorisées par justice et comme ces dernières causes ne peuvent être l'objet d'un compromis, il en résulte que la femme ne peut pas compromettre avec l'autorisation de la justice. Il y a aussi un cas où la femme mariée ne peut pas compromettre, même avec l'autorisation de son mari, c'est lorsqu'il s'agit d'une femme mariée sous le régime dotal, et cela pour la même raison: le ministère public devant connaître toutes les instances intéressant une femme dotale relativement à ses biens dotaux.

Conditions de forme du compromis.

Quelles sont les conditions de forme du compromis La réponse est donnée par les articles 1005 et 1006 du Code de procédure.

Art. 1005 : Le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par devant notaire sous signature privée ; en un mot, le compromis peut être rédigé sous seing privé ou par acte notarié, mais la loi exige que le compromis ait lieu par écrit ;

Cela n'implique pas que la loi ait voulu faire du compromis un acte solennel. L'écrit n'est pas nécessaire à l'existence du compromis, mais la loi a entendu dire que, dans cette matière, la preuve testimoniale, quelque minime que soit la valeur du litige, ne serait pas recevable, et que la preuve devrait être fournie par l'aveu ou le serment.

Art. 1006 : Le compromis doit nécessairement contenir deux mentions essentielles pour sa validité; il doit, dit le texte, désigner les objets en litige, c'est-à-dire déterminer le litige sur lequel les arbitres auront à statuer et désigner ensuite le nom des arbitres, sous peine de nullité. Ce n'est que dans ces conditions que le compromis sera valable et permettra aux parties de se soustraire aux tribunaux officiels.

La clause compromissoire.

La clause compromissoire est la clause par laquelle les parties à un contrat se soumettent d'avance à l'arbitrage pour les contestations qui pourraient naître de l'application de ce contrat. Les parties à un contrat quelconque, prévoyant la possibilité de litiges, qui viendraient à naître de l'exécution de ce contrat, décident que ces litiges seront soumis, non aux tribunaux officiels, mais à des arbitres. On s'est demandé si le législateur devait permettre aux plaideurs de recourir à l'arbitrage en vue de contestations simplement éventuelles, ou si au contraire il devait limiter l'arbitrage aux contestations déjà nées. Si l'on admet la première solution, on élargira par cela même le domaine de l'arbitrage.

La question a été longtemps discutée et pendant toute la première partie du 19^{ème} siècle la jurisprudence française s'est montrée favorable à la clause compromissoire, puis, un revirement s'est produit et la Cour de Cassation, dans un arrêt de 1853, a décidé que la clause compromissoire était nulle. La raison qu'en donne la Cour de Cassation, qui a maintenu depuis son point de vue dans différents arrêts, c'est que la clause compromissoire est contraire à l'article 1006, qui décide que le compromis désigne les objets en litige et les noms des arbitres. Or, si la clause compromissoire peut désigner d'avance le nom des arbitres, il est évidemment impossible qu'elle indique exactement l'objet du litige, puisqu'elle est rédigée en vue de litiges qui ne sont point encore nés.

Critique de la jurisprudence de la Cour de Cassation par la doctrine. Cette jurisprudence a été maintes fois critiquée par une partie de la doctrine; on lui reproche d'interpréter l'art. 1006 d'une manière trop étroite et de confondre la clause compromissoire et le compromis. La clause compromissoire n'est qu'une promesse de compromis; elle se distingue du compromis comme la promesse de vente se distingue de la vente; c'est donc à tort que la Cour

de Cassation exige pour une clause compromissoire que les deux conditions prévues par un compromis dans l'art. 1006 soient réalisées. En tous cas, cette jurisprudence a été considérée comme fâcheuse au point de vue pratique.

Cas dans lesquels la clause compromissoire était admise (assurances maritimes et convention collective de travail)

Quoi qu'il en soit, et jusqu'à une loi récente, la clause compromissoire était admise, dans notre Droit, dans deux cas seulement ; dans l'art. 332, du Code de Commerce en matière d'assurances maritimes et dans le livre premier du Code de travail, art. 31 en matière de conventions collectives de travail. En toutes autres matières, la jurisprudence déclarait la clause compromissoire illicite.

Une loi du 31 Décembre 1925 est venue autoriser la clause compromissoire en matière commerciale; elle a ajouté une disposition à l'art. 631 du Code commercial, qui s'occupe de la compétence des tribunaux de commerce; " Les parties pourront, au moment où elles contracteront, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire."

La loi du 31 Décembre 1925 autorise la clause compromissoire en matière commerciale.

La clause compromissoire est donc désormais valable toutes les fois qu'elle s'applique à l'un des litiges énumérés à l'art. 631 du Code de Commerce, c'est-à-dire à un litige né d'un acte de commerce ou à une contestation entre associés dans une société commerciale.

D'après l'art. 635 du Code de Commerce, les tribunaux de commerce connaissent de tout ce qui concerne les faillites. Il résulte de la place même qui a été donnée aux dispositions de l'article de la loi du 31 Décembre 1925 que les litiges concernant les faillites ne peuvent donner lieu à une clause compromissoire; la compétence des tribunaux de commerce en cette matière est d'ailleurs compétence d'ordre public; il est impossible dans le cas de faillite de faire appel à des arbitres.

Conditions de forme de la clause compromissoire en matière commerciale.

Il faut étudier maintenant les conditions de forme auxquelles est soumise la clause compromissoire en matière commerciale. On a déjà vu que le compromis doit être rédigé par écrit; ce n'est pas un acte solennel, mais c'est un acte pour lequel la loi rejette la preuve testimoniale. En est-il de même de la clause compromissoire prévue par la loi de 1925 ? Cette loi, très brève n'a rien prévu à ce sujet.

La clause compromissoire doit-elle être rédigée par écrit ou bien échappe-t-elle à cette règle ?

La question est la suivante. La clause compromissoire est une promesse de contrat. Doit-on considérer que lorsque la loi exige que le contrat soit rédigé par écrit, la promesse de contrat doit elle-même être rédigée par écrit ?

Les différentes opinions.

Les avis sont divergeants; D'après une première

opinion, toute promesse de contrat est soumise aux mêmes modes de preuve que ce contrat lui-même; A l'appui de cette opinion, on fait observer que la solution contraire permettrait de tourner la loi; au lieu de passer un compromis il suffirait de faire une promesse de compromis, pour échapper à la nécessité d'un écrit. Par conséquent, d'après cette opinion, la clause compromissoire doit être rédigée par écrit.

Une autre opinion, qui paraît préférable, considère que lorsqu'une promesse de contrat diffère du contrat lui-même, ce qui est le cas pour la clause compromissoire et le compromis, cette promesse de contrat n'est pas nécessairement soumise aux conditions de forme ou de preuves exigées par la loi, pour le contrat. C'est la solution que l'on applique à la promesse de société commerciale: Où la société commerciale est un acte, qui doit être rédigé par écrit, mais la promesse de société n'a pas besoin d'être rédigée et peut très bien être verbale. On donne la même solution pour la clause compromissoire et comme l'on est en matière commerciale, l'existence de cette clause compromissoire pourrait être prouvée par tous moyens, même par témoins au-dessus de 500 francs. C'est, selon Mr MOREL la solution la meilleure.

Détermination
des effets de
la clause com-
promissoire.

Mais ce n'est pas la seule difficulté que soulève la loi du 31 Décembre 1925. La principale difficulté soulevée par l'application de cette disposition, c'est de déterminer les effets de la clause compromissoire. La clause compromissoire produit un double effet :

1er effet :
renonciation
à la juridic-
tion ordinaire

1^{re} - Elle emporte renonciation des parties à la juridiction des tribunaux ordinaires pour les litiges visés dans la convention; Sur ce point, il n'y a pas de difficulté : la conséquence c'est que, si l'une des parties soumise à la clause compromissoire assigne l'autre devant le tribunal de commerce, cette dernière peut soulever une exception d'incompétence et le tribunal de commerce devrait se déclarer incompétent et renvoyer les parties exécuter la clause compromissoire, c'est-à-dire à passer un compromis et à désigner des arbitres. Cette incompétence du tribunal de commerce ne serait d'ailleurs que relative, il n'y a aucun principe d'ordre public qui s'oppose à ce que les parties qui ont conclu une clause compromissoire renoncent ensuite à exécuter cette clause et conviennent de s'adresser au tribunal de commerce.

2ème effet :
création de l'obligation de
compromettre.

Mais il y a un point délicat : Le second effet qu'entraîne la clause compromissoire, c'est de créer, à la charge des parties, une obligation de compromettre. Il faut voir quelle est l'étendue de cette obligation et surtout quelle en est la sanction. En ce qui concerne l'étendue de l'obligation, il suffit de poser en principe que les parties sont tenues, en cas de litige, de faire ce qui

est nécessaire pour constituer la juridiction arbitrale. Elles doivent passer un compromis répondant aux conditions de fond et de forme exigées par le Code de procédure et, dans ce compromis, conformément à l'art. 1006, elles doivent préciser le litige et surtout désigner les arbitres. Mais, il faut examiner ce qui arriverait, si l'une des parties, méconnaissant les obligations qui découlent pour elle de la clause compromissoire, refusait de passer le compromis.

Hypothèses
dans lesquelles
la clause
compromissaire
est méconnue
d'une des parties.

La question peut se présenter en deux cas. On peut supposer d'abord qu'une partie assigne l'autre devant le tribunal de commerce au mépris de la clause compromissoire. Il suffira au défendeur de demander au tribunal de commerce de se déclarer incompétent. Mais il est possible que l'une des parties prenne l'initiative de faire un procès à l'autre; celle-ci invoquant alors la clause compromissoire, demande à son adversaire de passer un compromis et de désigner des arbitres : l'autre s'y refuse; impossibilité, par conséquent, pour la juridiction arbitrale de fonctionner. La question qui se pose est celle de savoir quelle est la sanction de l'obligation qui incombe aux parties de passer un compromis. Pourra-t-on contraindre indirectement la partie récalcitrante, et notamment son adversaire pourra-t-il demander au tribunal de désigner l'arbitre ou les arbitres, aux lieu et place de la partie qui n'exécute pas son obligation ? Devra-t-on au contraire, appliquer l'art. 1142 du Code Civil et, puisqu'il s'agit d'une obligation, l'inexécution se traduira-t-elle par des dommages et intérêts ?

Si l'on admet la seconde solution, la non exécution se traduira uniquement par des dommages-intérêts à la charge de celle des parties qui aura méconnu son obligation ; s'il en est ainsi, la loi de 1925 perd la plus grande partie de son intérêt. Il coûtera peu de chose, en effet, à celui qui refusera de constituer la juridiction arbitrale : une condamnation à des dommages-intérêts, car il y a lieu de craindre que le tribunal de commerce, chargé d'allouer ces dommages-intérêts, se montre peu rigoureux pour évaluer le préjudice causé à la partie obligée par le refus de l'autre, à plaider devant lui. Les tribunaux de commerce ne sont pas très favorables à la clause compromissoire qui a pour but d'éviter leur juridiction. Il est donc à craindre que cette sanction ne soit pas très efficace.

En faveur de cette solution, on invoque un incident des travaux préparatoires. La commission du Sénat avait adopté une disposition, qui prévoyait cette hypothèse et qui décidait que dans le cas où l'une des parties

refuserait de désigner des arbitres, la désignation serait faite, à la requête de l'autre partie, par le Président du tribunal de commerce. Pour hâter le vote de la loi, on supprima cette disposition. De là, on a conclu que, dans l'intention du législateur, ni le Président du Tribunal de commerce, ni le tribunal de commerce n'ont qualité pour désigner les parties aux lieu et place de la partie défaillante.

Mr. MOREL a soutenu que l'on pourrait, malgré cet incident des travaux préparatoires, qui n'a qu'un intérêt très relatif, appliquer, en cette matière, la règle : l'obligation de faire donne lieu, en cas d'inexécution, à l'exécution en nature, toutes les fois qu'il n'y a pas lieu de procéder à une contrainte personnelle contre le débiteur récalcitrant et c'est bien le cas ici. L'art. 1142 du Code civil décide qu'en cas d'inexécution d'une obligation de faire, il y a lieu à dommages-intérêts; tout le monde est d'accord pour admettre que toutes les fois que l'exécution peut être obtenue en nature, ce mode de paiement pourra être ordonné par les tribunaux et nous nous trouvons ici devant un cas de ce genre. L'une des parties refuse de nommer les arbitres: quand l'adversaire s'adresse au tribunal de commerce, celui-ci désignera l'arbitre ou les arbitres aux lieu et place du défaillant. La question n'a pas encore été portée devant la Cour de Cassation; certains tribunaux de commerce ont décidé que la seule sanction était les dommages-intérêts au profit de la partie, qui a à souffrir de la défaillance de son co-contractant.

Qui peut être
arbitre ?

Il faut voir maintenant qui a le droit d'être arbitre, qui peut être chargé temporairement d'exercer la fonction juridictionnelle. La loi est muette sur ce point. De là certaines difficultés, dont la solution dépend de la question de savoir quel est le caractère des arbitres. Sont-ils de simples particuliers chargés de juger une affaire ou, du fait de leur mission, acquièrent-ils un certain caractère public ? Beaucoup considèrent que l'arbitre est un simple mandataire des parties et concluent que l'arbitrage peut être confié à toute personne capable d'être mandataire.

Mr. MOREL ne croit pas que cette opinion soit exacte; on ne peut pas faire de l'arbitre un mandataire des parties. Evidemment, l'arbitre tient ses pouvoirs des parties qui ont toujours la possibilité de le révoquer en renonçant à l'arbitrage; mais, par ailleurs, il y a une différence essentielle entre l'arbitre et le mandataire : Le mandataire doit suivre les instructions de son mandant, tandis que l'arbitre est un juge, qu'on ne peut sans doute assimiler à un juge de profession, ses décisions ne sont pas de plein droit exécutoires,

mais sa mission n'en revêt pas moins un caractère public, qui lui impose certaines obligations et qui crée à son profit certains droits.

Par exemple, l'arbitre peut ordonner, comme un juge, des mesures d'instruction, ordonner une enquête et une expertise; sa sentence a l'autorité de la chose jugée si elle n'a pas la force exécutoire; par conséquent, il s'agit bien d'un véritable acte de juridiction.

On peut conclure de là que, pour être arbitre, il faut au moins jouir de ses droits civils, être majeur. Certains auteurs vont plus loin et ils exigent que l'arbitre remplissant les fonctions de juge jouisse de ses droits politiques; ce qui reviendrait à interdire aux femmes et aux étrangers de remplir les fonctions d'arbitrage; C'est peut-être aller trop loin; il n'est pas indispensable que les arbitres jouissent de leurs droits politiques; Les femmes et les étrangers, selon Mr. MOREL, peuvent être chargés des fonctions d'arbitres. Une raison que l'on peut indiquer en faveur de cette solution c'est que les femmes et les étrangers peuvent être chargés d'un service public temporaire et l'on peut assimiler l'arbitrage à un service temporaire. Il n'est d'ailleurs pas absolument interdit aux femmes d'être juges, puisqu'elles peuvent être conseillers prudhommes; Mais il paraît certain qu'on ne pourrait choisir comme arbitre une personne intéressée au procès; il faut ici appliquer le principe qui domine notre organisation judiciaire: " On ne peut pas être juge en sa propre cause ". On admet d'ailleurs que les arbitres peuvent être récusés par les parties.

Les pouvoirs
des arbitres

Sur le point de savoir quels sont les pouvoirs des arbitres, la loi est partie de cette idée que l'arbitre est un juge et que, par conséquent, il doit observer les règles de fond et de forme, qui s'imposent aux tribunaux. C'est au moins ce que dit le Code de procédure. L'art.

Principes posés par l'art. 1009 du Code de Procédure

1009 décide que les arbitres devront observer dans le jugement des litiges les règles de fond du droit. S'ils ne le font pas, leurs décisions pourront être infirmées en appel, car l'appel est, en principe, recevable contre les décisions des parties.

En second lieu, l'art. 1009 dit que les arbitres sont tenus d'observer les formes et les délais qui s'imposent aux tribunaux. Ainsi les arbitres sont substitués aux juges, mais ils doivent juger comme le feraient les tribunaux, en appliquant les règles du fond du droit, et aussi les règles de forme, qui doivent être observées par ces derniers.

Dérogations aux principes de l'art. 1009.

Mais il est permis aux parties de déroger à ce principe posé par le Code, car ce n'est pas un principe d'ordre public. Tout d'abord l'art. 1009 nous dit que les parties peuvent, dans leur contrat, dispenser les arbitres

d'observer les formes légales de la procédure et c'est, en effet, très souvent ce que l'on décide. Mais, si l'on n'a pas pris le soin de le dire dans le contrat, les arbitres sont tenus de juger dans les formes qui s'appliquent aux tribunaux.

Le pouvoir des arbitres de prononcer comme "amiables compositeurs."

En second lieu, et ceci est plus grave, l'art. 1009 dit que les parties peuvent dispenser les arbitres d'observer les règles du droit dans le jugement du procès elles peuvent conférer à ces arbitres, selon l'expression de l'art. 1009, le pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs, ce qui veut dire que les arbitres peuvent statuer en équité.

Par exemple, les arbitres auront le droit de rejeter le moyen de la prescription acquise ou encore ils pourront admettre la compensation, alors même que les conditions prévues par le Code Civil pour la compensation ne seraient pas réunies.

La durée de la mission des arbitres.

Sur la durée de la mission de ces arbitres, le Code de procédure se montre assez restrictif. Les rédacteurs du Code de procédure n'étaient pas, en somme, favorables à l'arbitrage. Les arbitres ne se voient conférer leurs pouvoirs que pour un temps limité; sur ce point encore, les parties ont le pouvoir de fixer la durée de ces pouvoirs et, elles ont encore la possibilité de proroger la durée de ces pouvoirs, si les arbitres n'ont pas eu le temps de juger. Mais, lorsque les parties n'ont pas fixé la durée des pouvoirs des arbitres, la mission de ceux-ci ne dure que trois mois; au delà de ce temps, si les arbitres n'ont pas rendu leur sentence, il faudra que les parties fassent un nouveau compromis et qu'on recommence la procédure de l'arbitrage.

Le décès d'une des parties ne met pas fin au compromis, sauf si l'un des héritiers est mineur.

Il résulte de l'art. 1013 que la mort de l'un de ceux qui ont passé le compromis n'empêche pas l'arbitre de rendre la sentence, le décès ne mettant pas fin au compromis, et le délai pour instruire et juger est même prorogé de plein droit pendant le délai pour faire inventaire et délibérer.

Mais, d'après l'art. 1013, lorsqu'un des héritiers est mineur, il en est tout autrement. Le compromis alors cesse de plein droit, il perd tout espèce d'efficacité; il faudra soumettre le litige aux tribunaux officiels. La raison de cette disposition, c'est qu'un mineur est désormais intéressé à l'affaire; or, en principe, toutes les affaires qui intéressent les mineurs sont soumises à la communication au ministère public; il ne saurait donc être question d'un arbitrage. Il n'y en a pas moins là une disposition assez critiquable; Que l'on défende à un mineur de compromettre, cela se comprend très bien; mais lorsqu'un compromis a été passé valablement par des personnes majeures, il ne devrait pas être déclara

ré

inefficace et sans valeur, parce que l'une d'elles vient à mourir en laissant un héritier mineur; le mineur est pourtant bien responsable des dettes de son auteur. Il y a là une restriction assez peu favorable à l'arbitrage.

Les arbitres ayant instruit l'affaire, ayant entendu les parties ou leurs représentants, et rendu leur sentence, quelle en est la valeur de cette sentence ?

La valeur de la sentence arbitrale.

La jurisprudence a parfois considéré la sentence arbitrale comme ayant un caractère contractuel. La question est surtout importante en Droit international privé, et c'est à cette occasion que la Cour de Cassation a déclaré que la sentence arbitrale avait le caractère d'un contrat. D'après Mr. MOREL, il y a là une erreur. La sentence arbitrale n'est pas un contrat, un compromis, mais la sentence arbitrale est un acte juridictionnel, un jugement analogue à celui qu'aurait rendu un tribunal. C'est un acte juridictionnel, qui est investi (tout le monde le reconnaît) de l'autorité de la chose jugée, sinon de la force exécutoire; il ne peut donc s'agir d'un contrat, c'est un véritable acte juridictionnel. Cet acte juridictionnel tire sa force de la convention des parties, il repose sur un compromis. On discute la question de savoir si cet acte est un acte sous-seing privé ou un acte authentique; mais il est certain que la sentence arbitrale est dépourvue de la force exécutoire et en cela elle se différencie du jugement rendu par un tribunal.

La force exécutoire est conférée à la sentence arbitrale par une ordonnance du Président du tribunal.

La force exécutoire ne peut lui être conférée que par une ordonnance du Président du tribunal civil (art. 1020 du Code de procédure): " Le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du Président du tribunal de première instance dans le ressort duquel il a été rendu ". Il faut donc déposer au greffe du tribunal la minute de la sentence arbitrale, afin d'obtenir ce qu'on appelle l'exéquatur du Président du tribunal, exéquatur qui fera de cette sentence arbitrale un jugement complet, ayant la force exécutoire.

Le rôle du Président chargé de donner l'exéquatur

Le rôle du Président chargé de donner l'exéquatur sur cette sentence est d'examiner simplement si la sentence a été régulièrement rendue, c'est-à-dire s'il existe un compromis, si l'objet de la contestation pouvait donner lieu à un arbitrage, si les arbitres n'ont pas dépassé les pouvoirs qui leur étaient conférés par le compromis. Mais une fois que le Président a constaté que ces conditions sont réunies, il n'a pas le droit d'examiner la sentence au fond. Il ne peut pas refuser l'exéquatur sous prétexte que les arbitres auraient mal jugé.

Les voies de recours contre la sentence arbitrale.

La question se pose de savoir quelles sont les voies de recours possibles contre la sentence arbitrale. On a constaté qu'il y a une différence assez sensible entre

tre

le jugement contentieux rendu par un tribunal et une sentence arbitrale. Il faut se rappeler que : " Voies de nullité n'ont lieu en France contre jugement ". C'est-à-dire quand un jugement est entaché en France d'une irrégularité de forme, ou qu'on estime que la loi est violée au fond, il n'y a qu'une seule manière d'attaquer ce jugement, c'est d'exercer contre lui une des voies de recours admise limitativement par la loi; Un jugement ne peut être attaqué par une action en nullité. La sentence arbitrale est-elle soumise aux mêmes règles ?

L'action en nullité contre la sentence arbitrale.

Il convient ici de faire une distinction. La sentence arbitrale par elle-même est un acte juridictionnel et comme tel sera soumise aux voies de recours ouvertes par la loi contre les jugements. Mais à la différence d'un jugement rendu par un tribunal, la sentence arbitrale repose sur une convention, le compromis; si cette convention est nulle, si les arbitres ont excédé les pouvoirs qui leur étaient donnés par ce compromis, la sentence arbitrale s'effondre et dès lors on comprend que le Code de procédure, admette deux sortes de voies de recours pour attaquer une sentence arbitrale. C'est d'abord une action en nullité. D'après l'art. 1028, il en sera ainsi lorsque la sentence ne reposera pas sur un compromis et sur un compromis valable : " Il ne sera besoin de se pourvoir par appel ni requête civile ", dit l'art. 1028, dans les cas suivants :

Les cas de nullité de la sentence arbitrale.

1°- Si la sentence arbitrale a été rendue sans compromis ou hors des termes du compromis.

2°- Si elle l'a été sur compromis nul ou expiré.

3°- Si elle n'a été rendue que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres.

Si les arbitres ne tenaient pas leurs pouvoirs de la volonté des parties, on peut dire qu'il n'y a pas eu arbitrage. Dans tous ces cas, dit l'art. 1028, les parties se pourvoiront par opposition devant le tribunal et les parties demanderont la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral.

L'appel de la sentence arbitrale.

Mais si le compromis était valable, si les arbitres qui ont jugé étaient bien ceux désignés par le compromis, s'ils sont bien demeurés dans les termes du compromis s'ils n'ont pas excédé leurs pouvoirs, la sentence arbitrale est bien un acte juridictionnel, et dès lors ne pourra plus être attaquée en nullité; elle sera simplement susceptible des voies de recours ouvertes par la loi contre les jugements. Pratiquement, la seule voie de recours ouverte contre une sentence arbitrale, c'est l'appel.

Le Code de procédure a posé en principe que toute sentence arbitrale est toujours susceptible d'appel quelle que soit la valeur du litige et ici encore nous trouvons

une manifestation du caractère restrictif des dispositions du Code de procédure vis-à-vis de l'arbitrage; Cet appel sera porté, soit devant le tribunal civil, soit devant la Cour d'appel, suivant que l'affaire, si elle avait été soumise aux juridictions d'Etat aurait été de la compétence du juge de paix ou de celle des tribunaux de première instance (art. 1023).

Mais la loi a encore laissé sur ce point, aux parties le soin de déroger à la règle; l'art. 1010 permet, en effet, aux parties de renoncer à l'appel; elles ont le droit de donner aux arbitres la possibilité de statuer en dernier ressort et c'est généralement ce que l'on décide, car à quoi bon désigner des arbitres pour aller plus vite, si la sentence de ces arbitres pouvait ensuite être frappée d'appel et portée devant les tribunaux d'Etat?

Chapitre Premier

ORGANISATION JUDICIAIRE.

Historique

Les bases de notre organisation judiciaire, en matière civile, ont été posées par l'Assemblée Constituante; elles remontent à la Révolution. Il y a sur ce point une différence entre l'organisation judiciaire et la procédure proprement dite: La première a ses bases dans le Droit intermédiaire et la seconde remonte beaucoup plus haut, puisque les dispositions du Code de procédure sont directement inspirées de l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile.

Quoi qu'il en soit, en matière judiciaire, la Révolution a fait table rase du passé; l'organisation judiciaire actuelle remonte à la Révolution. L'œuvre de la Constituante a opéré, en effet, une transformation radicale de l'organisation judiciaire de l'Ancien Régime.

Défauts de l'organisation judiciaire avant la Révolution. L'enchevêtrement des juridictions, qui amenait des conflits de compétence, source de lenteurs et de frais. D'autre part, dans l'ancien Droit, les degrés d'appel n'étaient pas limités; la même affaire pouvait franchir quatre ou cinq degrés d'appel, aussi les procès étaient interminables.

L'enchevêtrement des juridictions. De plus, le principe que le roi était la source de toute justice et que les magistrats étaient ses délégués faisait que le roi conservait toujours le droit d'intervenir, d'arrêter ou de régler le cours de la justice: principe de l'évocation devant le Conseil du roi, et tres de committimus, par lesquelles le roi permettait à certaines personnes influentes d'attirer les procès qui

les intéressaient devant certaines juridictions, qui n'auraient pas dû normalement en connaître.

La vénalité
des offices
de judicature.

Il y avait encore une autre source d'abus, dans le personnel des cours; Le principe admis dans l'Ancien Régime était celui de la vénalité des offices de judicature, c'est-à-dire que les magistrats achetaient leurs charges, comme de nos jours les notaires, les avoués et les huissiers. Ce système n'a pas que des inconvénients, il faut le reconnaître, il a même certains avantages, mais il a eu de très grands inconvénients en amenant le système "des épices"; Les épices furent d'abord une offrande volontaire du plaideur à ses juges, mais elles devinrent bientôt une taxe obligatoire prélevée par le juge. Les plaideurs rétribuaient leurs juges.

Les principes
fondamentaux
de l'organisa-
tion judiciai-
re depuis la
Révolution.

Le décret des 16-24 Août 1790 a posé les principes fondamentaux de la nouvelle organisation judiciaire, principes qui n'ont pas cessé d'être en vigueur.

Séparation des
pouvoirs.
Abolition des
privilèges de
juridiction.

Ce sont : 1°- la séparation des pouvoirs; interdiction est faite aux juges de s'immiscer dans la législation et l'administration;

2°- L'abolition de tout privilège de juridiction, contraire à l'égalité des citoyens; Ceux-ci, dit la loi, ne peuvent être distraits sous aucun prétexte à leurs juges naturels.

Suppression de
la vénalité
des offices.
Election des
juges.

3°- La vénalité des offices de judicature est abolie, les juges sont désormais élus. Dans le système de la Constituante, les juges sont nommés à l'élection et inamovibles pendant la durée de leur mandat électif. A la suppression de la vénalité des charges se rattache le principe de la gratuité de la justice, entendu dans ce sens que les plaideurs n'ont plus à rémunérer leurs juges, qui sont désormais des fonctionnaires salariés par l'Etat. Tout le monde s'accorde à reconnaître aujourd'hui que ces principes sont les conditions indispensables d'une bonne justice.

Publicité des
audiences et
des jugements
Obligation de
la motivation
Limitation des
degrés de juri-
diction.

4°- Publicité des audiences et des jugements, obligation pour les tribunaux de motiver leurs décisions.

Enfin, dernier principe, la limitation à deux du nombre de degrés de juridiction; il n'y eut plus qu'un seul appel possible désormais.

Les tribunaux
chargés de ren-
dre la justice
en France, d'a-
près la loi de
1790

Après avoir posé ces principes, la loi de 1790 établit les tribunaux chargés de rendre la justice en France. Ce sont : les justices de paix, une par canton; les tribunaux de district, qui correspondent à nos tribunaux d'arrondissement; les tribunaux de commerce, la seule juridiction de l'Ancien Régime qui ait trouvé grâce devant le législateur intermédiaire. Les tribunaux de commerce

existaient, en effet, bien avant la Révolution; toutes les autres juridictions sont supprimées, mais le droit d'appel est maintenu. Seulement par crainte de faire revivre l'autorité des anciens Parlements, le législateur de 1790 décide que les tribunaux de district seront juges d'appel les uns vis-à-vis des autres, système très critiquable, qui a été supprimé peu après.

Institution du
tribunal de
Cassation (lois
des 27 Nov. et
1er Déc. 1790)

La loi de 1790 ayant ainsi posé les bases de l'organisation judiciaire, la Constituante la complète en instituant peu après (lois des 27 Novembre , 1er Décembre 1790) le tribunal de Cassation, juridiction unique et suprême, établie auprès du Corps législatif, qui a le pouvoir, dit la loi, de casser les procédures dans lesquelles les formes ont été violées et tout jugement qui contiendra contravention expresse au texte de la loi.

Institution
des tribunaux
départementaux
par le Direc-
toire.

Le Directoire a supprimé les tribunaux de district et les a remplacés par des tribunaux départementaux comme l'a fait récemment la réforme de 1926, qui vient d'être annulée par une contre-réforme.

L'organisation
actuelle de
la justice.
Elle date du
Consulat et
du Premier
Empire.

L'organisation actuelle de la justice date du Consulat et du Premier Empire; Ces Gouvernements ont d'ailleurs respecté, dans ses grandes lignes, l'organisation de la Constituante, en lui apportant quelques modifications, aussi, peut-on dire, que notre organisation judiciaire remonte, dans ses grandes lignes, à la Constituante. Sous le Consulat et l'Empire, les magistrats cessent d'être élus, à l'exception des juges des tribunaux de Commerce. Les autres magistrats sont nommés à vie par le pouvoir exécutif. Les tribunaux de district sont remplacés par les tribunaux d'arrondissement. Le tribunal de Cassation est maintenu et prend le nom de " Cour", qui avait effrayé les législateurs de 1790.

Pour les tribunaux d'appel, le Consulat et l'Empire reviennent sur le système de la Constituante, qui consistait à rendre les tribunaux de district juges d'appel les uns des autres ; En l'an XII, les tribunaux d'appel, constitués un peu auparavant, deviennent des " Cours d'appel"; Enfin, sous le Premier Empire, on crée une nouvelle juridiction : " Le Conseil de prudhommes, chargé de trancher les conflits entre patrons et ouvriers.

Sous la Restauration, se reforment les grandes corporations, qui avaient été supprimées sous la Révolution, corporations des avocats, des notaires, des avoués.

Première Section

Organisation et fonctionnement des cours et tribunaux.

§ Ier. Spécialisation et répartition des tribunaux.

La répartition
territoriale
des tribunaux

Du point de vue théorique, on pourrait concevoir que, dans un Etat donné, il n'existe qu'un seul tribunal chargé de connaître de tous les litiges, dans toute l'étendue du pays. Ce système qui a pu fonctionner dans certaines républiques anciennes et qui, à l'heure actuelle, peut encore fonctionner dans certains Etats à territoire et à population très limitée, est impraticable dans un pays un peu étendu et ayant une population nombreuse.

Dans un pays peuplé, dont le territoire est assez étendu, s'impose au moins une répartition territoriale des tribunaux, afin de mettre la justice à la portée des justiciables et de faciliter ainsi la liquidation des affaires.

La spécialisa-
tion des tri-
bunaux.

Mais il est une autre répartition, qui a également prévalu, c'est la spécialisation des tribunaux, forme de la division du travail. Ainsi la juridiction sera divisée entre un certain nombre de tribunaux d'ordres différents, suivant qu'il s'agira d'affaires civiles ou commerciales, d'affaires urgentes ou non urgentes, enfin d'affaires importantes ou de petits procès; c'est la division du travail selon la matière ou l'importance des procès. Tous les grands Etats connaissent cette spécialisation, plus ou moins accentuée, mais qui se retrouve dans tous et particulièrement en France. A cette double répartition d'après l'objet des procès et d'après le territoire correspond la division fondamentale dont on aura à s'occuper par la suite et qui est à la base de toutes ces matières: La compétence d'attribution et la compétence territoriale.

La compétence
d'attribution
ou *ratione ma-*
*teria*e- et la
compétence ter-
ritoriale ou
compétence *ra-*
tione personae.

Les règles de la compétence d'attribution, appelée aussi compétence "*ratione materiae*", déterminent les attributions des différents ordres de juridiction: tribunaux civils, de commerce, justices de paix.

Lorsqu'on se demande de quelle nature d'affaires s'occupe tel tribunal, on cherche à déterminer la compétence d'attributions de cette juridiction. La compétence territoriale, appelée aussi "*ratione personae*", détermine quel est, entre les tribunaux du même ordre, celui qui doit connaître du litige donné. A supposer, par exemple,

que tel litige soit de la compétence du tribunal de commerce (compétence d'attribution), il faudra déterminer ensuite quel est, parmi tous les tribunaux de commerce de la métropole, celui qui devra connaître du litige (compétence territoriale). Cette compétence territoriale sera déterminée, tantôt par le domicile du défendeur, tantôt par le lieu où a été conclu le contrat, tantôt par la situation de l'objet litigieux. En somme, la compétence territoriale correspond à ce que l'on peut appeler la répartition géographique des tribunaux.

Avantages et inconvénients de la spécialisation territoriale des tribunaux.

Cette division des tribunaux par spécialité et territoriale repose sur des considérations impérieuses, elle apparaît commandée par la nécessité d'assurer une bonne administration de la justice. Cependant, il faut bien reconnaître que la division des fonctions juridictionnelles, n'est pas sans inconvénient; en particulier elle a le gros inconvénient de faire naître des procès de compétence. La multiplication et surtout l'établissement de différentes sortes de tribunaux amène fréquemment des conflits entre les plaideurs au sujet de la détermination du tribunal compétent. La pratique nous apprend que, très souvent, un procès de compétence se greffe sur un litige quelconque; il y a alors deux procès au lieu d'un, d'où perte de temps et d'argent pour les plaideurs.

La division des tribunaux dans les différents Etats. Système de l'Angleterre.

On retrouve le système de la division des tribunaux dans la plupart des grands Etats modernes, sauf un qui se présente sous un jour particulier, l'Angleterre. Il existe, dans ce pays, différents tribunaux, mais la division du travail y est moins poussée qu'en France et notamment il y a une juridiction unique, investie de la plénitude de juridiction en matière civile, commerciale, criminelle et administrative. C'est cette Cour, que l'on appelle la suprême Cour de judicature, qui est elle-même divisée en deux degrés: Une Cour d'appel, qui siège à Londres et une haute Cour, qui malgré son nom, est une juridiction de première instance et qui siège, tantôt à Londres et tantôt dans une des villes où se tiennent les assises périodiques; Tout citoyen anglais qui a un procès à faire juger, n'est pas tenu de s'adresser aux juges locaux qui, d'ailleurs, n'ont compétence que jusqu'à une certaine somme; il a toujours le droit de porter son affaire devant la Suprême Cour de judicature; Cette juridiction a compétence universelle, ce qui supprime les procès de compétence.

Dans l'organisation française, il existe, en Droit positif, cette double division des juridictions, division par spécialités et division territoriale.

Système de l'Alsace-Lorraine

Jusqu'à la guerre, l'organisation judiciaire métropolitaine (on ne s'occupera pas ici de l'organisation

judiciaire coloniale) était uniforme. Depuis le retour à la France de l'Alsace-Lorraine, il coexiste actuellement en France, à côté de l'organisation générale, qui s'applique à tous les départements français d'avant-guerre, une organisation spéciale aux trois départements du Haut-Rhin du Bas-Rhin et de la Moselle, auxquels on a conservé, en partie tout au moins, l'organisation judiciaire allemande qui est assez sensiblement différente de l'organisation judiciaire générale.

La division
par spéciali-
té.
Les différents
tribunaux

Il existe en France différentes juridictions suivant l'objet des procès. Sur le territoire métropolitain de la France, la justice est rendue par des Cours d'Appel des tribunaux de première instance, des tribunaux de commerce, des tribunaux des référés civils, des tribunaux des référés commerciaux, des justices de paix, des Conseils de Prudhommes; enfin, il faut tenir compte du Jury d'expropriation qui, lui aussi, est une juridiction civile.

Au-dessus de tous les tribunaux que l'on vient d'énumérer est placée la Cour de Cassation; Il n'existe aucune autre juridiction civile et il ne peut en être créé qu'en vertu d'une loi, laquelle a fait naître certaines juridictions éphémères, telles que les Commissions arbitrales des loyers qui ont été supprimées.

La Commission
supérieure de
Cassation en
matière de
loyers.

De cette organisation temporaire, il reste quelque chose : La Commission supérieure de Cassation en matière de loyers qui a été créée par la loi du 14 Décembre 1920, pour les litiges entre propriétaires et locataires, qui étaient devenus si nombreux, que la Cour de Cassation voyait ses rôles complètement embouteillés par ces sortes d'affaires. Il a donc été nécessaire de créer, à côté de la Cour de Cassation, un organisme spécial la remplaçant dans les affaires spéciales de loyers. Cette Commission supérieure existe encore.

Parmi les différentes juridictions civiles énumérées, il faut faire une classification, dont on comprendra l'importance par la suite en étudiant la compétence; Il faut distinguer entre elles deux catégories, les juridictions de Droit commun et les juridictions d'exception.

Les juridicti-
ons de droit
commun.

Les juridictions de Droit commun sont celles qui connaissent, en principe, de tous les litiges à l'exception de ceux dont la connaissance leur est enlevée par un texte exprès. Ces juridictions de Droit commun sont les Cours d'Appel et les tribunaux de première instance; les tribunaux de première instance au premier degré et les Cours d'Appel au second degré. Toutes les fois, par conséquent, qu'un texte s'attribue pas compétence à une autre juridiction, l'affaire est de la compétence du tribunal de première instance.

Les juridictions d'exception

Les autres juridictions sont des juridictions d'exception en ce sens qu'elles ne connaissent que des affaires qui leur sont formellement attribuées par la loi. On verra par la suite les attributions de ces juridictions d'exception.

Les différentes formations que peut revêtir un tribunal

Un même tribunal peut revêtir différentes formations, qui ne constituent pas autant de juridictions. C'est ainsi que le tribunal de première instance connaît deux formations: l'audience ordinaire ou publique, qui est la formation normale et la Chambre du Conseil. Le tribunal se dédouble en quelque sorte, mais il ne forme pas deux juridictions.

L'audience ordinaire et publique est la forme normale

L'audience ordinaire et publique est la forme normale, applicable toutes les fois qu'un texte exprès ne donne pas compétence à la Chambre du Conseil. En principe une affaire ordinaire est jugée en audience ordinaire et publique. La Chambre du Conseil, c'est le tribunal statuant, au contraire, sans publicité, dans la salle réservée à ses délibérations.

Compétence de la Chambre du Conseil.

Il est un certain nombre d'affaires, qui sont de la compétence de la Chambre du Conseil et qui ne pourraient, sans irrégularité, être soumises à l'audience ordinaire, au tribunal statuant en audience publique. La Chambre du Conseil d'abord est compétente, en principe, pour toutes les affaires de la juridiction gracieuse; on peut dire qu'elle est le tribunal de droit commun, en matière gracieuse. Au contraire, en matière contentieuse, la compétence de la Chambre du Conseil est tout à fait exceptionnelle; il est cependant certaines affaires contentieuses, qui sont de sa compétence, notamment les jugements d'opposition aux ordonnances de taxes des frais dus à des officiers ministériels ou encore les conversions de séparation de corps en divorce, etc.

Hypothèses dans lesquelles une formation du tribunal se substituerait à l'audience pour juger.

La question se pose de savoir ce qui arriverait si l'on faisait juger en audience ordinaire une affaire de la compétence de la Chambre du Conseil, ou inversement si l'on faisait juger une affaire de la compétence de la Chambre du Conseil par le tribunal siégeant en audience ordinaire. Il n'y a pas de difficulté dans le second cas: lorsqu'on fait juger par la Chambre du Conseil une affaire qui devrait être jugée en audience ordinaire, la décision de la Chambre du Conseil est entachée d'une irrégularité d'ordre public, car elle a été rendue sans publicité. Mais que décider si le tribunal statuait en audience ordinaire publique sur une affaire qui normalement était de la compétence de la Chambre du Conseil, par exemple, sur une demande de conversion de séparation de corps, en divorce. Certains auteurs considèrent que la Chambre du Conseil constitue une juridiction spéciale différente du tribunal

statuant en audience ordinaire et qu'il y aurait incompétence. Reste à savoir si cette incompétence est d'ordre public ou d'ordre privé. Pour Mr. MOREL d'accord avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, la Chambre du Conseil n'est pas une juridiction différente de celle du tribunal; c'est le même tribunal qui statue, soit en audience ordinaire, soit en Chambre du Conseil. Par conséquent, quand le tribunal statue en audience ordinaire sur une affaire qui était de la compétence de la Chambre du Conseil, il y a une simple irrégularité de procédure, qui peut être couverte par le silence des parties. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation à différentes reprises, notamment dans un arrêt du 19 Novembre 1912 (Sirey 1916-I-9).

Cependant, la Cour de Cassation n'admet pas cette solution lorsqu'il s'agit du recouvrement des frais et honoraires des officiers ministériels.

Différentes
formations
des tribunaux
de commerce.

On retrouve la même distinction en Chambre du Conseil et audience ordinaire dans les tribunaux de Commerce et devant les Cours d'Appel. Dans les tribunaux de Commerce, la Chambre du Conseil a un rôle fort peu important; cependant, c'est elle qui statue sur la demande de liquidation judiciaire.

Différentes
formations de
la Cour d'Appel.

La Cour d'Appel statue également en Chambre du Conseil et en audience ordinaire, mais elle peut revêtir aussi une forme qui lui est spéciale, l'audience solennelle; elle a donc trois formations : Audience ordinaire, Chambre du Conseil, audience solennelle. Cette dernière comprend au moins deux Chambres. En audience solennelle, la Cour d'Appel juge certaines affaires considérées comme particulièrement importantes, telles les affaires renvoyées devant la Cour d'Appel, après cassation de l'arrêt d'une première Cour d'Appel.

La Cour d'Appel siégeant en audience solennelle est une juridiction spéciale

Si la Cour d'appel jugeait en audience ordinaire, les affaires qui auraient dû être jugées en audience solennelle, il y aurait incompétence d'ordre public. Par conséquent, la juridiction de la Cour d'Appel siégeant en audience solennelle constitue une juridiction spéciale

Dans chaque tribunal il y a l'Assemblée générale des juges, organe administratif - La division territoriale des tribunaux.

On trouve également dans tous les tribunaux, l'Assemblée générale, mais elle ne constitue pas une juridiction; c'est un organe purement administratif du tribunal. C'est à l'Assemblée générale que sont prises les mesures d'administration intérieure. De plus, l'Assemblée générale des Cours d'Appel constitue une juridiction disciplinaire; elle est, en effet, juge d'Appel des décisions du Conseil de l'ordre des avocats en matière disciplinaire.

À côté de cette division suivant l'objet des litiges existe une division territoriale des tribunaux. À l'exception de la Cour de Cassation, qui est unique, chaque catégorie de juridiction comprend un certain nombre de

tribunaux, répartis sur le territoire, cela afin que la justice soit placée à proximité des justiciables. Cette répartition est modelée, dans une certaine mesure, sur l'organisation administrative. Cela est vrai, tout au moins pour les tribunaux de première instance et pour les tribunaux des référés, qui sont des tribunaux d'arrondissement, et pour les Justices de paix, qui sont des tribunaux de canton, mais cela n'est plus tout à fait vrai pour les tribunaux de commerce et les Conseils de prudhommes. En principe, la compétence du tribunal de commerce s'étend à un arrondissement, mais cela n'est pas toujours vrai, car dans certains arrondissements importants, il existe plusieurs tribunaux de commerce et, d'autre part, à la suite de la réforme judiciaire, on a étendu la compétence de quelques tribunaux de commerce à plusieurs arrondissements. La fixation du ressort du Tribunal de commerce dépend du décret qui institue ce tribunal; de même pour les Conseils de Prudhommes, selon les besoins, ceux-ci peuvent être juges pour un canton ou pour plusieurs.

La division
des Cours d'
Appel est régionale.

La circonscription territoriale des Cours d'Appel est régionale; elle englobe généralement plusieurs départements; on peut dire que la région existe au point de vue judiciaire.

Question de
la répartition
des tribunaux de première instance et des justices de paix

On s'est demandé, ces dernières années, si la répartition des tribunaux de première instance par arrondissement et des justices de paix par canton méritait d'être conservée. Cette répartition date du Consulat pour les tribunaux de première instance et de la Constituante pour les justices de paix, c'est donc une répartition très ancienne, bonne à une époque où les communications étaient difficiles, mais qui aboutit aujourd'hui à maintenir des tribunaux presque complètement inoccupés. C'est ainsi que de 1909 à 1913, pour prendre des statistiques d'avant-guerre, époque normale, sur 359 tribunaux, 83 seulement avaient jugé plus de 300 affaires en un an. Parmi les autres, notamment 50 d'entre eux avaient jugé moins de cent affaires en un an !

Depuis longtemps on se préoccupait de la question mais on se heurtait sur ce point à une double résistance; résistance locale, les petites villes où siégeaient ces tribunaux ne se souciant pas de les voir disparaître, et résistance émanant des officiers ministériels intéressés, particulièrement des avoués, huissiers.

Cependant, il était nécessaire de faire quelque chose. Pour le Juge de paix, ce fut assez facile; on trouva la solution, non pas en supprimant les Justices de paix, mais en réunissant deux justices de paix sous la juridiction d'un seul magistrat, qui se déplaçait pour siéger tantôt dans un canton, tantôt dans un autre, suivant les jours d'audience; Les cantons sont en général assez

La question de la suppression des tribunaux d'arrondissement.

rapprochés pour que cela puisse se faire sans inconvénients. Ce fut l'oeuvre de la loi du 28 Avril 1919.

La difficulté était plus grande pour les tribunaux d'arrondissement; Supprimer les tribunaux d'arrondissement était la solution qui paraissait s'imposer, mais elle se heurtait à des résistances de clocher; on n'osa pas réaliser l'opération, on se contenta de réaliser des compressions de personnel, tout en maintenant les tribunaux. La loi du 28 Avril 1919 a classé les tribunaux en trois classes et a décidé que les tribunaux de troisième classe ne comporteraient qu'un personnel de juges inférieur au nombre nécessaire pour constituer un tribunal. Les juges manquants devaient être complétés, soit par des juges tutélaires ou des juges suppléants délégués au tribunal, soit par des juges de paix licenciés en Droit. Comme les juges de paix, licenciés en Droit étaient alors fort rares, on fut obligé, dans une disposition nouvelle, de décider que les tribunaux pourraient être complétés par des juges de paix non licenciés, si bien qu'un très grand nombre de tribunaux en France qui devaient juger normalement à trois juges, comprenaient un Président, un juge suppléant, parfois un Juge de paix et le plus souvent on était obligé de faire appel à un avoué ou à un avocat, qui peuvent être appelés à siéger en l'absence de juges. C'était intolérable.

La loi du 3 Août 1926 accordait au gouvernement de procéder par décret à des suppressions et à des fusions d'emploi ou de services.

Les différents décrets du 3 Septembre 1926

A la suite des événements financiers de 1926, la loi du 3 Août 1926, délégua au Gouvernement le droit de procéder par décret jusqu'au 31 Décembre de la même année à toute suppression ou fusion d'emplois ou de services, sous cette réserve que si les modifications apportées par décret touchaient certaines organisations ou des formalités de procédure, il serait nécessaire d'obtenir la ratification des Chambres. Mais en attendant cette ratification, les mesures prises par le Gouvernement et par décret s'appliquaient.

C'est en exécution de cette disposition de la loi que furent rendus divers décrets dont le premier (3 Septembre 1926) autorisait la réunion de trois Justices de paix sous la juridiction d'un même magistrat, décret qui a été ratifié. Mais le décret le plus important, également du 3 Septembre 1926, modifiait le nombre et la compétence territoriale des tribunaux de première instance. Ce décret réalisait, en somme, la suppression des tribunaux d'arrondissement les moins occupés. On instituait pour chaque département, en principe, un seul tribunal de première instance, dont la compétence se substituait à celle de toutes les juridictions supprimées. Il n'y avait donc plus, en principe, qu'un seul tribunal par département, sauf pour les départements très étendus ou très peuplés, où le trib

nal

départemental était divisé en sections ayant chacune son siège et son ressort distincts. Chaque section constituait en somme, une véritable juridiction; cela revenait à supprimer purement et simplement les tribunaux inoccupés.

On rattachait en outre, les tribunaux supprimés à une section du tribunal départemental. Dans cette période on ne parlait plus de tribunal d'arrondissement mais de tribunal départemental: On disait le tribunal départemental du Nord, section de Lille, de Valenciennes, etc. Cette appellation a été officielle jusqu'à la loi récente.

Règlement des
question de
personnel des
tribunaux sup-
primés, magis-
trats, greffiers,
avoués,
huissiers, nota-
ires.

Ainsi 227 tribunaux étaient supprimés sur 359 qui existaient auparavant. Restaient à régler les questions de personnel. Pour les magistrats, la question était assez facile à résoudre; on a réparti les magistrats dans les tribunaux départementaux, dont la compétence territoriale était augmentée et qui avaient besoin d'un supplément de personnel. Pour les officiers ministériels c'était moins simple. En ce qui concerne les greffiers des tribunaux supprimés, leurs charges furent supprimées en même temps que les tribunaux; la valeur de cette charge devait leur être payée par le titulaire du greffe du tribunal de rattachement, qui bénéficiait d'une augmentation de ses émoluments et devait indemniser le greffier du tribunal supprimé.

On aurait dû employer le même système pour les charges d'avoués des tribunaux supprimés en les faisant rembourser du prix de leurs charges par les avoués des tribunaux de rattachement qui auraient bénéficié d'une augmentation de clientèle; on a reculé devant cette réforme. Et c'est ce qui a permis de remettre tout en question. Les avoués des tribunaux supprimés n'ont pas vu leurs charges disparaître; ils ont conservé leur compétence auprès des tribunaux de rattachement; ils avaient seuls le monopole de représenter les clients dans les affaires qui auraient été de la compétence du tribunal supprimé. Ces avoués étaient obligés de se transporter ou de s'installer auprès du tribunal de rattachement. Il y avait des dispositions spéciales pour les huissiers, pour les notaires, etc.

Protestati-
ons soulevées
par le décret
du 3 Septem-
bre 1926.

La réforme instituée par le décret du 3 Septembre 1926 souleva immédiatement des protestations, qui n'émanaient pas des magistrats, pour la plupart fort désireux de quitter la petite ville et de gagner un centre un peu plus important, où ils se trouvaient avec leurs collègues. Mais les localités dont les tribunaux avaient été supprimés se sentaient atteintes d'une sorte de "capitis diminutio". D'autre part, les officiers ministériels et notamment les avoués étaient soumis à l'obligation de se déplacer deux ou trois fois par semaine pour aller exercer leur ministère auprès du

tribunal de rattachement. Les justiciables se trouvaient astreints à des déplacements parfois assez longs et onéreux. Les protestations étaient nombreuses et il faut reconnaître que cette réforme faite hâtivement méritait quelques critiques. On avait supprimé des tribunaux, qui n'auraient pas dû l'être. On avait voulu tenir la balance égale entre les différentes régions, entre le Nord et le Midi, et tout cela aurait demandé à être amendé. Mais dans ses grandes lignes la réforme était viable et recommandable, elle avait de grands avantages. Néanmoins, le parlement vota à une grande majorité, le rétablissement des tribunaux d'arrondissement, qui se fit en deux étapes

Les étapes du rétablissement des tribunaux d'arrondissement.

La première, la plus importante, résulte de la loi du 22 Août 1929. Cette loi commence par ratifier la réforme du 3 Septembre 1926; il le fallait bien pour le passé, sinon toutes les procédures faites devant ces tribunaux auraient été annulées. Pour l'avenir, la loi maintient le tribunal départemental, mais décide qu'il comporte, en principe, autant de sections qu'il existait de tribunaux d'arrondissement avant la réorganisation judiciaire. Le législateur n'a pas voulu supprimer complètement la réforme de 1926, mais la seule concession qu'elle lui a fait, c'est qu'il ne sera pas créé, dit-elle dans son article 3, de section dans les anciens chefs-lieux judiciaires dont le tribunal n'a pas rendu, par an, une moyenne de deux cents jugements au cours des trois années 1923, 1924, 1925.

Bien plus, les tribunaux n'ayant pas rendu 200 jugements devaient être néanmoins rétablis, lorsque des difficultés de communication existant entre les communes du ressort du tribunal supprimé et le chef-lieu du tribunal de rattachement étaient telles que les justiciables ne pouvaient utilement effectuer le voyage entre leur domicile et le tribunal de rattachement, sans passer une nuit hors de leur domicile.

La loi du 22 Août 1929.

La loi du 22 Août 1929 nommait en même temps une commission, composée de magistrats, de sénateurs, de députés, d'agents administratifs, qui était chargée de vérifier les conditions prescrites par l'art. 3 et de statuer sur le rétablissement des sections.

Les travaux de cette commission aboutirent au rétablissement de la plupart des anciens tribunaux d'arrondissement; seuls quelques tribunaux n'avaient pu remplir les conditions prévues par l'art. 3. Mais pour le rétablissement des tribunaux une question presque angoissante se posait, celle du recrutement des magistrats. Il fallut édicter des dispositions spéciales pour faciliter le recrutement des magistrats; ce fut l'oeuvre de la loi du 16 juillet 1930. Cette loi fut encore une occasion de faciliter

La loi du 16 juillet 1930

ter

pour faciliter
le recrutement
des magistrats

le rétablissement des tribunaux supprimés, de ceux qui n'avaient pas trouvé grâce devant la commission. Finalement la loi nouvelle laisse à la Commission le soin de rétablir les tribunaux qui lui paraîtraient utiles. Finalement, ils ont tous été rétablis sauf 6 : Ste Menehould, Arcis-sur-Aube, Castellane, Sisteron, Embrun et Chambon.

On a trouvé des magistrats en nombre suffisant pour remplir les fonctions de juges, seulement on a été obligé de revenir aux errements antérieurs, c'est-à-dire qu'un grand nombre de tribunaux de 3ème classe sont composés de magistrats en nombre insuffisant et il est nécessaire de déléguer des magistrats venant d'autres tribunaux pour remplir les fonctions de juges.

La loi de 1930 prévoyant le cas où il n'existerait pas auprès d'un tribunal le nombre d'avoués suffisant, a décidé, dans son article 19, qu'il ne sera pas rétabli de tribunal dans l'ancien arrondissement judiciaire lorsque le nombre d'avoués en exercice sera inférieur à deux. D'autre part, dans un arrondissement judiciaire où le nombre d'avoués aura été pendant trois mois inférieur à deux, le tribunal, bien que rétabli par la loi de 1930 sera supprimé par décret rendu en Conseil d'Etat.

§ 2. Le double degré de juridiction.

Le double degré
de juridiction

Dans notre organisation actuelle, les juridictions sont groupées deux à deux, de telle sorte que l'on peut appeler du jugement du tribunal inférieur à celui du tribunal supérieur, et que ce dernier peut réformer la décision du premier, s'il estime qu'elle a été mal rendue; c'est le principe du double degré de juridiction, qui consacre le droit d'appel.

L'appel.
Historique.

L'appel a joué, dans notre histoire, un rôle considérable; il a été l'un des instruments de la lutte du pouvoir royal contre la féodalité. Les justices seigneuriales qui avaient d'abord été indépendantes et souveraines perdirent ces attributs lorsqu'on admit la possibilité d'en appeler d'une juridiction seigneuriale à une juridiction royale; c'était transformer les juridictions seigneuriales en juridictions subalternes des juridictions royales. L'appel, tel que le concevait notre ancien droit, était donc fondé sur l'idée de hiérarchie féodale.

Appréciation
critique du
droit d'appel

L'appel a été conservé par la Constituante, parce qu'il lui a paru être une garantie de bonne justice, mais la Constituante n'a admis qu'un seul appel, tandis que, dans notre ancien droit, on épuisait tous les degrés de juridiction. En outre, l'appel, tel que l'a conçu le législateur révolutionnaire, ne repose plus sur l'idée de hiérarchie; c'est une institution destinée uniquement à assurer une meilleure administration de la justice.

L'opportunité du droit d'appel a été depuis longtemps discutée. On a dit qu'il était inutile, parce que rien ne donne la certitude que l'affaire sera jugée au second degré mieux qu'au premier. " La faculté d'appel, " disent ses adversaires, entretient les conflits et retarde la solution des procès. C'est une atteinte inutile à l'autorité de la chose jugée, un moyen de chicane. A ces objections, l'on peut répondre que les juges sont faillibles et qu'il serait fâcheux qu'il n'y eût aucun moyen d'échapper aux conséquences des erreurs ou de la mauvaise foi du juge. Il y a quelque chance pour que l'affaire soit mieux jugée par une seconde juridiction, composée de juges plus âgés, moins occupés, plus éloignés des plaideurs et plus soustraits aux influences locales; puis l'appel possible incite les premiers juges à mieux étudier leurs affaires.

Mais si l'appel peut invoquer en sa faveur des raisons très sérieuses, il n'y a pas lieu d'aller au delà du second degré de juridiction, car les procès ne peuvent s'éterniser et l'on n'a pas la certitude qu'un troisième degré jugerait mieux qu'un second. Il n'y a qu'un seul appel possible; sans doute, les parties peuvent déférer le jugement ou l'arrêt à la Cour de Cassation, mais celle-ci ne constitue pas un troisième degré de juridiction, elle ne connaît pas du fond des affaires, elle n'est pas assimilable à une juridiction d'appel.

Fonctionnement du principe du double degré de juridiction.

Dans notre droit, les tribunaux de première instance sont parfois juges d'appel; ils connaissent en appel des décisions des juges de paix et de celles des Conseils de prudhommes. Les jugements des tribunaux de première instance, les jugements des tribunaux de commerce et les ordonnances de référés sont déférés en appel aux Cours d'appel.

Historique des Cours d'appel.

La Constituante, qui craignait de voir rétablir l'autorité des Parlements avait décidé que les tribunaux de district seraient juges d'appel les uns des autres : Système déplorable; d'abord, parce que la seconde instance n'était pas portée devant des juges plus expérimentés que les premiers et aussi parce que cela créait des rivalités entre les tribunaux de district.

En l'an VIII, furent établis des tribunaux d'appel, mais ce n'est qu'en l'an XII que l'appellation de " Cour " leur a été donnée.

Exceptions au principe du double degré de juridiction.

Le principe du double degré de juridiction n'est pas absolu, il comporte des exceptions.

En premier lieu, il est des cas où la loi supprime la faculté d'appel. Dans ces cas, l'affaire est jugée, en premier et dernier ressort, par les juges du premier degré; il s'agit d'affaires qui ne sont pas susceptibles d'appel.

Suppression de la faculté d'appel par la fixation du taux du dernier ressort.

Il en est ainsi d'abord, dans certains cas, où la valeur du litige est trop peu considérable pour qu'il ait paru nécessaire de permettre aux parties de porter leur affaire au second degré. En un mot, la loi fixe d'après la valeur du litige un taux au-dessous duquel, le litige n'est pas susceptible d'appel, c'est ce que l'on appelle: le taux du dernier ressort. Par exemple, le juge de paix, en matière personnelle et mobilière, statue en dernier ressort jusqu'à mille francs.

Ce n'est pas que le législateur ait considéré que les petits procès doivent être moins bien jugés que les autres, mais il a paru inopportun d'autoriser, pour un procès minime, dont les frais absorberaient et au delà la valeur du litige.

Suppression de la faculté d'appel en matière de saisie immobilière ou de procédure d'ordre et dans certaines instances fiscales.

Dans d'autres cas, la loi a supprimé la faculté d'appel, parce que celle-ci aurait abouti à retarder inutilement la marche d'une instance, c'est le cas de certains jugements en matière de saisie immobilière ou de procédure d'ordre. Enfin, pour des raisons mal définies et en tous cas contestables, la loi a supprimé l'appel dans certaines instances fiscales, en matière de timbre d'enregistrement, de contributions indirectes; ces affaires sont toujours jugées en premier et dernier ressort.

Mais il s'agit là que d'exceptions le principe du double degré de juridiction est la règle: l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi. C'est ce qu'a jugé maintes fois la Cour de Cassation. Voir notamment l'arrêt du 12 Février 1924 (Sirey 1924-I-233).

Il est des cas tout à fait exceptionnels où c'est le premier degré de juridiction qui est supprimé. Ceci arrive quand les demandes nouvelles sont recevables en appel sans avoir franchi le premier degré de juridiction.

Les parties ont toujours le droit de renoncer à l'appel.

Il est admis par la jurisprudence que les parties ont le droit de renoncer à l'appel, même quand les affaires sont soumises au principe du double degré de juridiction; ce n'est pas un principe d'ordre public, les parties ont toujours le droit de renoncer à l'appel, sauf contreverse, qui sera examinée plus tard, sur le point de savoir si les parties peuvent renoncer à l'appel ou si elles ne peuvent y renoncer qu'une fois le litige-né.

Les parties ne peuvent convenir de porter l'affaire devant un troisième degré de juridiction.

Par contre, est d'ordre public, le principe qui limite à deux le nombre de degrés de juridiction. Les parties ne pourraient pas convenir de porter une affaire à un troisième degré de juridiction par exemple, s'il s'agissait d'une affaire de la compétence du juge de paix, faire appel devant le tribunal civil et appeler ensuite de la décision de ce dernier devant la Cour d'appel.

De même les parties ne pourraient pas convenir de porter en appel une affaire qui par sa nature ou sa valeur leur

Les parties ne peuvent convenir de porter en appel une affaire qui n'en est pas susceptible.

n'est pas susceptible d'être déférée au second degré de juridiction.

§ 3. La Cour de Cassation.

Au-dessus de tous les tribunaux, se trouve la Cour de Cassation. La mission de la Cour de Cassation est d'annuler, de casser les décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire qui lui sont déférées, lorsque ces décisions, rendues en dernier ressort, contiennent une violation de la loi ou ont été rendues en violation des formes prescrites à peine de nullité.

La Cour de Cassation est souveraine sauf pour les prudhommes pêcheurs de la Méditerranée.

Tous les tribunaux judiciaires sont soumis à la censure de la Cour de Cassation, à l'exception cependant d'une seule juridiction locale: les prudhommes pêcheurs de la Méditerranée.

La loi du 22 Décembre 1915 a soumis les Juges de paix à la juridiction souveraine de la Cour de Cassation.

Les décisions en dernier ressort du Juge de paix ne pouvaient autrefois être soumises à la Cour de Cassation que pour excès de pouvoir et non pour violation de la loi. Une loi du 22 Décembre 1915 est venue remettre les choses au point. Désormais les Juges de paix sont soumis, comme les autres juridictions, à la Cour de Cassation pour violation de la loi ou inobservation des formes.

En étudiant l'historique de l'organisation judiciaire, on a vu quelle est l'origine de la Cour de Cassation. Elle a été créée par l'Assemblée Constituante, sous le nom de tribunal de Cassation. La loi des 27 Novembre, 1er Décembre 1790, art. I, nous dit : " Il y aura un tribunal de Cassation établi auprès du Corps législatif."

La Cour de Cassation a été créée par la loi du 27 Novembre 1er Décembre 1790.

Ce tribunal de Cassation succédait à un organe qui sous l'ancien régime, avait joué un rôle analogue ou assez voisin de celui de notre Cour de cassation moderne. Cet organe portait le nom de Conseil des parties ou Conseil privé. Il avait le pouvoir de casser les décisions rendues en violation expresse des ordonnances ou des coutumes.

La Cour de Cassation a succédé au Conseil des partis ou Conseil privé.

Le Conseil privé ne remplissait d'ailleurs pas une fonction absolument identique à celle de notre Cour de Cassation. En effet, l'unité de législation n'existait pas avant la Révolution, il ne pouvait donc pas être question, pour le Conseil privé, d'assurer cette unité. A un autre point de vue, le Conseil privé ne constituait pas une véritable juridiction; c'était le roi qui statuait en conseil il s'agissait donc de justice retenue, tandis qu'actuellement la juridiction de la Cour de Cassation est une justice déléguée.

Enfin, le Conseil privé, à la différence de notre Cour de Cassation, après avoir cassé, pouvait évoquer et juger l'affaire, en fait et en droit. Il constituait donc, dans une certaine mesure, un nouveau degré de juridiction

ce que la Cour de Cassation n'est jamais à l'heure actuelle.

Rôle de la Cour de Cassation. Elle assure le respect de la loi et maintient l'unité de législation.

Dans notre organisation judiciaire actuelle, la Cour de Cassation se trouve investie de la plus haute mission qui existe en matière judiciaire; elle assure le respect de la loi et elle maintient, par cela même, l'unité de la législation par l'unité de la jurisprudence. Mais il est assez intéressant de constater qu'à l'origine, dans la conception que s'était faite le législateur intermédiaire en le créant, le tribunal de Cassation n'avait pas le rôle que la Cour de Cassation joue à l'heure actuelle; il s'est produit, sur ce point, une évolution qu'il n'est pas sans intérêt de retracer d'autant plus que cette évolution résulte moins des textes que de la jurisprudence de la Cour de Cassation elle-même.

Rôle de la Cour de Cassation à son origine. Il était le résultat du principe de la séparation des pouvoirs.

Dans la pensée de ses fondateurs, le rôle qui était dévolu au tribunal de Cassation se rattache étroitement à la conception que ceux-ci se faisaient de la séparation des pouvoirs, plus spécialement de la fonction respective du législateur et du juge. Dans cette conception, qui avait présidé à l'organisation du tribunal de cassation, il appartient au législateur, non seulement de faire la loi mais encore de l'interpréter et de l'interpréter non pas seulement d'une manière générale mais à l'occasion des litiges qui peuvent se présenter et soulèvent des difficultés relatives à l'application de la loi.

Poussant ce dernier principe jusqu'à ses extrêmes conséquences, la pure doctrine révolutionnaire en arrive à contester la liberté de l'interprétation judiciaire; les juges n'ont pas le droit d'interpréter la loi, telle est la conséquence extrême du principe de la séparation des pouvoirs tel qu'on le concevait alors. L'origine de cette conception, il faut la rechercher dans différents faits, peut-être dans la haine que l'on portait alors aux anciens parlements et au pouvoir judiciaire en général, mais surtout, il convient de la rechercher dans la doctrine de Montesquieu.

Les juges n'ont pas le droit d'interpréter la loi d'après la doctrine de Montesquieu

Montesquieu nous dit en effet ceci : " Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi; s'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans une société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.

Le référé-législatif créé par la loi des 16-24 Août 1790.

Ainsi s'explique la disposition de la loi des 16-24 Août 1790 qui a posé les principes de notre organisation judiciaire, disposition qui invitait les tribunaux à s'adresser au Corps législatif, toutes les fois qu'il

croyait nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. C'était l'institution dite " du référé ré-législatif", lequel était facultatif (nous verrons plus loin qu'il y avait un référé obligatoire).

Toutes les fois qu'un tribunal trouvait que la loi était insuffisante ou obscure, il pouvait se refuser à juger et provoquer une interprétation du législateur pour l'espèce dont il s'agissait. Les tribunaux pouvaient donc suspendre l'examen de l'affaire jusqu'à interprétation par le législateur. Tout cela implique assurément que l'Assemblée Constituante estime que la loi suffit à tout, elle est l'unique source du Droit; la loi a tout prévu et si, par hasard, il arrive qu'elle n'a pas tout prévu, on demande au législateur l'interprétation que le juge n'a pas le droit de donner.

Dès lors, il ne pouvait être question de confier au tribunal de Cassation le rôle que joue aujourd'hui la Cour de Cassation, rôle d'assurer l'unité d'interprétation de la loi. Puisque les tribunaux n'avaient pas le droit d'interpréter la loi, il n'appartenait pas à la Cour de Cassation d'assurer l'unité de l'interprétation de la loi; on ne concevait même pas, à cette époque, qu'il pût exister une jurisprudence, la Constituante en rejetait absolument l'idée qu'elle considérait comme une hérésie dangereuse.

Le Chapelier, Robespierre, n'admettent pas qu'il puisse y avoir une jurisprudence.

Voici, par exemple, un constituant, Le Chapelier qui nous dit : " Le tribunal de Cassation, pas plus que les tribunaux de district, ne doivent avoir de jurisprudence. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait dans le tribunal de Cassation, il faudrait la détruire. Robespierre disait : " Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; il y a donc toujours identité de jurisprudence ".

On voit que dans cet état d'esprit, le législateur intermédiaire ne pouvait pas attribuer au tribunal de Cassation le rôle qu'a acquis depuis la Cour de Cassation, de fixer l'unité de l'interprétation de la loi, l'unité de jurisprudence.

Les trois caractéristiques du rôle de la Cour de Cassation d'après la loi de 1790 étaient les suivantes:

Les trois caractéristiques de la Cour de Cassation d'après la loi de 1790.

1^o- La Cour de Cassation est adjointe au Corps législatif et étrangère au pouvoir judiciaire; c'est une sorte d'inspectrice, placée auprès du Corps Législatif pour veiller à la stricte observation de la lettre de la loi.

Elle veille à la stricte observation de la lettre de la loi.

2^o- Dans son article 2, la loi du 27 Novembre, 1^{er} Décembre 1790, dit que "la Cour de Cassation ne peut annuler les jugements que ceux-ci contiennent une contravention expresse au texte de la loi ".

2°- Elle ne peut annuler que les jugements contenant une contravention expresse aux termes de la loi.

3°- La Cour de Cassation ne peut imposer son interprétation aux tribunaux.

Si la loi dit blanc et que les juges aient dit noir, la Cour de Cassation peut casser, mais là se borne son rôle, elle ne peut pas casser lorsque la loi est obscure ou insuffisante, pour fausse interprétation de la loi.

3°- Le rôle du tribunal de Cassation est purement négatif; il ne peut pas imposer son interprétation aux tribunaux: tout ce qu'il peut faire, c'est de casser, lorsqu'il y a contravention à la lettre de la loi, mais même dans ce cas, il ne peut pas imposer son interprétation aux tribunaux parce qu'encore une fois, son rôle n'est pas d'interpréter la loi, si bien qu'en cas de conflit avec la juridiction, de renvoi, ce n'était pas le tribunal de Cassation qui avait le dernier mot. Dans ce système, trop logiquement construit, la parole passe alors au législateur qui a seul la souveraineté de l'interprétation et le référé législatif devient obligatoire.

Le tribunal de Cassation ne devait pas tarder à sortir du rôle assez étroit qu'on lui avait réservé; toute cette conception révolutionnaire, héritée en somme d'une conception d'ancien régime, partait d'une vue trop rigide du principe de la séparation des pouvoirs. On aboutissait finalement à une véritable violation de la séparation des pouvoirs.

Il est très exact de dire qu'il appartient au législateur d'interpréter la loi, mais il s'agit d'une interprétation générale et abstraite, comme la loi elle-même. Le législateur a toujours le droit, s'il estime qu'il y a obscurité, d'interpréter son œuvre, mais par voie d'interprétation générale. Au contraire, on ne peut songer à interdire à un tribunal d'interpréter la loi à propos des affaires sur lesquelles il est appelé à statuer, c'est essentiellement son rôle. Comment pourrait-il appliquer la loi sans l'interpréter? Il n'y a pas là confusion entre l'interprétation législative et l'interprétation judiciaire et c'est au contraire en demandant l'interprétation au pouvoir législatif qu'il y avait empiètement sur le pouvoir judiciaire.

Ainsi, on en était arrivé à laisser libre champ à la fantaisie des tribunaux inférieurs, puisque le tribunal de Cassation ne pouvait intervenir que s'il y avait violation du texte même de la loi. Il y avait bien le référé législatif, mais il n'était pas obligatoire et les tribunaux agissaient comme ils l'entendaient. Du reste les dossiers soumis au Corps Législatif s'entassaient dans les cartons et les affaires ne se jugeaient jamais.

Dès lors, très rapidement, le tribunal de Cassation, qui était composé de juristes remarquables, fut

Les cas de référé-législatif ont diminué

peu à peu, la Cour de Cassation cassant elle-même certains jugements.

Le rôle actuel de la Cour de Cassation.

1°- C'est la juridiction la plus élevée dans l'ordre judiciaire.

2°- Elle casse pour fausse interprétation ou fausse application de la loi.

3°- Elle peut imposer son interprétation aux juridictions de renvoi.

La Cour de Cassation est gardienne de la loi.

amené à restreindre les cas qui donnaient lieu à référé-législatif et à casser des jugements qui avaient donné une fausse interprétation de la loi. Ce rôle que se reconnaissait ainsi le tribunal de Cassation, nous le trouvons consacré indirectement dans l'art. 4 du Code Civil qui décide : les juges qui refuseront de juger sous prétexte de silence ou d'obscurité de la loi, pourront être poursuivis comme coupables de déni de justice. Le juge est donc désormais obligé d'interpréter la loi. Il était dès lors nécessaire que le tribunal de Cassation fut amené à exercer son contrôle.

Le rôle actuel de la Cour de Cassation, est un rôle tout à fait différent de celui que le législateur intermédiaire avait conçu.

Actuellement la Cour de Cassation :

1°- est la juridiction la plus élevée dans l'ordre judiciaire. Elle n'est plus adjointe au Corps législatif; c'est une juridiction.

2°- La Cour de Cassation, non seulement casse pour contravention expresse de la loi, mais encore pour fausse interprétation ou fausse application de la loi.

3°- Depuis la loi du 1er Avril 1837 (voir plus loin) la Cour de Cassation peut, dans une certaine mesure imposer son interprétation aux juridictions de renvoi; son rôle a donc cessé d'être purement négatif.

La seule chose qui reste aujourd'hui du texte originnaire, c'est la nécessité pour tout moyen de cassation d'être fondé sur la violation d'un texte de loi. La loi de 1790 est restée en vigueur sur ce point: art. 17 " le dispositif de la Cour de Cassation contient le texte de la loi sur lequel la décision sera appuyée ". En réalité, tout cela est de pure forme; évidemment un moyen de cassation doit être fondé sur la loi, d'autre part, la Cour de Cassation, lorsqu'elle casse, vise toujours le texte qui a été méconnu, mais on admet couramment aujourd'hui qu'un pourvoi en cassation puisse être fondé sur un principe traditionnellement admis comme par exemple le principe du secret des lettres confidentielles ou bien l'on invoque des textes d'une telle généralité que la règle n'est pas gênante pour la Cour de Cassation.

Finalement, il apparaît que, dans notre organisation judiciaire, la Cour de Cassation est véritablement la gardienne de la loi; elle est appelée à sauvegarder deux principes qui dominent notre organisation politique: l'unité de législation et l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Etant donné, en effet, que la loi ne peut tout prévoir, qu'elle peut être insuffisante ou obscure, elle a besoin d'être interprétée; étant donné, d'autre part, que les tribunaux sont nombreux et que leur interprétation pourrait être divergente ou contradictoire, il

y a lieu de parer à ces dangers et c'est la Cour de Cassation qui doit y remédier. Comme on l'a dit: l'unité de législation serait un leurre sans l'unité de jurisprudence; c'est la Cour de Cassation qui fait observer l'unité de législation par l'unité de jurisprudence, en maintenant une jurisprudence uniforme entre tous les tribunaux ce qui est tout à fait essentiel à la sécurité des droits des particuliers.

La juridiction de la Cour de Cassation s'exerce dans l'intérêt public encore plus que dans l'intérêt des particuliers. En un mot, l'intérêt des plaideurs n'est engagé qu'accessoirement devant la cour de Cassation; son rôle primordial est d'assurer la sauvegarde de la loi; ainsi s'explique que l'on dise souvent que les justiciables de la Cour de Cassation sont moins les plaideurs que les arrêts. La Cour de Cassation juge les jugements.

De là découlent les principes qui président au fonctionnement de la Cour de Cassation, principe que l'on résume en disant que : La Cour de Cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction.

Cela signifie, en premier lieu, que la Cour de Cassation ne connaît pas du fond des affaires; ce principe est inhérent à sa charte constitutionnelle, rien n'a été modifié sur ce point depuis 1790. Dans aucun cas, nous dit l'art. 3, et sous aucun prétexte, la Cour de Cassation ne connaîtra du fond des affaires;

La Cour de Cassation est tout à la fois la juridiction la plus haute et la plus limitée; elle doit accepter les faits de la cause tels qu'ils ont été constatés souverainement par le premier juge, tels qu'ils lui sont révélés par les qualités de la décision attaquée. Sans pouvoir réviser les faits souverainement appréciés par le premier juge, elle a simplement à rechercher si, aux faits ainsi appréciés, les juges ont appliqué correctement la loi. C'est la distinction du fait et du droit qui soulève d'ailleurs de grosses difficultés.

En second lieu, le débat devant la Cour de Cassation doit être circonscrit dans les limites où il est présenté devant les juges dont la décision est déférée à cette Cour. De là l'interdiction d'introduire devant la Cour de Cassation non seulement aucune demande nouvelle, aucune demande qui n'ait pas été introduite devant le premier juge, mais même aucun moyen nouveau à l'appui d'une demande déjà formée, c'est-à-dire aucun moyen qui n'ait été expressément ou implicitement soumis aux premiers juges. En effet, puisque la Cour de Cassation juge les jugements et recherche si, dans ces jugements, la loi a été correctement appliquée et les censure si l'application a été mauvaise, on ne peut pas se plaindre devant la Cour de Cassation que les juges n'ont pas tenu compte

La Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction.

Elle ne connaît pas du fond des affaires.

Le débat devant la Cour de Cassation doit être circonscrit dans les limites où il est présenté devant les premiers juges.

d'un moyen que l'on n'avait pas fait valoir devant eux. Si l'on invoquait un moyen qui n'avait pas été présenté devant les premiers juges, la Cour de Cassation rejetterait le pourvoi à raison de la nouveauté du moyen.

La Cour de Cassation doit renvoyer le procès devant un tribunal du même ordre que celui qui a rendu la décision cassée.

En troisième lieu, du principe que la Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, il résulte que cette Cour, lorsqu'elle casse une décision, ne peut pas connaître du procès, mais doit en renvoyer l'examen à un tribunal du même ordre que celui qui a rendu la décision cassée; c'est encore un principe posé par la loi de 1790; non seulement la Cour de Cassation ne peut pas évoquer le procès en droit et en fait, comme le faisait autrefois le Conseil du roi, mais elle ne peut pas même l'évoquer en droit. Dans une certaine conception législative, on pourrait autoriser la Cour de Cassation à appliquer le droit aux faits souverainement appréciés par les juges du fond. Mais cela soulèverait bien des difficultés, car le droit et les faits sont souvent si intimement mêlés qu'il est préférable que l'affaire tout entière revienne devant les juges. La Cour de Cassation ne peut jamais évoquer en droit.

Conséquences de la censure et de l'autorité de la Cour de Cassation.

1°- Elle ne se prononce jamais "in abstracto".

La Cour de Cassation n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était sous le régime de 1790 une adjointe au Corps législatif; mais un tribunal de l'ordre judiciaire le plus élevé. De là découlent un certain nombre de conséquences tant au point de vue de la saisine de la Cour que de l'autorité de ses arrêts.

1°- La Cour de Cassation ne se prononce jamais "in abstracto"; comme tout tribunal judiciaire, elle ne statue que sur des espèces et même le Gouvernement ne sollicitera jamais de la Cour de Cassation, comme elle le fait du Conseil d'Etat, un avis général sur des questions données; elle n'a à juger que des espèces, comme tout tribunal judiciaire.

2°- Elle ne se saisit point d'office.

2°- La Cour de Cassation, comme tout tribunal judiciaire, ne se saisit jamais d'office; elle exerce la juridiction, elle rend des arrêts qui sont des actes juridictionnels, mais ce sont toujours des actes provoqués. Quelle que soit la gravité de la violation commise par un tribunal, un jugement ou un arrêt n'est soumis à la Cour de Cassation que par un pourvoi formé par une des parties ou par le Procureur Général près la Cour de Cassation. Evidemment, en raison de son rôle d'intérêt général, la Cour de Cassation, gardienne de la loi, peut être saisie par son Procureur Général qui a le droit de se pourvoir en cassation pour violation de la loi; c'est ce que l'on appelle le pourvoi dans l'intérêt de la loi; Mais il importe de remarquer que le Procureur général près la Cour ne peut se pourvoir dans l'intérêt de la loi, qu'à défaut par l'une des parties de s'être elle-même pourvue. D'autre

part, l'effet du pourvoi du Procureur Général est purement théorique; il se réduit à la mention de la cassation en marge de la minute de la dévotion annulée, mais la cassation reste sans effet à l'égard des parties.

3°- Elle ne peut statuer par voie réglementaire

3°- La Cour de Cassation comme tout tribunal judiciaire, ne peut statuer par voie réglementaire, pas plus qu'un tribunal de première instance ou un Juge de paix ne peut rendre des arrêts de règlement. Un arrêt de la Cour de Cassation, même s'il émane des Chambres réunies, n'a d'autorité que dans l'affaire sur laquelle il a statué et la Cour de Cassation elle-même n'est pas liée par ses arrêts antérieurs. Cette solution, il faut le remarquer, risquerait d'aller à l'encontre du rôle de la Cour de Cassation qui a pour principal but de maintenir l'unité de jurisprudence. Le danger est évité par l'autorité morale des arrêts de la Cour de Cassation; quand une solution a été admise par la Cour de Cassation, il est rare que les juridictions inférieures ne s'inclinent pas devant elle et, d'autre part, la Cour de Cassation s'est fait une règle d'éviter les revirements de jurisprudence; il y a eu évidemment des revirements fameux de jurisprudence, mais, en principe la Cour de Cassation préfère maintenir une jurisprudence ferme, fut-elle erronée ou inexacte, que de faire courir aux justiciables les dangers d'une jurisprudence changeante.

La décision de la Cour de Cassation ne s'impose pas au tribunal de renvoi.

Non seulement les arrêts de la Cour de Cassation n'ont d'autorité que pour l'affaire jugée mais sa décision ne s'impose pas au tribunal devant lequel l'affaire est renvoyée; un conflit peut se produire devant la Cour de Cassation et la juridiction de renvoi. Qui doit alors avoir le dernier mot ? Notre législation a beaucoup varié et on a été extrêmement embarrassé pour donner la solution; ce n'est qu'en 1837 qu'on a adopté une solution satisfaisante. Pendant longtemps, on a appliqué à ce conflit, le système du référé législatif. Dans le système de 1790, lorsqu'après deux cassations et une troisième décision contraire à la juridiction de renvoi, on formait un troisième pourvoi, la parole passait au législateur auquel le tribunal de cassation demandait l'interprétation de la loi et le corps législatif tranchait le conflit en rendant un décret déclaratoire de la loi. Ce système fut maintenu par la constitution de l'an 3, mais simplifié, c'est-à-dire que l'on recourait au référé législatif après une seule cassation suivie d'un second pourvoi. On simplifia encore le système sous le premier Empire; une loi du 16 Décembre 1807 applique d'une autre manière le référé-législatif à deux cassations successives sur un même point de droit, la seconde ayant été prononcée par les Chambres réunies sous la présidence du Ministre de la Justice; si la juridiction

La loi de 1807

de renvoi ne se conformait pas à la décision des Chambres réunies l'interprétation de la loi devait être donnée par l'Empereur en Conseil d'Etat. On continua d'appliquer ce système sous la Restauration, mais une loi du 30 juillet 1828 adopte un nouveau système. On considère, en effet, qu'il y a confusion des pouvoirs; le législateur, ni par lui-même, ni par le Conseil d'Etat n'a pas à intervenir dans la solution des procès et on décide que lorsqu'il y aura deux cassations, si le deuxième jugement a été attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de Cassation prononce toutes Chambres réunies, et alors en cas de cassation nouvelle, l'affaire est renvoyée devant une Cour d'Appel qui statue, elle aussi, toutes Chambres réunies; là s'arrête le procès; c'est la Cour d'Appel qui a le dernier mot; c'était un singulier système.

Le système
actuel du ren-
voi créé par
la loi du 1er
Avril 1837.

Enfin, on arrive au système actuel avec une loi du 1er Avril 1837; après un second jugement ou arrêt statuant comme celui précédemment cassé, si un nouveau pourvoi est formé et fondé sur le même moyen que le premier, la Cour de Cassation statue toutes Chambres réunies et alors si elle casse pour le même moyen que la première fois, sa solution s'impose à la juridiction de renvoi; par conséquent, ici, le dernier mot reste à la Cour de Cassation, ce qui est préférable. Ce serait même, en législation, une grande simplification de décider que la Cour de renvoi devrait toujours se conformer à la décision de la Cour de Cassation; il ne faut pas perdre de vue en effet que les renvois successifs entraînent de grands frais et de grandes lenteurs.

Attribution
spéciale de la
Chambre des
Requêtes en
matière d'ex-
cès de pouvoir

La Cour de Cassation exerce encore une attribution très spéciale; En vertu de différents textes et, notamment, de la loi du 27 Ventôse, an VIII, art. 80, la Chambre des Requêtes est investie de la mission d'annuler, à la requête du Gouvernement et sur pourvoi formé par le Procureur Général près la Cour de Cassation, les décisions des tribunaux et tous les actes judiciaires en général, entachés d'excès de pouvoir.

La notion de
l'excès de
pouvoir.

Qu'est-ce donc que l'excès de pouvoir. C'est là une notion que la loi n'a pas précisée et qui est demeurée assez confuse. Dans la conception la plus restrictive, il y a excès de pouvoir toutes les fois qu'un tribunal ou un juge a empiété sur le domaine du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. Il y a excès de pouvoir, atteinte au principe de la séparation des pouvoirs quand, par exemple, un tribunal a fait un arrêt de règlement, ce qui arrive quelquefois. Voir arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 Juin 1929 (Dalloz hebdomadaire, 1929, 377); ou encore lorsqu'un tribunal crée une nullité non prévue par la loi, ou adresse une injonction au ministère public qui est l'agent du Gouvernement.

Ce que la jurisprudence entend par excès de pouvoir.

Il semble bien que l'excès de pouvoir soit encore quelque chose de plus; d'après la jurisprudence, il y a excès de pouvoir toutes les fois que, même sans pénétrer sur le domaine législatif ou exécutif, le juge ou le tribunal se reconnaît un droit qui n'appartient pas à l'autorité judiciaire; par exemple, on a cassé, pour excès de pouvoir, la décision d'un tribunal qui, sans utilité pour la solution, formulait des appréciations outrageantes pour certaines personnes. Il n'y avait empiètement ni sur le législatif, ni sur l'exécutif, mais le tribunal était sorti de son pouvoir; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 14 Février 1911 (Dalloz 1911-I-24). Il y a encore excès de pouvoir de la part d'un tribunal qui, après avoir déclaré un acte irrecevable, le déclare, en outre, mal fondé; il n'avait pas à examiner l'affaire au fond, puisqu'elle était irrecevable. Voir arrêt de la Cour de Cassation 11 Juillet 1929.

De même, et en sens opposé, un tribunal qui se refuse à faire un acte qu'il a l'obligation de faire et commet, par conséquent, un déni de justice peut être accusé également d'excès de pouvoir.

extension de l'excès de pouvoir en ce qui concerne les juges de paix depuis la loi de 1905

La Cour de Cassation a été quelquefois plus loin élargissant, d'une manière peut-être critiquable, la notion d'excès de pouvoir. La raison de cette jurisprudence, c'est que, comme on l'a dit précédemment, jusqu'à une loi de 1915, les décisions des juges de paix ne pouvaient être attaquées devant la Cour de Cassation pour violation de la loi, mais seulement pour excès de pouvoir. Aussi, la Cour de Cassation, en présence de certaines violations flagrantes, fut amenée à élargir la notion de violation d'excès de pouvoir et à casser, pour excès de pouvoir, des jugements qui ne contenaient qu'une simple violation de la loi. Ainsi la violation de certains principes supérieurs en matière judiciaire tel que le principe de la liberté de la défense ou même le principe de l'autorité de la chose jugée, donnent lieu au recours pour excès de pouvoir. L'excès de pouvoir ainsi entendu, se rapproche de la violation de la loi, mais on comprend que la Cour de Cassation ait été amenée, par le désir de réprimer certaines violations de la part du juge de paix à étendre la notion de l'excès de pouvoir.

Actuellement, les décisions des juges de paix peuvent être l'objet d'un recours en cassation pour violation de la loi.

Lorsqu'il y a excès de pouvoir, la loi décide que, non seulement il appartient aux parties de se pourvoir, mais encore que le droit de se pourvoir contre l'arrêt en question est ouvert au Procureur Général près la Cour de Cassation, à la requête du Gouvernement.

Ce qu'il importe de préciser, dès maintenant

Rôle particulier de la Chambre des Requêtes en ce qui concerne l'excès de pouvoir.

c'est que la Chambre des Requêtes qui a, dans cette hypothèse, et tout à fait par exception, le pouvoir de casse joue ici un rôle tout à fait particulier, différent de celui de la Cour de Cassation, Chambre civile, lorsqu'elle casse les décisions qui sont simplement contrevenues à la loi. La Chambre des Requêtes est ainsi une véritable juridiction politique ou de haute police administrative; elle statue, a-t-on dit, comme Cour suprême associée à l'action politique et gouvernementale. Il s'agit, en effet, ici de réprimer une atteinte à l'ordre public.

Différence entre les pourvois en cassation du Procureur général pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi.
1ère différence.

Le pourvoi en cassation du Procureur général, pour excès de pouvoir doit obéir à des règles tout à fait différentes du pourvoi qui est exercé par le même Procureur général, dans l'intérêt de la loi; ces deux pourvois n'ont pas du tout le même but, aussi existe-t-il entre eux des différences dont voici les principales.

1°- Lorsque le Procureur général agit simplement dans l'intérêt de la loi, il peut prendre l'initiative de former le pourvoi; au contraire, lorsqu'il s'agit du pourvoi pour excès de pouvoir, il ne peut demander l'annulation d'une décision que sur l'ordre du Gouvernement, c'est-à-dire du Garde des Sceaux; c'est ce que l'on induit de l'art. 441 du code d'instruction criminelle.

2ème différence.

2°- Lorsqu'il s'agit d'un pourvoi formé pour excès de pouvoir, le Procureur général près la Cour de Cassation peut exercer ce recours, alors même que le délai ouvert aux parties pour se pourvoir elles-mêmes n'est pas encore expiré. Les parties ont en principe deux mois pour se pourvoir en cassation, mais lorsqu'il s'agit du pourvoi dans l'intérêt de la loi, le Procureur général ne peut se pourvoir que lorsque le délai ouvert aux parties est expiré et dans le cas où les parties ne se seraient pas pourvues elles-mêmes. Au contraire, lorsqu'il s'agit du pourvoi pour excès de pouvoir, qui a pour but de réprimer une grave infraction aux attributions de l'autorité judiciaire, le Procureur général peut former le pourvoi à la requête du Gouvernement, alors même qu'on est encore dans le délai ouvert aux parties.

3ème différence.

3°- Le pourvoi pour excès de pouvoir peut être dirigé contre une décision en premier ressort et bien que la voie de l'appel soit ouverte; au contraire, lorsqu'il s'agit, soit du pourvoi formé par les parties soit même du recours formé par le Procureur général, dans l'intérêt de la loi, c'est un principe que l'on ne peut se pourvoir en cassation que contre des décisions en dernier ressort. Bien plus, le pourvoi peut être formé par le Procureur général contre un simple acte judiciaire qui ne serait pas susceptible habituellement d'un pourvoi en cassation, par exemple, contre une délibération prise par un tribunal.

4ème
différence.

4°- Le pourvoi est possible, alors même que l'excès de pouvoir n'existe que dans les motifs du jugement ou de l'arrêt; c'est le cas de l'arrêt ou du jugement qui critique la loi, il applique cette loi, mais il manifeste le regret d'avoir à l'appliquer; atteinte au principe de la séparation des pouvoirs; en pareil cas, alors même que le jugement est bien rendu, le Procureur général à la requête du Gouvernement, peut se pourvoir contre la décision pour faire annuler simplement les motifs incriminés; Dans tout autre cas, c'est un principe qu'on ne peut jamais se pourvoir en cassation contre les motifs d'un jugement ou arrêt, alors que le dispositif est exact.

5ème
différence.

5°- Le pourvoi du Procureur général pour excès de pouvoir est porté devant la Chambre des Requêtes qui, par exception a le pouvoir de casser. On verra au contraire que dans tout autre cas, le rôle de la Chambre des requêtes est d'examiner si le pourvoi paraît recevable et sérieux et dans ce cas, elle doit l'admettre et c'est alors à la Chambre Civile qu'il appartient de la casser s'il y a lieu.

Mais ici, il faut que les choses aillent vite, d'autre part, la Chambre des Requêtes a un certain rôle administratif à jouer, c'est donc à elle que l'on a recours et elle a ici le privilège de casser.

6ème
différence.

Au contraire, le pourvoi dans l'intérêt de la loi, est porté immédiatement devant la Chambre Civile.

Enfin, dernière différence, la décision cassée par la Chambre des Requêtes disparaît; même à l'égard des parties, alors même que ces parties ne sont pas mises en cause; au contraire, lorsqu'il s'agit du pourvoi dans l'intérêt de la loi, la cassation est purement théorique, disciplinaire; elle se réduit à la mention de la cassation en marge de la minute de l'arrêt ou du jugement cassé, qui subsiste entre les parties.

§ 4. La hiérarchie judiciaire.

Existe-t-il entre les différents tribunaux une hiérarchie ? Au point de vue purement juridictionnel, il n'y a pas de hiérarchie entre les tribunaux, aucun tribunal n'est le supérieur hiérarchique de l'autre. Au point de vue administratif et disciplinaire, au contraire, il existe une hiérarchie entre les tribunaux.

Il n'y a pas de hiérarchie entre les tribunaux au point de vue juridictionnel.

Au point de vue purement juridictionnel, il n'y a pas de hiérarchie entre les tribunaux; cependant, la question a fait quelque doute, on s'est demandé si l'existence du droit d'appel, ou l'admission du pourvoi devant la Cour de Cassation n'aboutissait pas à créer une certaine hiérarchie entre les juridictions. Au point de vue purement juridictionnel, il faut répondre négativement :

l'admission du droit d'appel n'implique pas une hiérarchie entre les deux juridictions groupées par l'application du principe du double degré. La Cour d'Appel n'est pas au point de vue juridictionnel, la supérieure hiérarchique du tribunal de première instance ou de Commerce.

Sous l'ancien régime l'appel avait pour base une hiérarchie entre les juridictions.

Evidemment, il n'en a pas toujours été ainsi. A l'origine, sous l'ancien régime, l'appel avait bien pour base une hiérarchie entre les juridictions et cela explique que, sous l'ancien régime, les appels étaient admis sans limitation.

Actuellement il n'y a de hiérarchie judiciaire qu'au point de vue hiérarchique et disciplinaire.

Aujourd'hui, s'il subsiste une hiérarchie entre les juridictions, ce n'est qu'au point de vue administratif et disciplinaire, mais, à un autre point de vue, le principe du double degré de juridiction n'est pas fondé sur une idée de dépendance, en dépit de la dénomination donnée, dans le Code de procédure, aux tribunaux de première instance et de Commerce, qui sont qualifiés de tribunaux inférieurs. L'appel n'est pas une application du principe hiérarchique et l'on a pu dire avec raison qu'un juge ne dépend que de la loi et de sa conscience. C'est pourquoi le juge n'a jamais à répondre de ses jugements devant ses supérieurs hiérarchiques et ceux-ci, bien entendu, ne peuvent lui donner d'ordre pour la solution de procès. Aucun juge, le juge de paix aussi bien que le conseiller de la Cour de Cassation, n'a d'ordre à recevoir de personne lorsqu'il s'agit de juger et l'on ne peut hiérarchiquement critiquer les décisions qu'il a rendues.

Suivant l'opinion de Mr. César Bru la Cour de Cassation a un caractère disciplinaire et hiérarchique.

D'ailleurs, si l'appel était encore aujourd'hui comme sous l'ancien régime, fondé sur une hiérarchie entre les tribunaux, il faudrait l'admettre sans limitation ce qui n'est plus possible. Donc l'appel n'est pas fondé sur une idée de hiérarchie; N'en est-il pas autrement du recours en cassation ?

On a soutenu de nos jours encore que le recours devant la Cour de Cassation avait un caractère disciplinaire et hiérarchique; la Cour de Cassation dit-on, fait fonction de supérieure hiérarchique vis-à-vis de tous les tribunaux de l'ordre judiciaire à qui elle est chargée de rappeler et d'imposer l'observation de la loi.

Cette explication ne paraît pas bonne à Mr. MOREL. L'existence de la Cour de Cassation s'explique, non par une idée de hiérarchie, mais par la nécessité d'assurer l'unité de législation par l'unité de jurisprudence; son intervention n'a rien de disciplinaire, elle n'est pas, contrairement à ce que l'on pense quelquefois, dirigée contre le juge, mais bien contre les arrêts, les jugements. La Cour de Cassation recherche si le jugement contient ou non la violation de la loi qu'on lui impute, ce n'est pas une voie de recours dirigée contre le juge.

D'après une autre opinion la Cour de Cassation exerce une action disciplinaire objective contre les jugements et arrêts.

Mais alors, une autre opinion a été soutenue, d'après laquelle, la Cour de Cassation exercerait une sorte d'action disciplinaire objective contre les jugements et arrêts et on fait un rapprochement entre le rôle disciplinaire de la Cour de Cassation vis-à-vis des magistrats et le rôle qu'elle exerce au point de vue juridictionnel contre les jugements; mais cette explication doit également être rejetée. En réalité, la Cour de Cassation, lorsqu'elle casse un jugement ou un arrêt, ne fait pas acte de juridiction disciplinaire et la meilleure preuve c'est que la juridiction de renvoi peut ne pas suivre l'interprétation de la loi donnée par la Cour de Cassation. Ainsi qu'on l'a déjà vu, la Cour de Cassation n'impose pas son interprétation à la juridiction de renvoi; or un supérieur hiérarchique a le droit de donner des ordres à l'inférieur. La Cour de Cassation casse, mais elle n'a pas d'ordre à donner; la juridiction de renvoi interprète ensuite la loi, comme il lui paraît convenable. Personne ne peut dicter une sentence au juge. Sans doute, au cas de seconde cassation prononcée par les Chambres réunies de la Cour de Cassation, le tribunal de renvoi doit adopter sur le point de droit l'interprétation de la Cour de Cassation, mais il a fallu un texte exprès pour poser ce principe. En somme, la seule hiérarchie qui existe est une hiérarchie de caractère administratif, mais, même à ce point de vue, au cours du 19ème siècle, la hiérarchie entre les différentes juridictions s'est assez fortement relâchée. Sous le Consulat, cette hiérarchie était assez étroite, elle s'inspirait évidemment d'une conception militaire que l'on retrouve dans toute l'organisation administrative de cette époque.

Comment se révèle cette hiérarchie administrative.

Cette hiérarchie se traduit d'abord par la gradation des traitements, puis par des différences de costumes; le Conseiller à la Cour d'Appel a un costume plus éclatant que celui du juge d'un tribunal de première instance. Elle se traduit aussi par des prérogatives honorifiques reconnues au magistrat du degré le plus élevé; cette hiérarchie se traduit encore, par un droit de surveillance qui appartient aux juridictions supérieures sur les juridictions inférieures. Le droit de surveillance s'est beaucoup réduit et aujourd'hui se réduit à une seule chose, c'est le droit de surveillance reconnu par la loi du 20 Avril 1810, art. 8 d'où il résulte que la Cour d'Appel doit délibérer chaque année sur la manière dont la justice a été rendue pendant l'année précédente.

Le pouvoir disciplinaire de la Cour de Cassation

La hiérarchie se traduit enfin et surtout par le pouvoir disciplinaire qui appartient à la Cour de Cassation, vis-à-vis des magistrats. A ce point de vue, la loi de 1883 a concentré dans les mains de la Cour

Appel qui avaient jusque là autorité sur les tribunaux de première instance et ceux-ci sur les Juges de paix. Aujourd'hui, c'est la Cour de Cassation qui est l'unique juridiction disciplinaire, tout au moins vis-à-vis des magistrats des Cours d'Appel et des tribunaux de première instance.

La hiérarchie a enfin certaines conséquences au point de vue judiciaire; dans certaines des questions qui sont accessoires aux fonctions juridictionnelles. C'est ainsi qu'en cas de conflit de compétence entre deux tribunaux le règlement de juges est fait par une juridiction supérieure aux tribunaux en conflit. Il faut, en effet, que ce soit un supérieur hiérarchique qui intervienne entre deux tribunaux de première instance ou deux tribunaux de commerce : ce sera la Cour d'Appel. S'il y a conflit de compétence entre deux Cours d'Appel, ce conflit sera réglé par la Cour de Cassation.

Section II

Le fonctionnement des tribunaux.

§ I. Composition des tribunaux.

La composition
des tribunaux.

En ce qui concerne la composition des tribunaux, deux points de vue sont à distinguer; celui qu'on peut appeler la composition générale et celui de la composition à l'audience.

La composition
générale
des tribunaux

Au point de vue de la composition générale, un tribunal ou une Cour se compose d'un certain nombre de juges ou de conseillers, puis du greffier en chef, assisté le cas échéant de greffiers; dans les tribunaux de droit commun, c'est-à-dire les Cours d'Appel et les tribunaux de première instance, et devant la Cour de Cassation, il existe en outre des magistrats représentant le Ministère public.

Devant certains tribunaux, il existe aussi des avoués, mais ils sont seulement auxiliaires de la justice et ne font pas partie des tribunaux.

Un tribunal comprend un certain nombre de juges, nombre fixé par la loi et par des décrets; pour les tribunaux de première instance, ils sont divisés en trois classes suivant des principes qui ont été formulés par la dernière loi de l'organisation judiciaire (16 Juillet 1930) et un décret du 26 Janvier modifié lui-même par un décret du 4 Septembre 1930.

Pour les Cours d'Appel, c'est également la loi qui fixe la composition des Cours, (loi du 26 Avril 1930). Pour les tribunaux de Commerce, c'est le décret instituant le Tribunal de Commerce qui fixe la composition

suivant les besoins. Pour la Justice de paix, la composition est toujours un seul Juge de paix, mais il y a deux juges de paix suppléants et même à Paris il y en a trois.

Un tribunal important comprend plusieurs Chambres divisées en sections.

Il y a lieu de faire remarquer qu'une Cour ou un Tribunal très occupé peut être divisé en Chambres; certains tribunaux de première instance ou plusieurs Chambres qui sont présidées par un vice-président. Au tribunal de la Seine, les Chambres civiles sont mêmes divisées en sections présidées par un président de section.

Cette division intérieure d'un tribunal n'a pas pour conséquence de faire de chaque Chambre une juridiction spéciale ayant une compétence exclusive pour une catégorie d'affaires déterminée. Sans doute, en pratique, on renvoie à chaque Chambre une certaine catégorie d'affaires en un mot, on spécialise les Chambres, mais cette division n'a pas pour conséquence de rendre une Chambre exclusivement compétente pour les affaires qui lui sont attribuées et incompétente pour les affaires qui sont généralement renvoyées à d'autres Chambres. Une Chambre d'un tribunal représente le tribunal tout entier. Les parties ne peuvent pas émettre la prétention d'être jugées par une Chambre plutôt que par une autre.

Les tribunaux de Commerce ne sont pas divisés en Chambres.

Les tribunaux de Commerce, en principe, ne sont pas divisés en Chambres pour la raison que cette division serait incompatible avec la rapidité que nécessitent les affaires commerciales et surtout avec l'obligation imposée aux parties de se présenter elles-mêmes ou d'envoyer un fondé de pouvoir; elles ne sauraient pas à quelle Chambre se présenter.

Cependant le tribunal de Commerce de la Seine est divisé en Chambres. Les justices de paix ne sont pas divisées en Chambres.

On a été amené cependant, pour des raisons particulières, à diviser en Chambres le tribunal de commerce de la Seine; la loi du 17 Juillet 1918 a créé un certain nombre de Chambres dans le tribunal de commerce de la Seine.

Quant aux justices de paix, elles ne sont jamais divisées en Chambres. La justice de paix est toujours unique. Il est possible, si une justice de paix est très encombrée, de créer plusieurs justices de paix dans le même canton.

Les Conseils de Prudhommes sont divisés en sections suivant les professions.

Pour le Conseil de Prudhommes, il y a quelque chose de tout à fait spécial; le Conseil peut être divisé en sections et cette division a une valeur juridique c'est-à-dire une valeur au point de vue compétence; en effet, les Conseils de prudhommes peuvent être divisés en sections suivant les professions; d'abord, au point de vue des élections au Conseil de Prudhommes, on divise les électeurs en différentes catégories suivant les professions et, si l'on crée des sections, ces sections ne sont compétentes que pour les affaires intéressant la section; par exemple, il y aura une section des métaux, une section des tissus, des

produits chimiques etc... La section des produits chimiques est exclusivement compétente pour les affaires intéressant les patrons et les ouvriers appartenant aux professions classées dans la catégorie produits chimiques et incompétente pour les litiges intéressant d'autres professions.

D'autre part, les Conseils de Prudhommes sont compétents pour juger les différends entre les patrons et employés de commerce et ces différends sont toujours déferés à une section qui est unique, qu'on appelle la section commerciale. Au contraire, les conflits entre patrons et ouvriers de l'industrie sont portés devant une section industrielle tandis qu'il n'y a qu'une section commerciale.

La Cour de Cassation est divisée en trois Chambres. La division d'un tribunal ou d'une Cour donne lieu au roulement.

La Cour de Cassation est divisée en trois Chambres : la Chambre criminelle, la Chambre des requêtes et la Chambre Civile.

La division d'un tribunal ou d'une Cour en Chambres rend nécessaire la répartition des juges ou conseillers entre les différentes Chambres; cette répartition doit être, en principe modifiée annuellement suivant une opération que l'on appelle le roulement. Ce roulement a un double avantage :

Le double avantage du roulement.

1°- Il fait passer les magistrats dans chaque Chambre, leur évitant ainsi de se spécialiser exclusivement dans une catégorie d'affaires.

2°- Il évite que les magistrats ne jugent toujours ensemble et que l'un d'eux ne prenne de l'ascendant sur les autres, par conséquent le roulement apparaît ici comme un des moyens d'assurer l'indépendance des juges vis-à-vis de leurs collègues.

Ce roulement est une opération administrative qui est effectuée à l'intérieur du tribunal ; le Garde des Sceaux n'y intervient qu'en cas de désaccord entre les magistrats ; pendant longtemps cette opération (notamment sous le Second Empire) a été une opération politique; en effet, c'était alors le Gouvernement, le Garde des Sceaux qui présidait au roulement et cela dans le but de maintenir ou de mettre dans les Chambres correctionnelles, appelées à juger des affaires politiques les magistrats les plus favorables au régime.

La composition à l'audience

Un tribunal ou une Cour lorsqu'il siège se compose :

1°- d'un ou de plusieurs juges selon les juridictions.

2°- du greffier qui est partie intégrante du tribunal; un tribunal qui siégerait sans l'assistance du greffier rendrait des jugements nuls.

3°- devant les tribunaux de première instance, les

Cours d'Appel, la Cour de Cassation, le tribunal qui siège comprend le Ministère public.

Deux questions se posent :

1°- Celle du juge unique ou de la pluralité des juges.

2°- Quand les juges d'un tribunal sont en nombre suffisant, dans quelles conditions le tribunal doit-il être complété ?

Première question : les juges peuvent-ils juger seuls ? Dans cette matière, on trouve dans les législations deux systèmes : celui de la pluralité des juges et celui du juge unique. Mais le système de la pluralité des juges se présente lui-même sous deux formes : la division du travail et la collégialité.

Le système de la division du travail.

1ère forme :
Le système du Droit romain.

Dans le système de la division du travail, deux ou plusieurs personnes concourent à la solution du litige, mais chacune exerce une fonction distincte; c'est le système que l'on a vu fonctionner en Droit romain, qui a fonctionné à Rome jusqu'à la fin de l'époque classique, l'instance se divisant en deux phases : le jus et le judicium; dans la première phase, l'affaire est portée " in jure " devant le magistrat qui, en vertu de sa juridiction organise l'instance et, en particulier, délivre une formule, une sorte de jugement hypothétique qui saisit le juge, définit sa mission. Puis l'affaire est ensuite jugée par un juge citoyen inscrit sur les listes et choisi en principe par les parties.

2ème forme :
l'Institution du jury.

Les législations modernes connaissent une autre forme de la division du travail; c'est l'institution du jury qui ne fonctionne en Droit français qu'en matière criminelle et en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique; il y a des pays qui connaissent le jury en matière civile. Le jury est un exemple de la division du travail; collaboration du jury et des magistrats; le premier délibérant sur la culpabilité et les derniers tirant les conséquences du verdict.

La collégialité.

En France et dans un grand nombre de pays, la pluralité des juges se présente sous la forme de la collégialité, c'est-à-dire la formation du tribunal en un collège composé d'un certain nombre de juges qui concourent tous à l'instruction et au jugement du litige. Ici, pas de division du travail.

Exceptions au principe de la collégialité en droit français
1°- La justice de paix.

Ce système est le principe en Droit français, dans notre organisation judiciaire civile. Les jugements sont rendus par plusieurs juges; deux juridictions font cependant exception à cette règle.

1°- La justice de paix; le juge de paix statue toujours comme juge unique.

2°- La juridiction des référés qui est tenue par

2°- La juridiction des référés.

le Président du Tribunal civil ou par le Président du tribunal de commerce. C'est une juridiction présidentielle. On verra également que le Président du tribunal civil et le Président du tribunal de Commerce peut exercer la juridiction sous la forme des ordonnances sur requêtes, et là encore, il statue comme juge unique.

Ces deux exceptions mises à part, tous les autres tribunaux sont soumis au principe de la collégialité. Les tribunaux civils de première instance et les tribunaux de commerce ne peuvent statuer qu'à trois juges; les Cours d'Appel ne peuvent statuer qu'avec cinq conseillers et même sept, s'il s'agit d'une audience solennelle.

Le nombre des juges des différents tribunaux.

Cependant, une disposition ordonnance récente a décidé que lorsqu'il s'agirait de l'appel des présidents de tribunaux, ordonnances de référés et ordonnances sur requêtes, la Cour d'Appel pourrait statuer avec trois conseillers; c'est une conséquence de la réforme judiciaire (décret du 11 Décembre 1920 qui a été ratifié sur ce point par la loi de Juillet 1930).

Le Conseil de Prudhommes statue avec quatre membres, parce qu'il est une juridiction paritaire, c'est-à-dire composée d'un nombre égal de conseillers patrons et de conseillers ouvriers, tandis que les autres juridictions statuent en nombre impair pour qu'il y ait une majorité.

Notre conception française estime que plus il y a de juges, mieux la justice est rendue. Ainsi s'explique:

1°- le principe de la pluralité des juges qui est la règle.

2°- La règle qu'en appel, les juges sont toujours plus nombreux qu'en première instance : le tribunal civil tribunal de commerce trois juges; cour d'appel cinq conseillers.

Examen critique du système de la collégialité.

En faveur du système de la collégialité, on fait valoir des arguments d'une certaine force; on dit que tout jugement rendu par plusieurs juges doit être précédé d'une délibération, d'un échange de vues qui éclairent les esprits; il y a là, en outre, et c'est peut-être le meilleur argument, une sérieuse garantie d'impartialité, puisque chaque juge est en quelque sorte contrôlé par ses collègues. On connaît le brocard: juge unique, juge inique. La pluralité des juges est en outre le meilleur système dans un pays où les fonctionnaires ont horreur de la responsabilité. Il est certain que lorsqu'il s'agit de résister aux influences extérieures, les juges prennent plus facilement la responsabilité de leurs décisions lorsqu'ils sont plusieurs. En France, depuis l'ancien régime, on a toujours été très attaché à la collégialité. Cependant des propositions ont été faites, surtout en ces dernières

années, tendant à introduire le système du juge unique, notamment lorsqu'il s'est agi de réformer l'organisation judiciaire.

Appréciation
critique du
juge unique

En faveur de ce système, on dit que c'est une erreur de croire que la justice est mieux rendue par plusieurs juges ; le nombre ne confère pas la capacité. On ajoute que la collégialité aboutit à ravalier les hommes d'élite aux rangs des médiocres et à priver les magistrats de toute initiative. On fait remarquer enfin, que dans le système de la collégialité, aucun échange de vues n'a lieu et que le plus souvent on se borne à suivre l'opinion du Président ou celle du rapporteur. Au contraire, dit-on, le juge unique a conscience de ses responsabilités et il est sans cesse stimulé à approfondir les affaires qui lui sont soumises car les erreurs qu'il pourrait commettre lui seront imputées à lui seul, de même qu'il bénéficiera seul de la considération attachée à la rectitude de ses jugements. L'unité de juge aurait encore cet avantage d'économiser le personnel, de permettre par conséquent de le mieux recruter et de le mieux payer. A l'appui de ce plaidoyer, on nous donne l'exemple de l'Angleterre qui est particulièrement frappant.

En Angleterre
l'unité de
juge est la
règle.

En Angleterre, l'unité de juge est la règle, or il n'existe pas de pays où la magistrature soit plus indépendante, plus éminente et mieux payée.

Quoiqu'il en soit et malgré la valeur des arguments que l'on peut donner en faveur du juge unique, la collégialité est un système auquel on est très généralement attaché en France, et il y a peu de chances pour qu'on y renonce.

Dans chaque
tribunal il y
a un président

Une des conséquences pratiques de la collégialité c'est l'existence, dans chaque tribunal, d'un Président. Il est nécessaire, en effet, qu'une personne ait la direction du collège des juges, dirige les débats, et fasse la police de l'audience. Telle est la fonction du Président et c'est ce qui explique que, dans tous les tribunaux qui siègent à plusieurs juges, chaque tribunal et même chaque Chambre, ait son président ; à Paris, où les Chambres sont divisées en sections, chaque section est présidée par un juge qui prend le titre de Président de section. Ce président n'a aucune prééminence vis-à-vis des autres juges, du moins tant qu'il s'agit de juger, il n'a pas voix prépondérante et il arrive que le Président soit mis en minorité par ses collègues.

Le Président
a des fonctions
administratives

Par ailleurs, dans toute juridiction, il existe un Président unique qui, lui, outre ses fonctions juridictionnelles, a des fonctions administratives. C'est le

chef administratif du corps judiciaire à la tête duquel il est placé. Il y a un président du tribunal de la Seine, un premier Président de la Cour de Paris, un premier Président dans chaque Cour; c'est le chef administratif du corps judiciaire et il est unique dans chaque juridiction ainsi, au tribunal de la Seine, il n'y a qu'un seul Président mais pour la direction de débats, il y a autant de Présidents qu'il y a de Chambres et de sections.

C'est le Président, organe administratif qui répartit les affaires entre les diverses Chambres du tribunal ou de la Cour. Il exerce sur les juges ou les conseillers une surveillance, il leur accorde des congés et peut même leur donner un avertissement. Le Président de certaines juridictions est en outre investi de certaines fonctions juridictionnelles ainsi que nous le verrons plus tard.

Les juges délégués ou juges commissaires.

Le système de la collégialité entraîne une autre conséquence, la désignation par le tribunal de juges chargés de la direction de certaines procédures qu'on appelle juges délégués ou juges commissaires. Il y a, en effet, des actes qui ne pourraient être commodément accomplis par le tribunal et c'est un des juges qui en est chargé. Il en est ainsi dans les procédures de vérification d'écritures, d'inscription de faux, d'enquête, de descente sur lieux. De même devant le tribunal de commerce, un juge commissaire a un rôle important en matière de faillite et de liquidation judiciaire. Le juge commissaire est désigné en principe par le tribunal dans chaque affaire.

La question du remplacement des juges empêchés de siéger.

Il arrive qu'un tribunal n'ait pas le nombre suffisant de juges pour siéger, par exemple, un juge est décédé, un autre est empêché, dès lors, le tribunal peut ne pas être en nombre suffisant pour rendre un jugement puis qu'il faut trois juges au tribunal de première instance et cinq conseillers à la Cour d'Appel. Ici se pose la question de savoir comment on remplacera le juge ou conseiller empêché, car il faut toujours que la justice suive son cours.

Sur ce point, la loi a tracé des règles extrêmement précises, dont l'observation est cependant requise à peine de nullité. Il s'agit, en effet, d'éviter l'arbitraire, il est absolument nécessaire d'éviter tout soupçon que la désignation du juge appelé à compléter le tribunal a été faite en vue d'un procès déterminé. S'il était possible, en cas d'empêchement d'un juge, de prendre, dans le tribunal, n'importe quel Conseiller ou n'importe quel juge, on pourrait dire qu'on a composé le tribunal d'une manière favorable à tel ou tel plaideur. Aussi les règles, dans ce cas, sont extrêmement précises et leur observation est présente à peine de nullité du jugement ou de l'arrêt.

Le décret du 30 mars 1908 et la loi du 8 Avril 1919 pour le remplacement des magistrats manquants dans un tribunal de première instance.

Pour les tribunaux de première instance, le décret du 30 Mars 1908 et la loi du 8 Avril 1919 ont prescrit que, lorsque le nombre de juges serait insuffisant, on devrait appeler un autre juge titulaire pour remplacer le juge empêché. Ce juge ne sera pas n'importe quel juge, mais un juge qui sera appelé selon l'ordre du tableau, en commençant par le magistrat le plus récemment nommé; si ce magistrat est lui-même empêché, c'est celui qui a été nommé immédiatement avant lui, qui sera choisi. A défaut d'un juge titulaire, on appellera un juge suppléant et enfin à défaut de juge suppléant, ce qui arrive dans les tribunaux peu nombreux où les juges titulaires sont en nombre tout juste suffisant et où les juges suppléants n'existent pas, on appelle un avocat attaché au barreau et, à défaut d'avocat, un avoué en suivant l'ordre du tableau. Le tribunal se complète à l'audience même en prenant le plus ancien avocat présent à la barre ou à défaut d'avocat, le plus ancien avoué présent à l'audience; tout cela devra être constaté dans la grosse du jugement. Le principe est que les personnes étrangères au tribunal ne doivent pas être en majorité; le tribunal serait irrégulièrement composé s'il siégeait avec un juge titulaire et deux avocats ou avoués; la loi du 28 Avril 1919, art. 10 a décidé qu'il fallait qu'il y ait au moins deux membres appartenant au tribunal.

La règle suivie dans les Cours d'Appel.

Des règles analogues sont suivies dans les Cours d'Appel; pour remplacer le Conseiller empêché, on prend le Conseiller le plus récemment nommé et, à son défaut, un avocat...etc...

Les règles suivies dans les tribunaux de commerce sont différentes.

Devant les tribunaux de commerce, les règles sont différentes; en cas d'empêchement d'un titulaire, on appelle un juge suppléant; à défaut de juge suppléant, on a recours à des juges complémentaires dont la liste est dressée annuellement par le tribunal; on tire au sort un de ces juges.

La règle dans les justices de paix.

Pour la justice de paix, le juge de paix qui est unique, est, en cas d'empêchement, remplacé par le plus ancien suppléant, à défaut par le second etc... Voir arrêt de la Cour de Cassation du 29 Janvier 1929 (Dalloz hebdomadaire 1929 page 113).

Qu'arrive-t-il lorsqu'on ne peut compléter un tribunal? Loi du 16 Ventôse an XII pour les juges de paix.

Malgré toutes ces précautions, il peut arriver qu'un tribunal soit dans l'impossibilité de se compléter et, par conséquent, de juger; les avocats sont occupés; les avoués occupent dans les affaires qui doivent être jugées, on ne trouve personne pour remplacer les magistrats empêchés; la question n'a été prévue et réglée que pour le Juge de paix; la loi du 16 Ventôse, an 12, décide que: si le juge de paix et ses suppléants sont tous empêchés, il faut s'adresser au tribunal de première instance,

tance,

dans le ressort duquel est située la justice de paix, qui renverra les parties devant un juge de paix d'un canton voisin.

La question n'est pas réglée par un texte pour les autres tribunaux.

Pour les autres tribunaux, la question n'est pas réglée par la loi. On admet, malgré l'absence de texte, en se fondant sur des cas analogues tranchés par le Code de procédure, qu'il appartient à la Cour d'Appel, de désigner un autre tribunal de son ressort, lorsqu'il s'agit d'un tribunal de première instance ou d'un tribunal de Commerce et ceci, à la requête des parties. S'il s'agit d'une Cour d'Appel, mise dans l'impossibilité de juger, c'est la Cour de Cassation qui désigne une autre Cour d'Appel pour connaître de l'affaire. Voir arrêt du 19 Février 1929 (Sirey 1929-I-26).

§ 2 . Caractère permanent et sédentaire des tribunaux.

Le caractère permanent et sédentaire des tribunaux.

La permanence des tribunaux signifie que ceux-ci jugent toute l'année et non par assises périodiques, comme c'est le cas de la juridiction criminelle; le principe de la permanence comporte cependant une double exception.

1°- Les tribunaux ne peuvent siéger, ni donner leur concours à un acte de procédure pendant les dimanches et les jours de fêtes légales; ces jours là, la justice est en quelque sorte suspendue. Ceci résulte de différents textes, dont quelques uns remontent à l'époque révolutionnaire et dont d'autres sont dans le Code de procédure: art. 1037, 18, etc...

On ne s'entend d'ailleurs pas sur le point de savoir si un jugement rendu un jour férié serait, pour ce seul motif, entaché de nullité.

Deux juridictions échappent à la première exception.

Deux juridictions échappent à cette règle; les juges de paix et les juges de référés peuvent siéger un jour férié pour résoudre les questions urgentes.

2°-Il existe, pour certains tribunaux, des vacances judiciaires; ces tribunaux privilégiés sont : les tribunaux de première instance; pour les autres tribunaux, il n'y a pas de vacances. Le cours de la justice n'est pas suspendu absolument pendant les vacances; alors fonctionne ce que l'on appelle la Chambre des vacations qui juge les affaires requérant célérité, d'après le décret du 30 Mars 1808, art. 44 et 78: la Chambre de vacation des tribunaux de première instance et des Cours d'Appel est seulement chargée des affaires sommaires, requérant célérité et il a été décidé par la Cour de Cassation et par la Cour de Paris que la Chambre des vacations est incompétente pour les affaires ordinaires, incompétence d'ordre public.

Pendant les vacances, les actes de procédure sont

valables, sommations, assignations; cela ne fait pas de doute.

Les tribunaux sont sédentaires c'est-à-dire siègent au chef-lieu de leur circonscription.

En second lieu, les tribunaux sont sédentaires c'est-à-dire siègent au chef-lieu de leur circonscription territoriale; en un mot, les juges ne se déplacent pas pour rendre la justice. Il n'y a pas, en France, comme dans certains pays, notamment l'Angleterre, des juges ambulants, qui viennent tenir leurs assises dans des lieux différents. Cependant, le juge de paix qui, en principe, doit tenir audience au chef-lieu de canton, peut être autorisé à tenir des audiences supplémentaires dans d'autres communes de sa circonscription.

Appréciation du caractère sédentaire des juges

Il y a quelque exagération semble-t-il, dans l'importance qu'on attache au principe que les tribunaux doivent être sédentaires. On a considéré parfois que le fait de se déplacer serait contraire à la dignité des juges. On est un peu revenu d'ailleurs, dans ces dernières années, sur cette appréciation, notamment, avant la réforme judiciaire de 1926, dans beaucoup de tribunaux de première instance qui n'avaient pas le personnel suffisant, on appelait un juge délégué à compléter le tribunal et ce juge venait d'un autre tribunal. La réforme de 1926 avait supprimé cette manière de faire qui présentait des inconvénients et avait institué un autre système qui n'était pas excellent. C'était le juge délégué qui venait rendre la justice dans le chef lieu des anciennes circonscriptions territoriales dont les tribunaux avaient été supprimés. La contre réforme à laquelle on vient d'assister a ramené au système d'avant 1926. D'après la loi du 22 Août 1929, modifiée par la loi du 16 Juillet 1930, certains tribunaux de troisième classe (il y en a environ 150) ne sont composés que d'un Président résidant et d'un juge résidant qui peut pendant une période de cinq ans, à dater de la mise en vigueur de la loi, remplir en même temps les fonctions de juge de paix. Pendant une période de cinq ans, le troisième juge pourra être un juge ou un juge suppléant du ressort, délégué pour un an par le premier président de la Cour d'Appel.

Les tribunaux doivent siéger dans les édifices consacrés aux audiences.

La loi exige en outre que les tribunaux siègent dans l'édifice consacré aux audiences (art. 1040 du Code de procédure). Cependant le Juge de paix est autorisé à donner audience chez lui, à condition de tenir les portes ouvertes, à cause de la publicité. D'autre part, le Président du tribunal statuant en référé, art. 803, rend des ordonnances en principe au Palais de Justice, mais il est autorisé, par l'art. 808, lorsque le cas requiert célérité à assigner à son hôtel particulier. Enfin, (art. 1040) le Président du tribunal peut rendre également des ordonnances sur requêtes à son domicile.

La juridiction d'un tribunal est limitée à la circonscription qui lui est assignée par la loi.

Un autre principe, corollaire de celui qui précède, est que les juges siègent au chef-lieu de leur circonscription, c'est que la juridiction d'un tribunal est limitée à la circonscription qui lui est assignée par la loi. Le tribunal peut faire venir devant lui les parties ou des témoins, des experts. Si ces personnes sont trop éloignées, il peut les faire entendre par commission rogatoire, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un autre tribunal, mais il n'a pas le droit de se déplacer pour aller les entendre, ou pour procéder à une expertise, ou à une visite des lieux litigieux en dehors de sa circonscription.

Le "pareatis" de l'ancien droit.

Dans l'ancien droit, il fallait une formalité spéciale pour mettre à exécution un jugement en dehors du ressort du tribunal qui l'avait rendu; c'est ce que l'on appelait le "pareatis". Cette formalité était donnée par le tribunal de la circonscription où devait être exécuté le jugement rendu dans une autre circonscription. L'article 547 du Code de procédure, supprime cette formalité; les jugements sont exécutoires dans toute l'étendue du territoire français sans aucun "pareatis".

La publicité des jugements

§ 3 . La publicité des audiences.

La dernière règle concernant le fonctionnement des tribunaux, c'est que les audiences doivent être publiques et les jugements rendus publiquement; c'est la règle de la publicité; elle signifie que les débats doivent avoir lieu en audience publique et que les jugements, s'ils doivent être délibérés en secret, doivent être prononcés publiquement. La publicité de l'audience ne suffit pas si elle n'est pas en outre constatée, ainsi d'ailleurs que la lecture du jugement, dans l'expédition délivrée par le greffier. Cette publicité qui était déjà admise, dans l'ancien droit, en matière civile, est une garantie de bonne administration de la justice; elle est prescrite par différents textes et notamment par l'article 87 du Code de procédure. Les plaidoiries seront publiques dit ce texte excepté dans les cas où le tribunal ordonne qu'elles soient secrètes, c'est-à-dire que l'audience se fera à huis clos, parce qu'il estime qu'une discussion publique entraînerait scandale ou inconvénient grave. Dans ce cas, le tribunal est tenu de rendre compte de sa délibération au Procureur général près la Cour d'Appel et si la cause est pendante devant une Cour d'Appel, il sera rendu compte au Ministre de la Justice. Le huis clos, en matière civile est extrêmement rare, pour ne pas dire inconnu.

Le huis clos

Les enquêtes par devant le juge commissaire ne sont pas

Une autre véritable exception au principe de la publicité: les mesures d'instruction effectuées au cours d'une instance, notamment les enquêtes effectuées par

publiques.

La publicité n'existe pas dans la juridiction gracieuse.

La publicité des débats et des décisions judiciaires par la presse.

Les registres des greffes sont en principe, publics

Catégories de personnes comprises dans les cours et tribunaux.

devant un juge commissaire, en matière ordinaire, ne sont pas publiques. Au contraire, en matière sommaire, les témoins sont entendus à l'audience publique. D'autre part, la publicité n'existe pas dans la juridiction gracieuse, car les affaires de la juridiction gracieuse relèvent, en principe, de la Chambre du Conseil et ce qui caractérise les débats de la Chambre du Conseil, c'est précisément qu'ils n'ont pas lieu en public. Il y a certaines affaires contentieuses qui sont de la compétence de la Chambre du Conseil; elles n'ont qu'une publicité restreinte; par exemple, la conversion de séparation de corps en divorce, la déchéance de la puissance paternelle, les débats ont lieu à huis clos, dans la Chambre du Conseil, mais le jugement doit être rendu en audience publique, à peine de nullité.

La publicité des audiences a pour corollaire l'autorisation de publier les débats et les décisions judiciaires, en particulier par la voie de la presse. Du moment que la justice est rendue publiquement, il est normal d'autoriser toute personne et, en particulier, les journaux à reproduire les débats et les jugements. La loi du 29 Juillet 1881 art. 39, sur la presse, a posé certaines exceptions au droit de reproduction; elle décide que, dans toute affaire civile, les tribunaux auront le droit d'interdire le compte rendu des procès, s'ils jugent qu'il pourrait en résulter du scandale; c'est une mesure analogue du huis clos; l'interdiction ne s'applique pas aux jugements, qui peuvent toujours être publiés. D'une manière générale, la loi interdit la publication des débats dans les instances en divorce, art. 239 du Code Civil et dans les instances en recherche de paternité, loi du 16 Novembre 1911.

La publicité des audiences et des jugements entraîne encore cette conséquence que les registres des greffes sont, en principe, publics, à la différence des actes notariés. L'art. 853 du Code de procédure décide que les greffiers et autres dépositaires des registres publics en délivreront, sans ordonnance de justice, expédition ou extrait à tous requérants, à la charge du paiement des taxes qu'ils ont le droit de réclamer pour la délivrance d'expédition. Au contraire, les actes notariés sont secrets, et ne peuvent être délivrés à d'autres qu'aux parties.

2ème Section.

Personnel des Cours et des Tribunaux.

Ce personnel comprend trois catégories de personnes :

1°- des juges et des Conseillers. On emploie le mot juge dans le sens large.

2°- dans certaines juridictions, les magistrats du

ministère public.

3°- Dans un certain nombre de tribunaux, il existe un assez grand nombre de personnes, dont la fonction est de prêter leur concours soit au tribunal, soit aux parties; ce sont les auxiliaires de la justice, avocats, avoués, greffiers, etc..

Première catégorie: les juges.

La première catégorie comprend les juges. A leur sujet, il convient d'étudier quatre questions.

1°- recrutement des juges

2°- prérogatives reconnues aux juges.

3°- obligations qui incombent aux juges dans leurs fonctions.

4°- responsabilité des juges.

Le recrutement des juges.

1°- Dans notre organisation judiciaire française, il n'existe pas un corps unique de juges; la justice est rendue, suivant les juridictions, par plusieurs catégories de juges, qui diffèrent par leurs conditions de recrutement et, d'une manière générale, par leur statut professionnel.

En premier lieu, dans les juridictions de droit commun, Cours d'Appel, tribunaux de première instance, il y a un corps unique de magistrats recrutés à la base, en principe, par voie d'examen et soumis à l'avancement.

En deuxième lieu, il existe un personnel spécial aux justices de paix, juges titulaires et juges suppléants, soumis à un statut professionnel différent. Les juges de paix titulaires n'ont pas le même statut que les juges de paix suppléants.

Les Conseillers, juges aux tribunaux de première instance, Juges de paix, ont ce trait commun qu'ils tiennent leur nomination du Gouvernement. Au contraire, les tribunaux de commerce et les Conseils de Prudhommes sont composés de juges élus. Chaque tribunal de commerce, chaque conseil de prudhommes et même chaque section de Conseil de prudhommes a son personnel qui lui est propre, collège composé de professionnels domiciliés dans le ressort du tribunal; ici, il n'y a pas d'avancement: les juges restent dans le tribunal où ils sont élus et sont soumis à la réélection.

Avant d'étudier ces différentes catégories et afin de porter un jugement plus éclairé sur nos institutions judiciaires, il faut voir quels sont les différents systèmes qui ont été admis au cours des temps, ou qui se partagent aujourd'hui les législations sur le recrutement des juges.

Quel est le meilleur système de recrutement des juges? Le législateur, dans cette matière, doit être guidé par la préoccupation essentielle d'assurer aux justiciables l'indépendance et la compétence technique de ceux qui sont appelés à juger leurs différends. Or, la réalisation

de ces conditions: indépendance, impartialité, compétence technique est étroitement liée au mode d'institution des juges et aux rapports de ceux-ci avec l'autorité qui les nomme. Il importe que les juges tiennent leur fonction d'une haute autorité pour que leurs jugements soient acceptés plus facilement et puissent s'imposer à tous. Mais, d'autre part, et c'est là la difficulté, il importe que le juge soit indépendant de celui de qui il tient sa nomination. Le juge doit dire le droit; il n'exprime pas la volonté de celui qui l'a nommé; l'indépendance des juges est liée à leur statut professionnel.

Les différents systèmes de recrutement des juges.

Dans notre histoire, différents systèmes ont fonctionné.

L'hérédité des offices de judicature

Dans notre ancien droit, on a connu le système de la vénalité et de l'hérédité des offices de judicature. Le juge pouvait transmettre son office, moyennant finances, à un successeur; c'est le droit dit de résignation, et à la mort du magistrat, ses héritiers pouvaient transmettre la charge de leur auteur à un candidat. Le titulaire de l'office était nommé par le roi; c'est en somme le système que l'on applique aujourd'hui aux notaires et aux officiers ministériels qui sont nommés par le Président de la République, sur présentation du titulaire de la charge; des conditions d'aptitudes étaient alors exigées de même qu'aujourd'hui; il y avait même un examen à soutenir devant le Parlement par le candidat, mais il paraît que cet examen n'était pas toujours sérieux et que notamment lorsqu'il s'agissait des fils de magistrats, il ne l'était pas du tout.

Avantages de la vénalité des offices de judicature

Ce système qui aboutissait à mettre dans le commerce une des plus hautes fonctions sociales a permis de dire que " le droit de rendre la justice s'achetait comme une métairie". Mais il faut reconnaître qu'il n'a pas eu que des inconvénients; la vénalité des charges engendrait l'inamovibilité et par conséquent l'indépendance; le magistrat qui avait payé sa charge à deniers comptants était inamovible et le pouvoir n'avait aucune prise sur lui. On sait du reste que les juges, sous l'ancien régime, ont été indépendants, trop indépendants a-t-on même pu dire, vis-à-vis du pouvoir central.

Inconvénients de la vénalité des offices de judicature

A côté de ces avantages, la vénalité des charges a eu les plus grands inconvénients; la vénalité des charges entraînait la vénalité des juges qui, ayant payé leur charge, s'efforçaient de recueillir la rémunération de leur travail et il en est résulté le système déplorable " des épices". C'était le justiciable qui payait son juge pour rendre la justice.

D'autre part, les avantages que ce système pouvait

présenter dans les juridictions supérieures ne se retrouvaient pas dans les justices inférieures des petites localités, dans ce que Loiseau appelait " justices de village".

Les juges élus.

Ce système fut aboli par la Révolution qui y substitua le système électif; L'Assemblée Constituante décida que les juges seraient élus par le peuple, sans que le roi eût la possibilité de refuser l'institution aux élus; les Juges de paix étaient élus par les Assemblées primaires; les autres juges, y compris ceux du Tribunal de Cassation étaient élus par les électeurs du second degré. Ce régime exigeait d'ailleurs des conditions de capacité juridique. La Convention, fit élire les juges au suffrage universel, sans aucune condition de capacité. La Constitution de l'an III maintint l'élection des juges; la Constitution de l'an VIII supprima l'élection des fonctionnaires et, par conséquent, celle des juges, exception faite des justices de paix et des tribunaux de commerce. L'élection des juges de paix fut elle-même supprimée en l'an X et, depuis cette époque, à l'exception des juges consulaires et des conseillers prudhommes, la nomination des juges a été réservée, en principe, au chef du pouvoir exécutif.

Appréciation critique du système de l'élection des juges.

Que faut-il penser du système de recrutement des juges par l'élection? La question mérite encore d'être étudiée, car ce système a toujours eu, en France, ses partisans. Sous la Révolution, il faut bien reconnaître que le premier résultat du système de l'élection fut bon; on nomma, en général, des gens qui avaient des capacités juridiques suffisantes pour juger. Mais les élections suivantes furent moins brillantes et ce fut pire encore lorsque la Convention décida que l'on pourrait être élu juge sans aucune capacité, les électeurs sérieux se désintéressèrent de ces élections et les élus furent de plus en plus médiocres; c'est ainsi qu'à Paris, lors d'une élection, on vit élire juges un peintre, deux graveurs, deux ciseleurs, deux commis et un jardinier!

Il est certain que si du point de vue théorique le système de l'élection des juges apparaît assez séduisant, pratiquement il est dangereux. Le juge élu est trop dépendant du corps électoral; il est subordonné à l'électeur et son impartialité en souffre, sans compter que l'élection des juges introduit la politique dans une matière où elle n'a rien à voir et que le juge est élu plus pour ses opinions politiques que pour son talent ou son intégrité.

Les pays dans lesquels on pratique l'élection des juges.

Certains pays, peu nombreux d'ailleurs, pratiquent l'élection des juges. C'est le cas de la Suisse, qui est dans une situation particulière à différents points de vue et où ce régime ne donne pas de mauvais

résultats. Aux Etats-Unis ce système existe pour les juges des Etats, car les juges fédéraux sont nommés par le Président de la République; là, le régime ne donne pas de bons résultats.

Le système de la cooptation en Belgique.

Un autre régime fonctionne, dans une certaine mesure, en Belgique; c'est celui de la cooptation, dans lequel les magistrats sont nommés, en partie, par les corps judiciaires eux-mêmes. Ce système ne fonctionne que partiellement, il ne peut pas être question de le faire fonctionner d'une manière complète; si le système de l'élection des juges par le peuple n'est pas satisfaisant, par ce que l'esprit de politique l'emporte forcément sur le mérite, dans la cooptation, ce serait l'esprit de corps qui l'emporterait. En Belgique, les conseillers à la Cour d'Appel et les juges des tribunaux de première instance sont nommés par le roi qui les prend sur deux listes qu'on lui présente. Les Conseillers à la Cour de Cassation, en Belgique, sont nommés également par le roi, qui les choisit sur deux listes présentées l'une par le Sénat, et l'autre par la Cour de Cassation.

Le jury.

Il est enfin un système que l'on a proposé d'introduire en France, c'est celui du jury, lequel fonctionne déjà chez nous en matière criminelle. Est-il souhaitable de le voir introduire en matière civile ?

Avantages et inconvénients du jury.

Certains auteurs le préconisent et proposent encore aujourd'hui que les tribunaux civils soient composés à peu près comme les cours d'Assises: le jury qui statuerait sur les questions de fait et les juges qui tireraient les conséquences légales de la décision des jurés. Ce système ne saurait donner satisfaction, il n'est pas souhaitable de voir introduire, en matière civile, le jury qui présente déjà de grands inconvénients en matière criminelle. Il est évident que le jury est indépendant, et en ce sens, il est supérieur même aux juges élus. Mais le plus grave reproche qu'on puisse lui faire c'est d'être incompétent. En matière criminelle, les questions de sentiment et de fait jouent un rôle considérable, ce qui rend l'intervention du jury supportable, mais en matière civile, les questions de fait sont moins facilement séparables de la question de droit et il est bien difficile de confier la solution de ces questions à des personnes ignorantes du droit. On ne s'improvise pas magistrat; sans doute le jury fonctionne en matière criminelle; mais il est facile de répondre que le jury a, en matière criminelle, des défauts capitaux que l'on a bien souvent fait ressortir. Il rend parfois des verdicts déconcertants dus à la nervosité et à l'impressionnabilité de ses membres; de plus, il ne résiste pas toujours, comme il le faudrait aux menaces dont il peut être l'objet. Mais malgré ces

défauts, les jurés criminels apparaissent comme les gardiens de notre liberté et à l'égard même de certaines infractions politiques, ils sont la sauvegarde même de nos libertés civiques.

Raisons pour lesquelles le jury ne peut exister en matière civile

Ces avantages du jury transportés en matière civile le deviendraient une source d'abus extraordinaires; l'indulgence, la générosité du jury à l'égard de l'une des parties constitueraient bien souvent une véritable injustice vis-à-vis de son adversaire. D'autre part, le jury ne peut pas motiver ses décisions; or, va-t-on abandonner en matière civile, cette garantie essentielle d'une bonne administration de la justice ? Enfin, notre système de preuves, en matière civile, est en contradiction bien souvent avec le système de l'intime conviction qui est seule applicable en matière criminelle.

Le jury civil existe en Angleterre et en Portugal à titre facultatif

Il y a donc lieu de repousser l'introduction du jury en matière civile; ce système fonctionne en Angleterre et au Portugal, mais à titre simplement facultatif pour les parties. Or, l'expérience démontre que les parties n'usent presque jamais de cette faculté.

Le système des échevins.

Il est un autre système qui appelle, lui aussi, la collaboration des citoyens et des juges de carrière et qui fonctionne en certains pays étrangers, voire même en France, dans les trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle; c'est le système des échevins.

Caractères de l'échevinage.

L'échevinage est caractérisé par ceci que l'on ne fait pas, ici, la séparation du fait et du droit. L'on mélange les juges de carrière et les échevins, qui sont de simples particuliers et le tribunal ainsi composé juge comme un tribunal ordinaire, c'est-à-dire en statuant tout à la fois sur le fait et sur le droit. Ce système fonctionne en matière commerciale dans les trois départements recouverts qui ne possèdent pas de tribunaux de commerce comme les autres départements français. Dans ces départements, il existe, dans chaque tribunal civil, une Chambre commerciale qui est présidée par un magistrat de carrière assisté de deux échevins, qui sont deux commerçants élus et c'est ce tribunal qui rend la justice en matière commerciale.

On a quelquefois proposé d'étendre ce système à tous les procès civils, mais on peut faire à l'échevinage la même objection que l'on faisait tout à l'heure au jury; les échevins seraient tout à fait incompetents pour juger les questions de droit qui se posent en matière civile et qui sont souvent très délicates.

Après avoir passé en revue, les différents systèmes du recrutement des magistrats, on peut conclure que le système actuellement en vigueur en France, est celui qui présente le moins d'inconvénients.

En France, les juges sont nommés par le chef de l'Etat.

En principe, en droit français, les juges sont nommés par le Chef de l'Etat; les inconvénients de cette nomination sont tempérés, d'une part, par les règles qui limitent l'arbitraire du Gouvernement dans le choix des magistrats, par les règles qui exigent que le candidat à la magistrature présente des conditions de compétence technique et des conditions d'âge et, d'autre part, ces inconvénients sont tempérés par le principe de l'immovibilité.

Le système électif est appliqué en France aux juges des tribunaux de commerce et aux conseillers prudhommes.

A ce principe de la nomination des magistrats par le Chef de l'Etat, il y a, dans notre droit, deux exceptions: les juges des tribunaux de commerce et les Conseillers Prudhommes sont nommés à l'élection. Du reste le système électif appliqué aux juges des tribunaux de commerce et aux conseillers prudhommes ne présentent pas les inconvénients qu'il aurait si on l'appliquait aux tribunaux de notre droit commun. En effet, les juges consulaires, les conseillers prudhommes sont nommés par des catégories d'électeurs dans des catégories d'éligibles et ils jugent des procès spéciaux qui intéressent une seule classe de citoyens, précisément leurs électeurs. Ni les juges consulaires, ni les conseillers prudhommes n'ont à trancher des procès intéressant l'état des personnes, ni les droits immobiliers, ni la transmission des patrimoines à cause de mort et, en outre, ce qui peut corriger ce que l'institution de l'élection des juges peut avoir de fâcheux, même en matière commerciale ou prudhomale, c'est que les décisions des tribunaux de commerce et celles des conseillers de prudhommes sont, en principe, sujettes à l'appel et que cet appel est porté soit devant le tribunal civil, soit devant la Cour d'Appel.

Recrutement des magistrats.

Le recrutement des juges nommés par le chef de l'Etat.

En ce qui concerne le recrutement des juges des tribunaux de première instance, des Cours d'Appel, des Juges de paix et des Conseillers à la Cour de Cassation, toutes catégories nommées par le chef de l'Etat, il faut distinguer d'une part, les juges des tribunaux de première instance et des Cours d'Appel, d'autre part, les Juges de paix dont les conditions de nomination ne sont pas les mêmes.

Le recrutement des juges des tribunaux de première instance et des Cours.

Pour les juges des tribunaux de première instance et des Cours, la loi exige d'abord, une condition d'âge; on ne peut pas être nommé juge titulaire d'un tribunal avant 25 ans (loi du 20 Avril 1810, art. 64). Le même texte exigeait la même condition d'âge pour les juges suppléants des tribunaux de première instance.

Conditions d'âge.

Mais, sur ce point, la loi du 16 juillet 1930 est venue abaisser l'âge requis pour les juges suppléants. Pour faciliter le recrutement du personnel judiciaire des tribunaux rétablis, on a dû prendre certaines mesures, en particulier abaisser l'âge des juges suppléants à 23 ans.

Conditions de capacité.

En second lieu, la loi exige des conditions de capacité. D'après la loi du 20 Avril 1810, il suffisait d'être licencié en droit et d'avoir effectué un stage d'au moins deux ans dans un barreau; aucune autre condition n'était exigée et c'était tout à fait insuffisant, car le système laissait trop de latitude au Gouvernement.

L'examen professionnel.

C'est pourquoi, en 1908, un décret du 13 Février ajoutait une nouvelle condition en exigeant que les aspirants magistrats eussent subi avec succès les épreuves d'un examen professionnel. Depuis longtemps, on demandait en effet que l'accès de la magistrature ne fut ouvert qu'après un concours ou un examen. La loi de finances du 17 Avril 1906, tout en prononçant le principe, avait délégué à un règlement d'administration publique, le soin de fixer les garanties de capacité professionnelle exigées des candidats. Un décret de 1906 institua un concours d'entrée dans la magistrature, mais comme il s'agissait d'un concours, peu de candidats se présentèrent et c'est pourquoi le décret du 13 Février 1908 substitua au concours l'examen qui permet de recevoir tous les candidats qui présentent les capacités suffisantes.

C'est le régime actuel qui a été rendu légal par la loi du 28 Avril 1919, dont l'art. 17 décide que nul ne peut être nommé aux fonctions judiciaires en France, en Algérie, au Maroc ou en Tunisie s'il ne remplit les conditions exigées par la loi de 1810, c'est-à-dire être licencié en Droit, et ainsi fait un stage de deux ans au barreau, et en outre, s'il n'a subi avec succès l'examen établi par le décret du 13 Février 1908. Il a été établi également un examen pour la magistrature coloniale. Le décret de 1908, en outre du stage fait au barreau, exige un stage d'un an fait au Ministère de la Justice, ou dans un parquet, ou un stage de deux ans dans une étude d'avoué. Sont dispensés du stage, les candidats ayant obtenu un prix d'une Faculté de Droit ou les secrétaires de la Conférence des avocats près la Cour de Paris.

(Sur la réglementation de l'examen, voir les textes).

Les personnes dispensées de l'examen professionnel.

Il y a cependant un certain nombre de personnes qui peuvent entrer dans la magistrature sans examen. Ce sont des personnes dont la compétence paraît attestée par leurs fonctions antérieures; notamment les professeurs de Faculté de Droit, les avoués ayant un certain temps de service, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, ayant un certain nombre d'années de

service effectif. Les facilités données à ces personnes ont été accrues par la loi du 16 Juillet 1930; on a diminué, pour certaines d'entre elles, le temps de service effectif dans la profession; d'autre part, on a permis aux avoués même non licenciés en droit d'entrer dans la magistrature après quinze ans de service effectif.

Appréciation
du système de
recrutement
des magistrats

Tel est le régime auquel sont soumis les candidats à la magistrature; il est permis de penser que ce régime n'est pas encore absolument satisfaisant; l'examen de la magistrature n'est jamais qu'un examen supplémentaire qui s'ajoute aux examens de licence; d'autre part, le stage dans un parquet, pendant un an, est tout à fait insuffisant pour la formation du futur magistrat; on pourrait songer à instituer comme dans certains pays, des juges auditeurs qui seraient, en quelque sorte les apprentis de la carrière judiciaire et cela pendant plusieurs années; ils suivraient les audiences des cours et des tribunaux et recevraient une rémunération. Au bout d'un certain temps, ils deviendraient juges titulaires.

Sous le Premier
Empire il
y avait des
juges audi-
teurs.

Ce régime était institué sous le Premier Empire, mais cette institution avait servi à un but politique; comme les juges auditeurs étaient dans la main du Gouvernement, le Gouvernement composait certains tribunaux de juges auditeurs que l'on pensait être plus dociles aux suggestions qu'ils pourraient recevoir; à la suite des abus qui eurent lieu, la Restauration supprima les juges auditeurs. On pourrait les rétablir, à la condition d'en faire simplement une institution d'apprentissage professionnel.

Le recrutement
des conseil-
lers à la Cour
de Cassation.

En ce qui concerne les conseillers à la Cour de Cassation, les règles concernant leur recrutement sont tout à fait particulières; elles sont indiquées par la loi du 28 Avril 1919, art. 17 alinéa 4. " Nul ne peut être nommé à la Cour de Cassation s'il n'a été le premier Président ou Procureur Général ou Président de Chambre, etc.. Voir le texte.

Le recrute-
ment des ju-
ges de paix.

En ce qui concerne les recrutements des juges de paix, pendant longtemps, jusqu'en 1905, aucune condition de capacité ne fut exigée des Juges de paix. C'était la conséquence des illusions que s'était faites le législateur révolutionnaire au sujet de la mission de ces magistrats. Le Juge de paix, pensait-il, devait être un juge paternel statuant en équité. Il lui suffisait par conséquent, d'avoir un peu de bon sens et d'expérience pratique. Ceci explique que les Constituants aient fait élire les Juges de paix comme tous les autres juges d'abord, mais ensuite lorsqu'on décida que les Juges de paix seraient nommés par le Gouvernement, on n'exigea d'eux aucune espèce de capacité. Les événements ont démenti ces prévisions optimistes. La mission des Juges de paix s'est révélée beaucoup plus délicate qu'il n'avait paru aux hommes de la

Révolution. D'autre part, laisser à l'arbitraire du Gouvernement le soin de nommer les Juges de paix, sans condition de capacité (et les révoquer de même), c'était donner la prépondérance aux appuis politiques sur tous autres titres.

La loi de
1905.

En 1905, lorsqu'on étendit la compétence des juges de paix, il parut nécessaire de soumettre le recrutement de ces magistrats à des conditions de capacité. La loi du 12 Juillet 1905 a été modifiée sur ce point, par la loi du 14 Juillet 1918 et par le décret du 5 Novembre 1926, qui ont posé, pour les fonctions de juge de paix, les conditions suivantes :

Conditions de
capacité im-
posées par la
loi du 14 Juil-
let 1918 et le
décret du 5
Novembre 1926.

1°- Il faut justifier d'un diplôme; jusqu'en 1926 il suffisait d'un diplôme de bachelier en droit ou du diplôme de capacité, mais depuis un décret du 5 Novembre 1926, le diplôme de licencié est exigé.

2°- Il faut justifier d'un stage près d'un barreau ou dans une étude de notaire ou d'avoué.

3°- Il faut avoir satisfait à un examen professionnel analogue à celui qui fonctionne pour les magistrats de première instance. Certaines personnes peu nombreuses sont dispensées de l'examen.

Conditions
d'âge.

En outre, condition d'âge, on ne peut être nommé Juge de paix avant 27 ans.

Recrutement des juges élus.

Condition
d'âge des ju-
ges élus.

En ce qui concerne les juges élus, la loi a bien fixé des conditions d'âge, mais elle n'a fixé aucune condition de capacité. Pour être Juge dans un tribunal de Commerce ou pour siéger dans un Conseil de Prudhommes, il n'est besoin d'aucun diplôme; il suffit d'exercer la profession de commerçant ou l'une des professions qui ressortissent au Conseil de Prudhommes.

L'élection des
juges au tribu-
nal de commer-
ce.

Les membres du tribunal de Commerce doivent être élus par leurs justiciables, élections qui ont été réglées par une loi du 8 Décembre 1883. Cette élection a lieu au suffrage universel. L'élu doit exercer depuis cinq ans et être domicilié depuis cinq ans dans le ressort du tribunal. Une loi du 23 Janvier 1898 permet à la femme commerçante d'être électrice, mais non pas éligible. Sont éligibles tous les électeurs inscrits sur la liste électorale, à la condition d'avoir trente ans. Peuvent aussi être élus les anciens commerçants, ayant exercé la profession pendant cinq ans dans l'arrondissement et y résidant. Nul ne peut être élu Président, s'il n'a exercé pendant deux ans les fonctions de juge titulaire. Nul ne peut être nommé juge s'il n'a exercé les fonctions du juge suppléant pendant un an. En outre, la loi ne veut pas que

les juges et les présidents des tribunaux de commerce s'émoussent dans leurs fonctions. C'est pourquoi l'art. 623 du Code de Commerce décide que le Président et les Juges sortant d'exercice après deux années pourront être réélus sans interruption pour deux autres périodes de deux années, mais ensuite, ils ne redeviendront rééligibles qu'après un an d'intervalle.

L'élection des
conseillers
prudhommes.

Quant aux conseillers prudhommes, ils sont également élus par leurs justiciables; ces élections sont régies par le livre IV du Code de travail. Le corps électoral est composé des patrons, ouvriers, employés, chefs d'atelier, hommes ou femmes sous la triple condition : 1°- d'être inscrits sur la liste électorale politique, pour les femmes, il suffit qu'elles n'aient pas encouru de condamnation(celles qui privent les hommes de leurs droits civiques) 2°- d'être âgé de 25 ans et 3°- d'exercer depuis trois ans une des professions dénommées dans le décret d'institution du Conseil de Prudhommes; en outre, d'avoir exercé cette profession, dans le ressort du Conseil depuis un an.

Sont éligibles les électeurs et les électrices; car les femmes peuvent être conseillères prudhommes, ainsi que les personnes ayant exercé autrefois la profession, à la condition de résider depuis trois ans, dans le ressort du Conseil, d'être âgé de trente ans et de savoir lire et écrire.

Les conseillers patrons sont élus par les électeurs patrons, les conseillers ouvriers par les électeurs ouvriers et les conseillers employés par les électeurs employés.

Les prérogatives de la magistrature.

Les juges bénéficient d'un certain nombre de prérogatives qui leur sont conférées, non dans leur intérêt mais en vue de la bonne administration de la justice et notamment pour assurer leur indépendance. C'est ainsi qu'on les exempte de certains services publics comme aussi de la tutelle. Mais leur prérogative la plus importante, et la plus nécessaire, c'est l'immovibilité.

Immovibilité

Elle consiste en ce que les magistrats peuvent être privés ou suspendus de leurs fonctions pendant la durée de celles-ci, si ce n'est dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi. Cette prérogative est accordée aux juges dans l'intérêt des justiciables, afin d'assurer aux juges une indépendance suffisante vis-à-vis du pouvoir.

Avantages de
l'immovibilité.

L'immovibilité est en effet un privilège indispensable

à la bonne administration de la justice surtout dans un régime, où les juges reçoivent leur nomination du Gouvernement. Lorsque les juges sont élus, le Gouvernement en a moins tenté de porter atteinte à leur situation, d'abord pour ne pas heurter le corps électoral, ensuite par ce que les fonctions des juges ne sont que temporaires. Mais lorsque la fonction des juges dépend du Gouvernement, l'inamovibilité est le contre-poids nécessaire au pouvoir conféré à ce dernier. Il faut que les juges puissent résister aux sollicitations ou aux menaces sans avoir à craindre pour leur situation.

L'inamovibilité n'est pas un principe constitutionnel.

Cependant, cette inamovibilité n'est pas, dans notre droit, un principe constitutionnel; ce principe a été posé dans certaines constitutions soit de la Révolution, soit dans la constitution de 1848. Mais la Constitution de 1875 est muette sur ce point. Le législateur est donc libre de porter atteinte à cette prérogative, mais cette tentation, il doit y résister. Il est d'ailleurs peu de gouvernements qui n'aient porté atteinte à ce principe, sous les prétextes les plus divers, mais toujours dans le but réel d'épurer la magistrature, c'est-à-dire d'écarter les magistrats suspectés d'être peu favorables aux institutions établies.

La dernière épuration de ce genre date de 1883 sous couleur de réduire le personnel des Cours et des tribunaux; mais la loi du 30 Août 1883, après avoir autorisé cette opération a posé de nouveau, dans son art. 15 le principe de l'inamovibilité pour l'avenir en décidant qu'aucun premier président, président de Chambre, conseiller à la Cour d'Appel, aucun Juge ou Juge suppléant des tribunaux de première instance, ne pourrait être déplacé que sur avis conforme du Conseil Supérieur de la magistrature.

Historique de l'inamovibilité

Sous l'ancien régime, la vénalité des charges aboutissait à créer au moins une inamovibilité de fait pour les titulaires des offices de judicature. La Révolution tout en admettant l'élection des juges avait proclamé leur inamovibilité pour la durée de leur mandat et en avait fait un principe constitutionnel. Le Premier Empire a supprimé l'inamovibilité; elle fut rétablie sous la Restauration et elle a résisté jusqu'à nos jours.

Certains juges ne sont pas inamovibles.

Une loi du 26 Décembre 1921 a étendu le principe de l'inamovibilité aux magistrats des tribunaux de l'Algérie et de la Cour d'Alger, mais les magistrats coloniaux ne sont pas inamovibles. Les juges de paix ne sont pas non plus inamovibles quoiqu'ils soient soumis, depuis peu, à un régime qui se rapproche de l'inamovibilité.

Conséquences de l'inamovibilité

En ce qui concerne les magistrats qui sont véritablement inamovibles, c'est-à-dire, les Premiers Présidents,

les Présidents, les Juges des tribunaux de première instance, les Conseillers à la Cour d'Appel, les Conseillers de la Cour de Cassation, le principe de l'inaéovibilité interdit non seulement leur destitution mais encore leur simple déplacement sans l'observation de certaines formes destinées à éviter que le Juge ne soit à la discrétion du pouvoir.

Un juge ne peut être suspendu ou destitué que par mesure disciplinaire et cette destitution ne peut être prononcée que par la Cour de Cassation siégeant toutes Chambres réunies, en Conseil supérieur de la magistrature, loi du 30 Août 1883, art. 13 et 14, décret du premier Mars 1852, art. 4 et 5; C'est donc garantie de premier ordre; pour être suspendu ou destitué, un juge doit être jugé par la Cour de Cassation.

Le déplacement
des juges.

Quant au déplacement, qui est moins grave, la loi du 30 Août 1883 exigeait aussi l'avis du Conseil supérieur de la magistrature, mais on a jugé que c'était un appareil bien solennel, d'autant que le déplacement n'est pas toujours une mesure disciplinaire. Il peut arriver qu'un magistrat, sans avoir commis de faute disciplinaire ait, par ses relations de famille ou pour des raisons d'intérêts pécuniaires ou autres, une situation intenable dans un tribunal et qu'il soit alors nécessaire de le changer de tribunal. Aussi, une loi du 12 Juillet 1918 modifiant l'art. 15 de la loi de 1883 a substitué au Conseil supérieur de la magistrature pour le déplacement, une commission spéciale comprenant un premier président de la Cour de Cassation et six conseillers de cette Cour élue par celle-ci; aucun juge ou conseiller ne peut être déplacé sans l'avis conforme de cette commission. Si la commission est d'avis contraire, le Gouvernement ne peut pas déplacer le magistrat.

On a critiqué cette disposition comme constituant une atteinte au principe de l'inaéovibilité et on avait proposé de revenir, même pour le simple déplacement à l'avis du Conseil Supérieur de la magistrature; une loi du 25 Juillet 1929 est venue conférer aux magistrats déplacés certaines garanties relatives au poste nouveau où ils seront envoyés, lorsque la commission spéciale est d'avis que le déplacement s'impose. Dans ce cas, cette commission désigne en même temps sur une liste tracée d'avance par le Garde des Sceaux et comprenant quatre postes, deux au moins de ces postes parmi lesquels le Garde des Sceaux devra choisir celui auquel il convient d'affecter le magistrat en question; la liste est notifiée à ce magistrat qui peut faire valoir ses observations. La loi ajoute que le déplacement ne peut entraîner, pour le magistrat qui en est l'objet, aucune diminution de

classe ni de traitement, ni aucun changement de fonction c'est-à-dire qu'on juge ne pourra être transformé en membre du ministère public.

Limites du
principe de l'
inamovibilité

Ce principe de l'inamovibilité n'est pas sans limites; tout en constituant une garantie de l'indépendance des magistrats, il ne doit pas devenir un obstacle à la bonne administration de la justice; c'est pourquoi, en premier lieu, l'inamovibilité ne signifie pas l'investiture à vie; il existe une limite d'âge pour les magistrats; une fois cette limite d'âge atteinte, le magistrat est mis à la retraite immédiatement, sans aucune prorogation de la durée de ses fonctions. Cette limite d'âge a été fixée en 1852, à 70 ans et 75 pour les membres de la Cour de Cassation.

En second lieu, un magistrat peut être hors d'état d'exercer ses fonctions pour cause d'infirmité grave et permanente; la loi du 20 Août 1883 a décidé que ce magistrat ne pourrait être mis à la retraite avant la limite d'âge que sur avis conforme de la Commission spéciale qui statue sur les déplacements.

En troisième lieu, l'inamovibilité ne peut mettre obstacle aux réformes nécessaires dans l'organisation des tribunaux; on ne peut empêcher le Gouvernement de supprimer un tribunal inoccupé; en pareil cas et pour sauvegarder l'inamovibilité, les juges doivent être transférés à un autre siège, sinon ils conservent leur qualité et leur traitement. C'est ce que l'on a fait lors de la réforme de 1926; tous les juges des tribunaux supprimés ont été transférés à d'autres tribunaux et, même s'ils étaient en surnombre, ils restaient à la suite.

L'avancement
atténue les a-
vantages de l'
inamovibilité.

Si l'inamovibilité est une garantie de l'indépendance des juges, ces avantages sont sensiblement atténués toutes les fois que le juge doit son avancement à la direction du Gouvernement. L'idéal serait que le juge n'ait pas d'avancement. C'est le système anglais. En Angleterre, un juge est nommé immédiatement au poste où il restera pendant toute sa carrière; les juges anglais sont des avocats arrivés en fin de carrière, ce sont des hommes éminents ayant fait une brillante carrière au barreau leur traitement est très élevé; ils n'ont donc pas besoin d'avancer.

La loi du 18
Avril 1906 sur
le tableau d'
avancement.

En France, la magistrature est au contraire une carrière où l'on débute jeune et où l'on avance. Pendant longtemps, l'avancement des magistrats dépendait exclusivement du Gouvernement; le favoritisme pouvait donc s'exercer librement pour le plus grand dommage de l'esprit d'indépendance. Une loi du 18 Avril 1906 a remédié à cet état de chose d'une manière d'ailleurs insuffisante, en instituant, dans cette matière, le système du tableau d'avancement. Le principe est qu'aucun magistrat ne peut

être promu à un poste comportant une augmentation de traitement s'il n'a été préalablement inscrit au tableau d'avancement.

Ce tableau est dressé par une commission composée du premier Président de la Cour de Cassation, du Procureur Général près cette Cour, de quatre membres de la Cour de Cassation et des membres du Conseil d'administration du ministère de la Justice. Ce système ne donne pas aux magistrats toutes les garanties; évidemment aucun magistrat ne peut être promu à un poste supérieur sans avoir été inscrit au tableau d'avancement, mais rien ne garantit au magistrat inscrit à ce tableau qu'il avancera jamais, car le nombre des magistrats inscrits au tableau est supérieur à celui des postes à pourvoir et le Gouvernement exerce librement son choix sur ce tableau; certains juges peuvent être inscrits tous les ans au tableau sans recevoir l'avancement espéré.

La situation des juges de paix et des juges élus.

Les juges de paix ne sont pas inamovibles; ils ont été pendant longtemps sous la dépendance complète du Gouvernement, qui pouvait les révoquer à sa guise. La meilleure explication que l'on ait à donner de cette situation inférieure, c'est que les juges de paix étaient recrutés sans condition de capacité; Comme on l'a vu, ce n'est que depuis 1905 que l'on exige un diplôme des juges de paix; Jusque-là, il était nécessaire qu'ils restassent sous la dépendance et la surveillance du Gouvernement, qui les avait nommés sans aucune garantie.

La situation des juges de paix d'après la loi de 1905.

La loi du 12 Juillet 1905, en modifiant la situation des juges de paix, a créé, pour leur recrutement des conditions de capacité, mais en même temps, elle leur fournissait des garanties au point de vue de la révocation et du déplacement. D'après l'art. 21 de cette loi, les juges de paix ne peuvent être révoqués, ni diminués de classe que sur l'avis d'une commission nommée par le Garde des Sceaux et composée du Procureur Général de la Cour de Cassation, de trois conseillers de la même Cour et de trois directeurs du Ministère de la Justice.

Cette garantie ne vaut pas celles accordées aux juges de première instance et de la Cour d'Appel pour leur déplacement car, ici, la commission est composée d'un certain nombre de fonctionnaires administratifs; d'autre part, cette commission donne simplement un avis au Garde des Sceaux lequel reste maître de sa décision. De plus, le Garde des Sceaux a toujours la liberté sans consulter qui que ce soit, de changer un juge de paix de poste, le déplacement étant laissé à sa volonté.

Bien plus mauvaise est la situation des Juges suppléants du juge de paix, car leur révocation est laissée à l'arbitraire complet du Gouvernement.

La situation
des juges élus
(art. 630 du
C. de Comm.)

Quant aux juges élus, aucune loi ne prévoit leur inamovibilité. Mais s'ils ne bénéficient pas de cette prérogative, aucun texte cependant ne permet au Gouvernement de les révoquer. Au point de vue disciplinaire, ils ne relèvent pas du Conseil Supérieur de la magistrature. Un seul texte, l'art. 630 du Code de Commerce, décide qu'ils sont sous la surveillance du Ministre de la Justice. Surveillance n'implique pas droit de révocation, ni même aucune autre mesure disciplinaire; la loi du 30 Août 1883 autorise simplement le Garde des Sceaux à leur adresser une réprimande, il n'est pas question de la révocation. Donc le terme normal de leurs fonctions, c'est l'expiration de leur mandat. Il appartient au corps électoral de ne pas réélire un juge indigne. Malgré l'absence de texte, il semble bien que si un juge consulaire était frappé d'une incapacité, qui le rendrait inéligible; était mis en faillite, par exemple, on devrait le considérer de plein droit comme démissionnaire.

La situation
des Conseillers
prudhommes

En ce qui concerne les conseillers prudhommes, il existe des textes plus explicites dans le Code du travail. Tout d'abord, il est un fait qui emporte démission de plein droit du Conseiller prudhomme, c'est le fait de changer de catégorie; par exemple, un prudhomme patron qui deviendrait ouvrier ou inversement. D'autre part, un Conseiller prudhomme qui, sans motif légitime, et après mise en demeure, refuse de remplir son service, peut être déclaré démissionnaire par le tribunal civil. Lorsqu'un conseiller prudhomme manque gravement à ses devoirs, il peut être appelé devant le Conseil pour fournir des explications. Le Ministre de la Justice reçoit alors le dossier et il peut prononcer la censure ou la suspension temporaire; le Président de la République peut frapper le Conseiller d'une peine plus grave: la déchéance. Ici, on ne trouve pas les garanties accordées aux magistrats de première instance ou de Cour d'Appel.

Hors ces cas, le Conseiller prudhomme ne peut être révoqué par le Gouvernement; quand il est déchu, il ne peut être réélu.

La dissolution
du Conseil de
Prudhommes par
le Président
de la République.

Enfin, il est une mesure tout à fait particulière au Conseil de prud'hommes et qui s'explique par la raison qu'ils sont parfois un peu turbulents; ils peuvent être dissous par décret du Président de la République; c'est la seule juridiction qui puisse être supprimée de la sorte; il s'agit d'une dissolution comme celle qui peut advenir à un Conseil Municipal. En ce cas, il faut procéder à de nouvelles élections, dans un certain délai.

Les obligations qui incombent aux juges dans l'exercice de leurs fonctions; Mesures destinées à assurer leur indépendance et leur impartialité.

Les obligations imposées aux juges ont toutes pour but d'amener ceux-ci à s'acquitter convenablement de leurs fonctions. Ces obligations se trouvent résumées dans le serment que tout juge (nommé par le Chef de l'Etat ou élu) doit prêter, avant d'entrer en fonctions. Tout juge doit prêter serment sous peine de voir ses jugements entachés de nullité, d'une nullité d'ordre public. Ce serment est d'ailleurs purement professionnel, il n'a plus le caractère politique qu'il avait autrefois.

Les obligations imposées aux juges.

La loi impose aux juges d'abord des devoirs généraux, parmi lesquels on peut citer l'obligation de résider dans le lieu où siège le tribunal, ou la défense de s'absenter sans un congé régulier; cela dans le but que le service soit accompli dans de meilleures conditions. D'autres obligations sont aussi imposées aux juges:

1°- Les juges doivent juger, sous peine de déni de justice.

Le déni de justice.

D'après l'art. 506 du Code de procédure, il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre les requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en retard d'être jugées. Il y a également déni de justice, aux termes de l'art. 4 du Code Civil, lorsque le juge refuse de juger sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi.

Le déni de justice entraîne certaines condamnations pénales et des peines disciplinaires; il entraîne en outre cette mesure particulière qu'on appelle la prise à partie.

Il y a toute une procédure pour constater le déni de justice indiquée par le Code de procédure; l'art. 507 dit que le déni de justice sera constaté par deux réquisitions faites au juge dans la personne des greffiers. D'une façon générale, on ne veut pas que le justiciable adresse directement au juge des réquisitions. Ces réquisitions doivent être signifiées de trois en trois jours au moins, pour les juges de paix ou les juges des tribunaux de commerce et de huitaine à huitaine pour les autres juges. Après les deux réquisitions, le juge pourra être pris à partie, nous dit l'art. 508.

Le secret des délibérations.

La seconde obligation, à laquelle sont soumis les juges, dans l'exercice de leurs fonctions, c'est de garder le secret de leurs délibérations.

Les juges doivent juger en conscience

Enfin, une troisième obligation, c'est de juger en conscience. La loi exige que les juges soient intègres c'est-à-dire qu'ils s'abstiennent de juger par affection

par animosité ou par intérêt personnel, en particulier, les juges ne peuvent recevoir aucune rémunération des plaideurs.

Le dol, la fraude, la corruption sont réprimés par le Code pénal, et en tous cas, peuvent donner lieu à cette procédure particulière que l'on appelle la prise à partie.

Pour obtenir du juge qu'il soit impartial et intègre, la loi a pris certaines précautions; on trouve deux catégories de mesures, les unes destinées à assurer l'indépendance des juges vis-à-vis des pouvoirs publics, de leurs supérieurs hiérarchiques et même de leurs collègues; les autres destinées à éviter que les juges ne soient appelés à sacrifier l'intérêt de la justice à leurs intérêts personnels.

Le juge n'est pas responsable de son jugement.

Vis-à-vis des pouvoirs publics, l'indépendance des juges est assurée par l'immovibilité que l'on a déjà étudiée, et aussi par ce principe que le juge n'a à répondre de son jugement vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques. Quelque grossière que soit l'erreur commise par un juge, du moment qu'il y a simple erreur, qu'il n'y a pas dol, le juge ne peut pas être critiqué par ses supérieurs et, à plus forte raison, ne peut être poursuivi disciplinairement pour ce mauvais jugement.

Dans un collège de juges c'est le plus jeune qui donne son avis le premier.

Certaines règles assurent l'indépendance des juges vis-à-vis de leurs collègues; En effet, dans toute collectivité, il y a des gens qui tendent à prendre de l'ascendant sur les autres; c'est ce qu'il faut tâcher d'éviter dans la plus large mesure, dans un collège de juges. C'est pourquoi on admet ce principe, dans les délibérations, que le juge le moins ancien donne son avis le premier, et ainsi de suite en remontant du moins ancien au plus ancien.

Cette règle ne s'applique pas à la Cour de Cassation.

Cette règle n'est pas applicable à la Cour de Cassation; il s'agit ici de magistrats arrivés en fin de carrière et qui ne sont guère susceptibles de se laisser influencer les uns par les autres; aussi à la Cour de Cassation, ce sont les plus anciens qui opinent les premiers.

Le roulement

A la même nécessité répond l'institution du roulement, dont un des avantages est précisément d'éviter que les mêmes juges siègent toujours ensemble.

Les parents ou alliés ne peuvent siéger dans le même tribunal.

Enfin, toujours dans le même ordre d'idées, il faut citer l'art. 63 de la loi du 20 Avril 1810, aux termes duquel les parents et alliés, jusqu'au degré d'oncle et de neveu ne peuvent être simultanément membres du même tribunal, ou de la même Cour, à moins d'une dispense du Chef de l'Etat, dispense qui ne peut être accordée que dans les tribunaux comprenant au moins huit membres;

et son intérêt personnel, la loi a édicté un certain nombre de mesures: d'abord, certaines incompatibilités et inéligibilités.

Incompatibilité de la fonction de juge avec une autre fonction publique ou privée.

En principe, la fonction de juge est incompatible avec tout autre fonction publique ou privée, notamment le commerce, exception faite toutefois pour les juges des tribunaux de commerce et pour les conseillers prudhommes, qui sont des professionnels, pour les juges suppléants non rétribués, qui sont généralement avocats ou avoués ou notaires, et pour les suppléants des juges de paix, qui ne sont également pas rétribués.

Incompatibilité de la fonction de magistrat avec le mandat de sénateur ou de député.

D'autre part, les fonctions de magistrat, d'une façon générale, sont incompatibles avec le mandat de député et celui de sénateur; exception n'est faite que pour certains hauts magistrats, tels que le Premier Président et le Procureur général de la Cour de Cassation. Le juge qui est élu député ou sénateur, doit choisir, et s'il n'a pas fait son choix dans les huit jours, il est considéré comme ayant accepté le mandat législatif et remplacé dans ses fonctions. Les juges sont bien éligibles aux Conseils municipaux et généraux, mais pas dans l'étendue de leur circonscription, pour éviter qu'ils ne fassent de la propagande électorale au détriment de certains justiciables.

Actes qui sont interdits aux juges.

De plus, il est interdit aux juges de consulter, de plaider, (art. 86 du Code de procédure); ils ne peuvent pas se rendre cessionnaires des droits litigieux de la compétence de leur tribunal, art. 1597 du Code civil: " Les juges ne pourront se porter adjudicataires des biens dont la vente est poursuivie devant leur tribunal". En outre, un juge ne peut, à peine de nullité du jugement être appelé à composer le tribunal ou la cour, lorsqu'un des avocats ou avoués se présentant pour l'une des parties intéressées dans le litige, est son parent ou allié jusqu'au troisième degré inclusivement, "loi du 30 Août 1883, art. 10.

L'acceptation d'un mandat impératif par un juge élu rend l'élection nulle.

Enfin, en ce qui concerne les juges élus, tout au moins, la loi a pris des précautions contre un danger possible: l'acceptation d'un mandat impératif; En effet l'expérience a démontré que certains conseillers prudhommes, sur mandat impératif donné par le corps électoral, s'engageaient à donner toujours raison à l'ouvrier ou à l'employé contre le patron. Lorsqu'il est démontré qu'un conseiller prudhomme a reçu un mandat impératif et qu'il l'a accepté, l'élection est nulle, si l'on s'en aperçoit dans le temps voulu pour protester contre l'élection. Si cela est démontré ensuite, le conseiller prudhomme est déclaré déchu de ses fonctions, Code du travail, livre 4 art. 46.

La récusation et la demande de renvoi devant un autre tribunal.

Bien que la loi ait pris de grandes précautions pour assurer l'impartialité et l'intégrité du juge, il peut se présenter des cas dans lesquels un plaideur trouve de justes motifs de révoquer en doute l'indépendance ou l'impartialité du juge ou même du tribunal tout entier. La loi permet alors à une partie, tout au moins dans certains cas, soit de récuser le juge suspect de partialité soit même de demander le renvoi de l'affaire à un autre tribunal.

La récusation est dirigée contre un juge personnellement; la demande de renvoi devant un autre tribunal, dirigée contre tout le tribunal.

La récusation est l'acte d'une partie à un procès qui demande à écarter de l'instruction et du jugement d'une affaire, un juge suspect de partialité. A la différence de ce qui est admis pour le jury criminel, la récusation n'est recevable, en matière civile, que pour les causes limitativement énumérées par la loi : art. 378 et 379 du Code de procédure; textes que l'on applique aux tribunaux de première instance, aux Cours d'Appel et aux tribunaux de commerce. En ce qui concerne les Juges de paix, les causes de récusation sont énumérées à l'art. 44 du Code de procédure; Pour les Conseillers Prudhommes à l'art. 94 livre 4 du Code du travail.

Les causes de récusation.

On peut citer comme causes de récusation : la parenté du juge et de l'une des parties, ou l'alliance jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, la parenté de la femme du juge, le cas où le juge, sa femme ou un ascendant a un différend sur une question pareille à celle dont il s'agit entre les parties; on suppose alors que le juge pourrait vouloir créer une jurisprudence en sa faveur. Ou encore, le juge a donné conseil, a plaidé ou écrit sur le différend. Ou encore, il a précédemment connu du procès comme juge; par exemple, dans le cas où un juge connaît en appel d'une affaire qu'il aurait déjà jugée en première instance. En principe, la Cour de Cassation n'interdit pas à ce juge ou à ce conseiller de connaître de l'affaire, voir arrêt de la Cour de Cassation du 5 Février 1930 (Gazette du Palais, I - 82). Le jugement ne serait donc pas nul, mais c'est un cas de récusation, si l'avversaire le demande.

On peut encore citer comme cas de récusation, le fait que le juge a bu, mangé avec l'une des parties chez elle, ou a reçu d'elle des présents, ou encore s'il y a inimitié capitale entre le juge ou l'un des plaideurs.

Le tribunal ou la Cour est juge de la récusation.

C'est le tribunal ou la Cour qui statue sur la récusation. Cependant, lorsqu'il s'agit de la récusation d'un juge de paix, la loi décide qu'il appartient au tribunal civil de statuer sur la récusation, art. 47 du Code de procédure; de même pour la récusation d'un conseiller

prudhomme.

La récusation doit être proposée avant que l'affaire ne soit en état, c'est-à-dire avant que des conclusions aient été prises à l'audience (art. 382). Après il serait trop tard, car on peut considérer que le plaideur y a renoncé. Pour que le juge puisse être récusé, après l'échange des conclusions déposées à l'audience, il faudrait supposer que le chef de récusation n'est survenu que postérieurement à ces conclusions (art. 484 et suivants). La récusation est formée par un acte au greffe, qui contient les moyens de récusation et doit être signé par la partie.

On nomme alors un rapporteur qui est en principe le Président du tribunal. Le tribunal décide si la récusation est bien fondée sur une des causes prévues par la loi, et ce n'est que si le tribunal déclare la récusation admissible que l'on communique l'affaire au juge récusé, qui présente des observations; le tribunal statue. Si celui qui a demandé la récusation a tort, il est condamné à une amende de caractère civil.

Le juge contre lequel existe un motif de récusation ne doit pas attendre que la demande soit formée, art. 380: "tout juge, qui saura cause de récusation en sa personne, sera tenu de la déclarer à la Chambre, qui décidera si il doit s'abstenir". Par conséquent, le principe posé par le Code de procédure c'est que le juge doit s'abstenir lui-même, mais avant, il doit prévenir la Chambre, dont il fait partie.

Le juge est autorisé à se déporter, alors même qu'il n'existe pas contre lui une des causes de récusation expressément prévues par les textes, du moment qu'il a l'assentiment de ses collègues. Par exemple, si le juge connaît une des parties, il peut, par délicatesse, s'abstenir de juger, bien que ce ne soit pas une cause de récusation prévue par la loi.

Le renvoi devant un autre tribunal, sollicité par l'une des parties, est une mesure plus grave, car c'est le tribunal tout entier qui est en cause. En pareil cas, notre droit connaît deux sortes de demande de renvoi: le renvoi pour cause de suspicion légitime et le renvoi pour cause de parenté ou d'alliance.

La première cause suppose que le tribunal compétent est suspect de partialité envers l'une des parties. Ce renvoi n'est pas prévu par le Code de procédure; néanmoins, l'on considère comme toujours en vigueur, sur ce point, l'art. 65 de la Constitution de l'an VIII, qui admet ce renvoi et donne compétence à la Cour de Cassation pour le prononcer. Mais on n'applique plus cette seconde partie de l'art. 65 et aujourd'hui, en cas de renvoi, c'est la juridiction immédiatement supérieure qui

Le renvoi devant un autre tribunal.

Le renvoi pour cause de suspicion légitime.

le prononce: la Cour d'Appel s'il s'agit d'un tribunal de première instance, la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, s'il s'agit d'une Cour d'Appel, contre laquelle la demande de renvoi est dirigée.

La loi n'a pas énuméré les causes de suspicion légitime; celles-ci sont donc laissées à l'appréciation de la juridiction qui statue sur la demande de renvoi et qui ne doit admettre que des causes véritablement graves. Par exemple, on a admis le renvoi pour cause de suspicion légitime dans un cas où les membres du tribunal de commerce étaient créanciers de la faillite au sujet de laquelle le syndic agissait en justice; De même, on a admis le renvoi pour suspicion légitime dans le cas où les membres d'un tribunal faisaient partie d'un syndicat demandeur au procès. En général, les demandes de renvoi pour suspicion légitime sont formées par des plaideurs aux abois et sont le plus souvent rejetées. On n'admet pas que le renvoi pour suspicion légitime puisse être formé contre un juge de paix, parce qu'il équivaudrait à une récusation sans limitation de cas, et que les causes de récusation sont limitativement posées par la loi. C'est pourquoi la Cour de Paris notamment a décidé qu'il n'y avait pas pour les juges de paix de renvoi pour suspicion légitime; arrêt du 24 Janvier 1907 (Sirey 1908- 2 - 128).

La demande de renvoi ne peut être dirigée contre la Cour de Cassation, puisqu'il ne se trouverait aucune juridiction à laquelle l'affaire pourrait être renvoyée.

Le renvoi pour
parenté ou alliance.

Le renvoi pour parenté ou alliance, est fort peu pratique, et c'est, au fond, un cas particulier du renvoi pour suspicion légitime. Il est prévu et réglementé par le Code de procédure, art. 368 et suivants; mais il exige de telles conditions qu'elles se trouveraient difficilement réunies aujourd'hui. En réalité, ces art. 368 et suivants ne sont que la reproduction des textes de l'ordonnance de 1667. A cette époque, il était assez fréquent que, dans le même tribunal, il existât plusieurs juges parents ou alliés; mais actuellement c'est extrêmement rare.

Dans un premier cas où il autorise le renvoi, l'art. 368 suppose qu'une partie a deux parents ou alliés, jusqu'au degré de cousin, issu de germains, parmi les juges d'un tribunal de première instance, ou trois parents ou alliés au même degré dans une Cour d'Appel.

Le deuxième cas est celui dans lequel une des parties aurait un parent au dit degré parmi les juges d'un tribunal de première instance ou deux parents dans la Cour d'Appel, et qu'elle-même est membre du tribunal ou de la Cour. Dans ces deux cas, l'on considère que le tribunal ou la Cour tout entier sont suspects de partialité et on ordonnera le renvoi. Il n'est pas besoin ici de le demander

à une juridiction supérieure; il suffit de s'adresser au tribunal ou à la Cour saisi de l'affaire; le renvoi est de droit, une fois constatée la parenté ou l'alliance.

La responsabilité des juges.

Il peut arriver que, malgré toutes les précautions prises par la loi, pour assurer l'indépendance et l'impartialité des juges, l'un de ceux-ci se rende coupable d'un acte de partialité vis-à-vis d'une des parties; En pareil cas, le juge coupable encourt trois sortes de responsabilité : responsabilité pénale, responsabilité disciplinaire, responsabilité civile.

La responsabilité pénale.

Certaines infractions aux obligations qui incombent aux magistrats sont punies par le Code pénal; par exemple, le déni de justice, art. 425 du Code pénal; la corruption, la prise d'intérêt dans les adjudications, dont ils ont la surveillance. L'art. 183 du Code pénal punit de la dégradation civique le juge qui se décide en faveur pour une partie ou par inimitié contre elle.

La responsabilité disciplinaire.

La responsabilité disciplinaire se présente sous différentes formes :

1°- le droit de surveillance et d'avertissement, qui appartient au président d'une juridiction sur les juges qui composent celle-ci.

2°- le droit de surveillance et de réprimande, qui appartient au Garde des Sceaux vis-à-vis de tous les magistrats. Il ne peut, ni les destituer, ni les révoquer, mais il a le droit de les réprimander.

3°- action disciplinaire exercée par la Cour de Cassation, toutes Chambres réunies, siégeant en Conseil Supérieur de la magistrature, qui peut prononcer: la censure simple, la censure avec réprimande, la suspension provisoire et la déchéance. Cette action disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature ne s'exerce pas vis-à-vis des juges élus, ni des juges de paix.

La responsabilité civile.

Lorsque la violation par un juge de ses obligations a causé à un plaideur un préjudice, celui-ci peut, dans certains cas et dans certaines conditions, demander au juge des dommages-intérêts. Il existe ici des règles tout à fait particulières; la demande en dommages-intérêts, dirigée contre un juge, n'est recevable que dans certaines conditions strictement énumérées par la loi, et d'autre part, cette demande de dommages-intérêts doit revêtir la forme spéciale de la prise à partie. Cette règle restrictive de la responsabilité civile des juges s'explique parce que la loi est partie de cette idée fort exacte qu'il importe de protéger les juges contre des actions plus ou moins téméraires de plaideurs mécontents. Sans doute, les juges peuvent se tromper, mais tout plaideur qui a perdu son procès serait vraiment trop tenté d'invoquer l'erreur du juge, pour qu'il n'ait pas paru nécessaire

re

de mettre une entrave à des actions téméraires et vexatoires.

Comparaison des règles de procédure relatives à la responsabilité civile des juges et de celles relatives à la responsabilité administrative.

Il n'est pas sans intérêt de comparer les règles particulières posées par le Code de procédure au sujet de la responsabilité civile des juges avec celles qui sont admises en ce qui concerne la responsabilité administrative. Le service de la justice est un service public et les dommages causés par l'exécution de ce service ne donnent pas lieu à une action en réparation dans les mêmes conditions que les dommages causés par l'exécution d'un service administratif. Dans ce dernier cas, la jurisprudence fait une distinction. S'il y a simple faute de service, c'est l'administration qui est responsable, c'est-à-dire l'Etat, le département, la commune...

Si c'est, au contraire, par une faute personnelle que l'agent a causé le dommage, celui-ci peut être poursuivi en responsabilité devant les tribunaux judiciaires.

En ce qui concerne au contraire, les actes de l'autorité judiciaire, l'Etat n'est jamais responsable des erreurs commises par les tribunaux; d'autre part, les juges sont, en principe, civilement irresponsables, sauf dans les cas limitativement énumérés par le Code de procédure; et même dans ces cas-là, la demande de responsabilité formée contre eux doit revêtir une forme particulière et être soumise à une procédure très spéciale, la procédure de la prise à partie.

La prise à partie dans l'ancien droit était normale.

Il n'est pas sans intérêt de constater l'évolution qui s'est produite à cet égard, dans notre Droit. La prise à partie du juge est actuellement chose tout à fait exceptionnelle, mais dans le très ancien droit, on ne connaissait guère les voies de recours, et la prise à partie du juge était normale; le plaideur s'en prenait au juge en termes peu courtois, comme le prouve cette formule de Beaumanoir : " Vous avez fait ce jugement faux et mauvais comme mauvais que vous êtes ". Alors, le juge ainsi pris à partie, devait se soumettre à la procédure du duel judiciaire, personnellement ou par un champion; et selon l'issue du duel, la sentence était considérée comme confirmée ou non avenue. C'était ce que l'on appelait l'appel de faux jugement.

Plus tard la poursuite contre les juges devient exceptionnelle.

Lorsque l'appel ordinaire s'établit dans notre droit, il garda d'abord l'empreinte de l'ancien usage et fut d'abord dirigé contre le juge qui venait défendre son jugement devant la juridiction supérieure. Ce n'est que plus tard que l'appel fut porté contre le jugement. Une transformation se produisit alors; lorsque les voies de recours se développent, la poursuite contre les juges tend à se restreindre et à devenir tout à fait exceptionnelle. La jurisprudence la restreint dans la plus large

mesure : en particulier, elle établit une distinction, en interprétant l'ordonnance de 1667, bien que cette distinction ne résulte pas de l'ordonnance. La jurisprudence distingue, en effet, la faute volontaire et la faute involontaire, et le juge ne peut plus être poursuivi en dommages-intérêts que pour faute volontaire; De plus, d'après la jurisprudence qui s'est formée sous l'ordonnance de 1667, les juges ne pouvaient plus être pris à partie qu'avec la permission expresse des cours souveraines et cette jurisprudence a été consacrée par le Code de procédure.

On s'est demandé si le décret du 9 Septembre 1870, qui a supprimé toute entrave aux poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics, n'avait pas abrogé les règles concernant la responsabilité des magistrats. La jurisprudence a admis la négative.

L'art. 505 énumère limitativement les cas dans lesquels la prise à partie est recevable contre les juges.

s dans les-
els la prise
partie est
cevable con-
e les juges.

1°- S'il y a dol, fraude ou concussion, que l'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instance, soit dans le jugement.

2°- Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi; en matière civile, cela n'existe pas.

3°- Si la loi déclare le juge responsable à peine de dommages-intérêts. C'est le cas du juge de paix, qui laisse périmer l'instance (art. 15 du Code de procédure) ou qui lève les scellés avant le temps légal (art 928), ou de la Cour d'Appel, qui ordonne de surseoir à l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, exécutoire par provision.

Enfin, la prise à partie est ouverte, s'il y a déni de justice.

Dans tous les autres cas, les juges, comme l'Etat, sont irresponsables. Aucune action en responsabilité ne peut être ouverte contre le juge, même s'il a mal jugé par ignorance ou erreur grossière, et la jurisprudence a refusé d'admettre que la faute lourde équivalait au dol.

agistrats
ntre lesquels
ut être for-
e la prise à
partie.

La prise à partie peut être ouverte contre tout juge, à quelque degré de la hiérarchie qu'il appartienne; elle peut être également formée contre les magistrats du ministère public, et les officiers de police judiciaire, et même contre les délégués des magistrats, lorsque la délégation est possible.

La prise à partie peut être également formée contre un tribunal tout entier; Cela est nécessaire toutes les fois que le secret des délibérations empêche de savoir quel est le juge responsable. Ainsi en a jugé la

Cour de Cassation: Voir arrêt du 13 Janvier 1914 (D. 1914 I- 94).

Enfin, lorsque le juge, que l'on devait prendre à partie, est décédé, il faudra employer la procédure de prise à partie contre ses héritiers, pour leur demander des dommages-intérêts.

Qui statue sur la prise à partie ?

C'est la Cour d'Appel qui statue sur la demande de prise à partie, lorsque la demande est dirigée contre un juge de paix ou Conseiller prudhomme, un juge d'un tribunal de première instance, ou un juge d'un tribunal de commerce, ou le tribunal tout entier, ou encore contre un conseiller à la Cour d'Appel pris individuellement. Si, au contraire, la prise à partie est dirigée contre une Chambre de Cour d'Appel ou contre la Cour d'Appel toute entière, c'est la Cour de Cassation qui est compétente pour statuer sur la prise à partie. Lorsque la prise à partie est admise et aboutit à une condamnation en dommages-intérêts, elle peut faire tomber le jugement rendu, par dol et qui cause préjudice au demandeur. C'est ce qu'explique que le Code de procédure ait fait figurer la prise à partie parmi les voies de recours extraordinaires pour attaquer les jugements; mais la prise à partie n'est une voie de recours que lorsqu'elle aboutit à faire tomber un jugement; elle est possible alors même qu'il n'y a pas de jugement rendu, par exemple, en cas de déni de justice.

La prise à partie est une voie de recours si elle fait tomber le jugement.

Le Ministère public.

Auprès de certaines juridictions existe un corps de magistrats qui sont les agents du pouvoir exécutif près de ces tribunaux; ils ont des attributions nombreuses et variées qui peuvent se résumer en une formule assez générale: le ministère public est chargé de veiller à l'application des lois.

Le ministère public en matière criminelle.

Les magistrats du ministère public jouent un rôle considérable en matière criminelle, mais on ne s'occupe ici que de leurs attributions en matière civile.

Juridictions Civiles auprès desquelles il existe.

Le ministère public existe auprès des juridictions de droit commun: tribunaux de première instance, Cour d'Appel et Cour de Cassation; il n'y en a pas devant les tribunaux de commerce ni devant les conseils de prudhommes, ni devant les justices de paix, ni les tribunaux de référés.

Les représentants du ministère public au près des juridictions civiles

Auprès des tribunaux de première instance, le ministère public est représenté par le procureur de la République et ses substituts; devant la Cour d'Appel, par le Procureur général, les avocats généraux et les substituts du procureur général. Enfin, à la Cour de Cassation, il

Organisation
du ministère
public.

existe un procureur général et des avocats généraux.

Les règles qui président à l'organisation du ministère public répondent à une double idée:

1°- Les membres du ministère public sont les agents du Gouvernement; ils sont donc dépendants du Gouvernement, et indépendants des tribunaux auprès desquels ils sont placés.

2°- Le ministère public apparaît moins comme un agent du Gouvernement que comme le représentant de l'intérêt général; c'est ce qui fait que les membres du ministère public ne sont pas de simples fonctionnaires de l'ordre administratif. Ce sont des magistrats qui constituent ce que l'on appelle la magistrature debout.

Leurs conditions de recrutement sont les mêmes que celles des juges; ils ont la même origine; ils jouissent d'une certaine indépendance dans l'exercice de leurs fonctions, indépendance qui n'existe pas pour les fonctionnaires de l'ordre administratif.

Ces deux idées qui paraissent inconciliables au premier abord ou, en tous cas contradictoires, on est arrivé à les concilier dans l'organisation du Ministère public.

Les caractères
du ministère
public .

Les caractères du ministère public peuvent être étudiés de la manière suivante :

1°- Les membres du ministère public sont dépendants du Gouvernement.

2°- ils sont indépendants des Cours et des tribunaux près desquels ils exercent leurs fonctions.

Conséquences
de ces caractères.

Il résulte de là, d'abord qu'ils constituent un corps organisé hiérarchiquement à la tête duquel est placé le Garde des Sceaux représentant le Gouvernement; ils sont amovibles; le Président de la République peut, sur la proposition du Garde des Sceaux, prendre contre eux toutes les mesures compatibles avec cette amovibilité, les déplacer, les révoquer, etc.....

D'autre part, le Garde des Sceaux peut leur donner des ordres, mais, et c'est ici que l'on va voir apparaître la seconde idée, la différence entre l'agent administratif et le magistrat, c'est que le Garde des Sceaux ne peut pas agir à leur place; il peut simplement leur donner des ordres, mais la résistance d'un membre du ministère public ne peut être vaincue que par son déplacement: Le Garde des Sceaux ne peut pas saisir une juridiction aux lieu et place du ministère public.

D'autre part, si, contrairement aux ordres reçus, le ministère public saisit une juridiction, exerce une sanction, aussi bien au civil qu'au pénal, la juridiction est valablement saisie et doit statuer. On pourra prendre

contre le ministère public des sanctions, mais la juridiction n'en sera pas moins valablement saisie et devra statuer sous peine de déni de justice.

**Hiérarchie
des membres
du ministère
public.**

Les membres du ministère public, qui sont sous ordres du Garde des Sceaux, forment entre eux une hiérarchie, à la différence des juges qui ne sont pas organisés hiérarchiquement. Le Procureur Général près la Cour d'Appel est le chef du ministère public dans tout le ressort de la Cour; tous les membres du ministère public y compris le procureur de la République près d'un tribunal de première instance, lui sont subordonnés et doivent obtempérer à ses ordres; La loi du 20 Avril 1810 appelait le procureur de la République un substitut du procureur général, on a donné ce nom aujourd'hui à d'autres membres du ministère public, mais il reste que le Procureur de la République est l'inférieur hiérarchique du procureur général, car il reçoit des ordres. Cependant, ici encore, cette subordination est tempérée par un principe traditionnel qui laisse apparaître la qualité du magistrat des membres du ministère public: "La plume est servie et la parole est libre". Autrement dit, le membre du ministère public qui reçoit l'ordre d'agir doit se soumettre ou se démettre: doit prendre des réquisitions, mais à l'audience, il a le droit de conclure au rejet de ses réquisitions.

"La plume est
servie et la
parole est
libre".

De la subordination hiérarchique des membres du Ministère public découle leur indivisibilité. Chacun de ces membres, agissant dans l'exercice de sa fonction, représente le corps tout entier d'où il résulte que le chef du ministère public peut toujours être remplacé par un de ses subordonnés et que dans les procès où le ministère public doit conclure, il n'est pas nécessaire que ce soit le même membre du ministère public qui ait assisté à toutes les audiences de la cause. C'est au contraire, un principe d'ordre public que les juges appelés à rendre un jugement dans un procès doivent avoir assisté à toutes les audiences de la cause.

**Les membres du
ministère public
ne dépendent
que du
pouvoir exécutif.**

2°- Les membres du ministère public sont indépendants des Cours et des tribunaux et dépendent du pouvoir exécutif. Il résulte de là que les tribunaux ne pourraient sans excès de pouvoir, censurer les actes du ministère public, ni lui adresser des injonctions. Toutefois, en matière civile, l'art. 83 du Code de procédure permet aux tribunaux d'ordonner d'office la communication d'une affaire au ministère public; c'est une invitation au ministère public de donner ses conclusions et il doit obéir à cette invitation.

D'autre part, l'art. 84 du Code de procédure décide de qu'en cas d'empêchement des membres du ministère public c'est-à-dire du Procureur de la République et de ses substitués,

titutés,

ceux-ci pourront être remplacés par un des juges. Un membre du ministère public ne pourrait certainement pas, à l'inverse, remplacer un juge, car un juge doit être inamovible.

conditions de
recrutement
du ministère
public.

Les membres du ministère public sont soumis aux mêmes conditions de recrutement que les juges, sauf en ce qui concerne l'âge car on peut être substitut du procureur de la République à vingt deux ans; leur statut professionnel est le même que celui des juges, moins l'inamovibilité qui est spéciale aux juges.

attributions
ministère
public en ma-
tière civile.

Les attributions du ministère public en matière civile sont nombreuses. Les unes sont extra-judiciaires et les autres judiciaires.

attributions
extra-judici-
aires.

Les attributions extra-judiciaires sont : la surveillance des registres de l'état civil, l'inspection des établissements d'aliénés, la surveillance de l'assistance judiciaire, la surveillance des auxiliaires de la justice la protection des incapables, etc.....

attributions
judiciaires.

En matière judiciaire civile, le ministère public exerce ses fonctions de deux manières bien différentes: par voie de réquisition et par voie d'action.

- Par voie
réquisition

Par voie de réquisition, lorsqu'il intervient dans un procès civil auquel il n'est ni demandeur, ni défendeur, mais uniquement pour donner ses conclusions. Il parle alors au nom de l'intérêt général, pour indiquer au juge dans quel sens le procès lui paraît devoir être tranché; c'est, en somme une sorte de consultation officielle que donne le ministère public au tribunal ou à la Cour. On dit fréquemment, en pareil cas, que le ministère public est partie jointe. Cette expression est plutôt équivoque, car dans ce cas, le ministère public n'est pas partie au procès.

- Par voie
d'action.

Au contraire, le ministère public procède par voie d'action, ou de défense lorsqu'il forme une demande devant les juges compétents et les saisit d'un procès ou lorsqu'il défend une demande formée directement contre lui. Ici, l'on dit, avec raison, que le ministère public est partie principale, il joue le rôle soit de demandeur, soit de défendeur au procès.

situation dif-
férente quand
ministère
public agit par
voie d'action
quand il
agit par voie
réquisition

La situation du ministère public n'est pas du tout la même lorsqu'il agit par voie d'action ou de défense ou lorsqu'il agit par voie de réquisition.

Lorsqu'il agit par voie d'action ou de défense, qu'il est partie principale, il a le même rôle qu'une partie dans un procès, il dirige le procès comme le ferait un particulier demandeur ou défendeur; il prend telles conclusions qui lui paraît convenable pour la défense des intérêts dont il a la garde.

S'il n'est que partie jointe, au contraire, il

ne peut rien ajouter aux conclusions des parties, et se borne à formuler son avis sur ces conclusions telles qu'elles sont présentées au tribunal.

Conséquences
de la distinc-
tion.

De cette distinction fondamentale entre les deux situations du ministère public découlent un certain nombre de conséquences :

1^o - Le ministère public, partie jointe, peut être récusé par l'un des plaideurs, art. 388 du Code de procédure: les causes de récusation relatives aux juges sont applicables au ministère public lorsqu'il est partie jointe, parce qu'il est une sorte de consultant officieux et que s'il se décidait par amitié ou inimitié pour l'une des parties, la justice pourrait être mal rendue; mais, ajoute le texte, il n'est pas récusable lorsqu'il est partie principale, demandeur ou défendeur, parce qu'une des parties ne peut pas récuser son adversaire.

2^o - Le ministère public partie jointe, ne peut pas former une voie de recours contre le jugement; il a donné son avis, le tribunal ne l'a pas suivi, il appartient à la partie à qui le jugement fait grief, de faire appel ou de se pourvoir en Cassation; mais comme partie principale, au contraire, demandeur ou défendeur, le ministère public peut interjeter appel ou se pourvoir en Cassation contre le jugement quand il n'a pas accueilli la demande ou sa défense.

Du droit d'appel du ministère public.

La jurisprudence n'applique pas toujours ces principes; elle ne fait pas bien cette distinction qui est imposée par les règles citées précédemment. Elle admet bien que le ministère public, partie principale, puisse exercer des voies de recours, mais là où elle ne s'accorde pas avec la doctrine, c'est lorsqu'elle reconnaît au ministère public le droit de faire appel d'un jugement, alors qu'il n'a pas été partie en première instance.

L'opinion de la jurisprudence en matière d'appel du ministère public

Il faut bien comprendre dans quels cas la question se pose: c'est quand le ministère public aurait pu se porter demandeur et qu'il ne l'a pas fait; il s'est cantonné dans le rôle de partie jointe; alors, dit la doctrine, il n'est pas partie au procès et il n'a pas le droit de se pourvoir en Cassation, ni de faire appel. La jurisprudence partant de ce principe que le ministère public aurait pu se porter partie principale estime qu'il pourra faire appel. Voir arrêt de la Cour de Cassation 24. Déc. 1901, et 25 Oct. 1905 (SY. 1909- I - 27).

Le ministère public n'a pas le droit de se pourvoir en Cassation quand il est partie jointe.

Par contre, si la jurisprudence reconnaît au ministère public le droit de faire appel, elle lui interdit de se pourvoir en Cassation s'il s'est cantonné dans son rôle de partie jointe. Pourquoi ? Parce que si le ministère public avait le droit de se pourvoir en Cassation il pourrait empiéter sur le rôle du Procureur général près la Cour de Cassation qui peut prendre l'initiative

de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi et si l'on permettait au ministère public qui s'est cantonné dans son rôle de partie jointe de former un pourvoi en Cassation, dans une action où il aurait pu se porter demandeur et ne l'a pas fait, il empiéterait ainsi sur le rôle du procureur général devant la Cour de Cassation.

Le ministère public partie jointe prend la parole le dernier.

3°- Le ministère public, partie principale, demandeur ou défendeur, prend la parole comme tout demandeur ou défendeur, le premier s'il est demandeur, le second s'il est défendeur; au contraire, lorsque le ministère public est partie jointe, et donne une sorte de consultation officielle, il prend la parole le dernier, une fois les conclusions développées par les représentants des parties, et on ne peut pas lui répondre; tout ce que peuvent faire les avocats représentant les parties, c'est de faire passer au tribunal des notes rectificatives.

Du point de vue de la doctrine la différence entre le ministère public partie jointe et le ministère public partie principale.

Il devrait y avoir une autre différence entre le ministère public, partie jointe, et le ministère public, partie principale, mais la jurisprudence est d'avis contraire; au point de vue des purs principes, le ministère public qui s'est contenté de donner ses conclusions, comme partie jointe, ne peut jamais être condamné aux dépens; par contre, il peut être condamné aux dépens quand il est partie principale et qu'il a perdu son procès. Toute partie qui succombe doit être condamnée aux dépens; il faut donc décider que lorsque le ministère a vu sa demande rejetée il doit être condamné aux dépens " es-qualité " c'est-à-dire que c'est l'Etat, au nom de qui le ministère public a formé la demande qui devra supporter les frais exposés par le ministère public et par la partie que le Ministère public a assignée. Telle n'est cependant pas la solution admise en pratique : la jurisprudence décide que l'Etat n'a jamais à payer que ses propres frais quant à la partie qui a gagné le procès contre le ministère public, elle conserve ses propres frais à sa charge. La Cour de Cassation est très nette sur ce point. Voir arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation du 2 Juillet 1930.

Après la jurisprudence l'Etat n'a jamais à payer que ses propres frais.

On invoque à l'appui de cette solution différents textes, notamment le décret du 18 Juin 1811, sur les tarifs des frais en matière criminelle, d'où il serait résulté que le ministère public ne pourrait jamais être condamné aux dépens.

Cas dans lesquels le ministère public procède par voie de réquisition et cas

Dans quel cas le ministère public procède-t-il par voie de réquisition et dans quel cas par voie d'action ? La voie de réquisition est la voie de droit commun, c'est seulement dans des cas exceptionnels que le ministère public est autorisé à procéder par voie d'action en matière civile. Cela se comprend. Il s'agit ici

de la défense d'intérêts privés, par conséquent le droit d'action est, en principe, réservé aux parties privées. La voie de réquisition est donc la voie normale; à l'appui de cette opinion, on peut invoquer un texte de la loi des 16-24 Août 1790 qui est restée en vigueur sur ce point, art. 8 : " au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, non par voie d'action, mais par voie de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis ". Donc, en principe, le ministère public n'est que partie jointe.

Le ministère public partie jointe.

On critique l'intervention du ministère public en matière civile. Certaines personnes considèrent que le rôle consultant officiel du ministère public est tout à fait inutile; la meilleure preuve en est que le ministère public n'existe pas dans toutes les juridictions; ni devant le Juge de paix, ni devant le tribunal de commerce, ni devant le Conseil des prudhommes. On ajoute que l'intervention du ministère public n'est pas sans danger, parce que le Gouvernement a par là un moyen de peser indirectement sur la décision des juges; les conclusions du ministère public peuvent exercer une certaine influence sur cette décision.

En réalité, le danger n'est pas très grand. Pratiquement, les membres du ministère public n'abusent pas du droit de prendre la parole aux audiences civiles; bien souvent, leur rôle se borne à une simple présence matérielle et ils se contentent de dire qu'ils s'en rapportent à la sagesse du tribunal.

Cas où le ministère public est obligé de conclure.

Le ministère public ne conclut dans une affaire que lorsque cela lui paraît utile; toutefois, dans un certain nombre de cas, il est obligé de conclure:

1°- Un tribunal ou une Cour peuvent toujours ordonner d'office qu'une affaire sera communiquée au ministère public, art. 83 du Code de procédure; c'est une invitation au ministère public de conclure et il n'a pas le droit de se soustraire à cette invitation.

2°- Devant la Cour de Cassation, le ministère public doit toujours conclure, parce qu'il s'agit précisément de l'observation de la loi et que le rôle essentiel du ministère public est d'y veiller. C'est pourquoi l'on peut dire que toutes les affaires sont communicables devant la Cour de Cassation.

3°- Dans les autres juridictions, il est des causes dans lesquelles la loi prescrit la communication au ministère public: ce sont les causes dites communicables. Cela veut dire, théoriquement tout au moins, que les pièces du procès doivent être communiquées avant l'audience au Ministère public et que celui-ci doit prendre des conclusions, formalité exigée à peine de nullité du jugement.

Cette nullité, si le jugement a été rendu en première instance et en premier ressort, sera invoquée par la voie d'appel et s'il s'agit d'un arrêt de Cour d'Appel ou d'un jugement de première instance, rendu en dernier ressort, elle sera invoquée par voie de requête civile (art. 480).

En pratique, la communication est très souvent faite au dernier moment au ministère public, qui n'a pas le temps de consulter le dossier et se contente de s'en rapporter à justice; au point de vue strictement légal, cela suffit.

A quoi se réduit alors la formalité de la communication du dossier? A la mention dans le jugement que la communication a eu lieu et que le ministère public a conclu.

Les affaires communicables au ministère public.

Les affaires communicables au ministère public sont énumérées à l'art. 83 du Code de procédure: ce sont notamment les affaires qui regardent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics; les affaires qui concernent l'état des personnes, les dons et legs, les tutelles, les causes des femmes non autorisées par leur mari; par conséquent, lorsqu'une femme plaide avec l'autorisation de son mari, l'affaire n'est pas communicable, à moins qu'il ne s'agisse d'un procès intéressant la dot de la femme si celle-ci est mariée sous le régime dotal. Sont encore communicables les causes dans lesquelles sont intéressés des mineurs ou des interdits.

L'énumération de l'art. 83 a été complétée par des dispositions postérieures. C'est ainsi que les affaires d'assistance judiciaire sont communicables au ministère public, loi du 22 Janvier 1851, art. 15.

Deux questions se sont posées :

Une affaire non communicable en première instance peut l'être en appel.

1°- Il est possible qu'une affaire soit portée en première instance devant une juridiction où n'existe pas le ministère public (juge de paix ou tribunal de commerce) et qu'ensuite l'affaire soit portée en appel, soit devant le tribunal de première instance, pour les affaires du juge de paix, soit devant la Cour d'Appel, pour les affaires de la compétence du tribunal de commerce; dans ces deux dernières juridictions, il existe un ministère public. Les affaires, dans ce cas, devront-elles être communiquées au ministère public alors qu'il n'en a pas connu en première instance?

La réponse n'est pas douteuse ; l'affaire est certainement communicable au ministère public, alors même qu'en première instance il n'existait pas de ministère public.

2°- Il s'agit des affaires commerciales qui normalement portées devant le tribunal de commerce; dans

Les affaires commerciales portées devant le tribunal de première instance sont communicables au ministère public

certaines circonscriptions, où il n'existe pas de tribunal de commerce, ce sont les tribunaux de première instance qui jugent les affaires commerciales en observant la procédure spéciale au tribunal de commerce.

Supposons une affaire commerciale dans laquelle est intéressé un mineur ou une femme plaident avec autorisation de justice, c'est-à-dire une affaire communicable mais cette affaire doit être portée devant un tribunal de commerce et, dès lors, comme il n'y a pas de ministère public, celui-ci ne pourra connaître de l'affaire. Si l'on suppose maintenant qu'il n'existe pas de tribunal de commerce dans la circonscription, ce sera le tribunal de première instance qui connaîtra de l'affaire. Or, ce tribunal siège avec l'assistance du ministère public; l'affaire doit-elle être communiquée au ministère public ? La Cour de Cassation répond par l'affirmative. Elle considère que du moment que c'est le tribunal de première instance qui doit juger l'affaire commerciale et que ce tribunal civil comprend le ministère public qui en fait partie intégrante, il y a lieu de communiquer le dossier. On a fait observer que cette solution n'était pas très logique, puisque, suivant les circonscriptions, l'affaire commerciale sera, ou non communiquée au ministère public.

Critique de la solution de la Cour de Cassation.

La solution de la Cour de Cassation peut être critiquée, en ce sens qu'elle méconnaît les dispositions de l'art. 641 du Code de Commerce, qui décide que, devant les tribunaux civils appelés à juger les affaires commerciales à défaut de tribunal de commerce, les affaires commerciales seront jugées dans les mêmes formes que devant les tribunaux de commerce.

Le ministère public agissant par voie d'action.

En ce qui concerne le ministère public procédant par voie d'action, il faut avoir bien soin de distinguer deux situations.

Le ministère public représentant forcé de certaines personnes.

Tantôt le ministère public agit comme représentant forcé, obligatoire de certaines personnes; c'est ainsi qu'il représente l'absent dans la procédure de déclaration d'absence; ou encore, il représente le Préfet agissant pour le compte de l'Etat; ici, celui qui plaide c'est l'absent, c'est le Préfet, c'est l'Etat; le ministère public n'agit pas pour son propre compte.

Le ministère public représentant l'intérêt général.

Une seconde situation peut se présenter : le ministère public, dans certains cas, a le droit d'exercer d'office une action en matière civile comme en matière criminelle. Il agit ici comme représentant l'intérêt général. Quand en est-il ainsi ? La question donne lieu à une controverse classique provoquée par l'ambiguïté d'un texte de la loi du 20 Avril 1810, sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice : " L'art. 46 de cette loi est ainsi conçu : " En matière civile, le minis-

public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi; il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ". Il y a donc une sorte de contradiction entre les deux alinéas de ce texte. D'après l'alinéa 1, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi; on peut donc conclure que le ministère public n'agit d'office que s'il y est autorisé par un texte de loi.

Mais l'alinéa 2 dit que le ministère public surveille l'exécution des lois et poursuit leur exécution dans les cas intéressant l'ordre public....d'où l'on peut conclure que, même en l'absence de texte, le ministère public a le droit d'agir en matière civile. Il y a donc contradiction.

Cas prévus par la loi dans lesquels le ministère public peut agir d'office.

Pas de difficulté lorsqu'il existe un texte autorisant le Ministère public à agir. L'art. 491 permet au ministère public de provoquer l'interdiction d'une personne. Il peut dans certains cas demander la nullité d'un mariage (art. 190, 191, C. civ.). Il peut agir en déchéance de la puissance paternelle, loi du 24 Juillet 1889. Il peut faire annuler un brevet d'invention, loi du 5 Juillet 1844, ou encore agir en rectification des actes de l'état civil. Tous ces cas ne sont pas douteux puisqu'ils sont prévus par la loi.

Cas dans lesquels le droit d'intervention d'office est douteux.

Mais lorsqu'il n'y a pas de texte, la situation est plus délicate. On donne deux sortes d'interprétation

Première interprétation.

1°- A s'en tenir au principe posé par l'alinéa premier du texte, le ministère public agit d'office dans des cas spécifiés par la loi; donc il ne peut agir que lorsqu'il y a un texte qui l'y autorise expressément et il faut dire qu'il n'y a lieu de voir dans l'alinéa 2 qu'une condition spéciale à la mission extra-judiciaire du ministère public.

Deuxième interprétation.

2°- On estime que chacun des deux alinéas a son champ d'application; le premier fixe les cas où l'ordre public n'est pas en jeu; c'est-à-dire que lorsque l'ordre public n'est pas en jeu, le ministère public n'a le droit d'exercer une action en justice que si un texte l'y autorise. Au contraire, l'alinéa 2 vise les cas où l'ordre public est en jeu et, ici, le ministère public peut agir, même s'il n'y a pas de texte l'autorisant expressément.

Danger de la seconde interprétation.

Cette seconde interprétation n'est pas sans danger, il faut le reconnaître, parce qu'il n'y a rien de plus imprécis que la notion d'ordre public. Dès lors, l'on peut craindre que le ministère public ne prenne

prétexte de cet ordre public pour s'immiscer dans des affaires qui intéressent avant tout les particuliers. Quelle est l'affaire où l'ordre public n'est pas, dans une certaine mesure, intéressée ?

La question s'est posée à différentes reprises en jurisprudence, notamment en matière de rectification de l'état civil, mais dans cette matière, la loi du 20 Novembre 1919 modifiant l'art. 99 du Code civil autorise implicitement le ministère public à agir en rectification. Mais la question reste controversée dans d'autres cas. Elle se pose notamment en matière de filiation: le ministère public peut-il agir, par exemple, pour faire annuler la reconnaissance d'un enfant naturel; ou bien encore, le ministère public peut-il faire opposition à un mariage? Ou bien un mariage ayant été déclaré nul en première instance à la requête d'un des époux, le ministère public peut-il faire appel pour faire déclarer le mariage valable ? La question se pose encore en matière de nationalité ou encore dans les questions où le fisc est intéressé. Ainsi, en cas de vente d'immeuble, le ministère public a été devant la Cour de Rennes recevable à faire prononcer la nullité de la convention ayant pour but de dissimuler une partie du prix, parce que l'on a considéré qu'il y avait un intérêt fiscal en jeu.

La jurisprudence est hésitante.

La jurisprudence est assez hésitante sur la question. Pendant longtemps, la Cour de Cassation a été favorable à la thèse restrictive, estimant que le ministère public ne peut agir que lorsqu'il y a un texte. Mais, dans un arrêt du 27 Mai 1869, (D. 1869 - I - 413) la Chambre des Requêtes a admis la thèse extensive, c'est-à-dire le droit d'action du ministère public toutes les fois que l'ordre public est intéressé. Il semble qu'en ce moment, il y ait plutôt un retour vers la thèse restrictive.

Le ministère public peut agir d'office lorsque l'ordre public est directement intéressé.

Dans un arrêt du 17 Décembre 1913 (S. 1914 - I - 153), la Chambre civile a décidé que le ministère public peut agir d'office lorsque l'ordre public est directement intéressé, à condition que l'ordre public soit intéressé principalement; c'est ainsi que, dans l'arrêt en question, la Cour a rejeté l'action du ministère public qui tendait à faire prononcer la nullité d'une reconnaissance d'enfant naturel, parce que, dit la Chambre civile, les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une question de nationalité, l'ordre public est principalement intéressé et c'est pourquoi la Chambre civile autorise le ministère public à agir, alors même qu'aucun texte précis ne l'y autorise.

Les auxiliaires de la justice.

A côté des juges le service de la justice comprend un certain nombre de personnes destinées à assurer le bon fonctionnement du service, à faciliter la tâche du juge et celle des parties. Le tribunal ne pourrait à lui seul faire la besogne matérielle que suppose l'examen d'un procès, le prononcé de la sentence et son exécution. Il faut notamment que les actes judiciaires soient constatés et consentis, il faut faire des notifications, il faut instruire le procès, procéder à des enquêtes ou à des expertises, il faut enfin faire exécuter les jugements. Tout cela suppose la collaboration de certaines personnes qui sont les auxiliaires de la justice.

D'autre part, les parties sont, le plus souvent par ignorance, par inexpérience, par manque de temps, hors d'état de faire par elles-mêmes, les actes nécessaires à la marche du procès. Il leur est donc indispensable de recourir aux services des personnes compétentes, avocats, avoués, ou autres représentants et l'intervention de ces personnes sert, en même temps que l'intérêt des parties, celui de la bonne administration de la justice, en facilitant et en assurant la terminaison rapide des procès.

Ces auxiliaires de la justice sont particulièrement nombreux en France.

Les différentes catégories de leurs fonctions, être classés entre plusieurs catégories. d'auxiliaires de la justice. 1ère catégorie : les greffiers qui sont les secrétaires publics du tribunal et font partie intégrante de celui-ci.

les greffiers 2ème catégorie : les huissiers, qui sont les auxiliaires des cours et des tribunaux dans le service intérieur des audiences. Ils sont aussi les messagers officiels des parties, de leurs avocats et de leurs avoués, ils sont enfin chargés de l'exécution des jugements et des actes exécutoires.

3ème catégorie : Cette catégorie comprend les auxiliaires qui sont tantôt les représentants, tantôt les simples défenseurs des parties; ces auxiliaires ne sont pas seulement les auxiliaires des parties; on peut dire aussi qu'ils sont les intermédiaires entre les parties et les tribunaux. Il faut citer parmi eux, les avoués, les avocats, on peut ajouter les agréés, bien que leur corps n'ait aucun caractère officiel et que leur existence soit purement officieuse.

4ème catégorie: Enfin, 4ème catégorie: toutes les personnes que l'on pourrait qualifier d'auxiliaires accidentels ou temporaires des tribunaux. Ce sont, d'abord, certaines

de la justice: personnes qui ont pour mission d'éclairer les juges, de les experts, ar- leur faciliter l'instruction de l'affaire, notamment les bitres, rappor- experts, arbitres, rapporteurs près les tribunaux de com- teurs, notaires merce; et enfin tous ceux qui reçoivent du juge par une agents de chan- sorte de délégation, la mission d'exécuter certains actes ge, courtiers, les notaires, les agents de change, les courtiers, les commissaires commissaires-priseurs, etc. Ils ne font pas partie de l' priseurs, cura- ordre judiciaire, ils ne sont pas rattachés à un tribunal rateurs de socimaïs, malgré tout, ils peuvent recevoir du tribunal, étant étés vacantes, donnée leur qualité d'officiers ministériels ou publics, les syndics de la mission de faire certains actes de leur fonction, no- faillite, les tamment de faire des ventes. Nommons encore les curateurs liquidateurs de des successions vacantes, les syndics de faillite, les sociétés, les liquidateurs de sociétés qui reçoivent à un titre quelconq témoins, etc.. que une mission du tribunal.

Tous ces auxiliaires de la justice ne sont d'ail- leurs pas dans la même situation statutaire; certains d' entre eux sont des officiers ministériels, les autres ne sont pas des officiers ministériels.

Les officiers
ministériels

Sont des officiers ministériels : les greffiers, les huissiers, les avoués et les avocats à la Cour de Cassation.

Qu'est-ce qui caractérise ces officiers ministé- riels au point de vue de leur statut professionnel ? Sont- ils des fonctionnaires ? On peut répondre affirmativement en prenant le mot dans un sens très large, en entendant par là tous ceux qui tiennent leurs fonctions de l'admi- nistration supérieure et collaborent d'une façon conti- nue à la gestion d'un service public. Mais, ce sont des fonctionnaires d'une nature très spéciale et qui sont soumis à un statut particulier assez différent de celui des fonctionnaires administratifs et de celui des magis- trats.

Différences de
statut des
fonctionnaires
ministériels
et des fonction-
naires adminis-
tratifs.

Il est différent d'abord, par les conditions de leur nomination et par les droits que cette nomination leur confère sur leur charge. Les officiers ministériels sont nommés par le Chef de l'Etat sur la présentation de leur prédécesseur auquel ils paient un revenu propor- tionnel aux revenus de l'office. Sous l'Ancien régime, la plupart des fonctions judiciaires et notamment celles des juges étaient constituées en offices. La Révolution supprima tous les offices et cette suppression a subsis- té pour les juges qui sont aujourd'hui des fonctionnai- res nommés soit par le Chef de l'Etat, soit, dans cer- tains tribunaux d'exception, à l'élection. Mais la véna- lité des offices a été rétablie, au contraire, en 1816, pour les auxiliaires de la justice. Déjà avant la loi de 1816, cette vénalité était rétablie en fait, mais la loi a consacré cette pratique.

2ème différence : les officiers ministériels

constituent une organisation autonome existant en dehors des cadres administratifs et jouissant d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'administration supérieure, indépendance qui est la conséquence de la vénalité des offices. Dans une certaine mesure, ils ont aussi, grâce à cette vénalité, l'inaliénabilité ; bref, les officiers ministériels constituent, dans notre droit, une organisation indépendante. Sauf les greffiers, ils ne sont pas rémunérés par l'Etat, mais par ceux qui recourent à leur ministère et cela d'après des tarifs légaux ; ils sont organisés en corporations qui exercent un pouvoir disciplinaire sur leurs membres. Ils ne sont pas soumis aux règles de la responsabilité des fonctionnaires et non seulement responsables vis-à-vis de leurs clients et des tiers, d'après le droit commun (art. 1382 du Code Civil). Leur organisation a un caractère tout à la fois public et privé ; en tant qu'appartenant à l'ordre judiciaire, ces officiers ministériels sont placés sous le contrôle des tribunaux et du ministère public ; ils doivent prêter serment et ne peuvent être suspendus ou destitués que pour cause disciplinaire et suivant une procédure disciplinaire. C'est une véritable inaliénabilité ; cependant les greffiers peuvent être révoqués par le Gouvernement.

L'Etat conserve d'ailleurs la haute direction sur les offices publics. Le Gouvernement conserve le droit de supprimer les offices jugés inutiles ou d'en créer de nouveaux lorsque le besoin s'en fait sentir, mais, en pareil cas, et notamment lorsqu'il y a suppression, il faut tenir compte de la vénalité et il y a une indemnité à payer au titulaire de l'office supprimé.

Tous les autres auxiliaires de la justice ne sont pas des officiers ministériels, mais en ce qui les concerne, une question se pose en législation : y a-t-il lieu d'admettre la liberté de leur profession ? Ne doit-on pas au contraire soumettre l'accès de ces professions à certaines conditions destinées à assurer la compétence et la moralité de ceux qui les exercent ? Il apparaît ici que la liberté d'accès de la profession n'est pas désirable, car elle aboutirait à ouvrir la profession à des gens sans scrupules ; on en a eu la preuve lorsque la Révolution supprima l'ordre des avocats et les procureurs qui sont les prédécesseurs de nos avoués. Il se produisit alors de grands désordres devant les tribunaux. On en a encore la preuve devant certaines juridictions telles que les justices de paix où les parties ont le choix absolu de leurs mandataires.

En ce qui concerne les avocats, c'est le principe de la profession organisée qui a prévalu. Quant aux autres auxiliaires de la justice, légalement leur profession n'est pas réglementée. La meilleure preuve qu'en

La liberté d'accès aux offices ministériels en législation.

Le principe de l'organisation a prévalu pour les avocats.

Les auxiliaires de la justice - cette matière la liberté n'est pas chose désirable, c'est la tendance des membres de ces professions à se créer un statut particulier, extra-légal, à se grouper en corporations, en compagnies, destinées à défendre leurs intérêts mais encore à exercer une action disciplinaire sur leurs membres dans le but d'empêcher que dans la corporation ne se glissent des éléments indésirables. Ces corporations n'ont aucun caractère officiel, corporations d'agréés de liquidateurs judiciaires, de syndics, d'administrateurs et de liquidateurs de sociétés d'arbitres, rapporteurs près des tribunaux de commerce etc...

Les greffiers.

Le greffier est le secrétaire du tribunal ou de la Cour, mais c'est un secrétaire officiel dont l'assistance est obligatoire pour le tribunal et dont la nomination ne dépend pas de lui. Le greffier est un organe autonome, nommé par le Président de la République et l'autonomie du greffier constitue, dans une certaine mesure, une garantie contre le juge. Le greffier qui ne tient pas sa nomination du juge sera indépendant. Le greffier fait partie intégrante du tribunal ; un tribunal ou une Cour qui siégerait sans l'assistance du greffier serait irrégulièrement composé et verrait ses jugements ou arrêts entachés de nullité. L'art. 1040 du Code de procédure dit : Le juge sera toujours assisté du greffier qui gardera les minutes et délivrera les expéditions. Le greffier n'est pas un magistrat, mais il appartient, tout au moins, à l'ordre judiciaire. La loi du 20 Avril 1810 applique aux greffiers la même incompatibilité qu'aux magistrats pour parenté ou alliance. Par contre, les greffiers ne sont pas inamovibles et ne peuvent être récusés par les parties. La Cour de Cassation décide que bien que les causes de récusation ne s'appliquent pas aux greffiers, la loi ne leur permet cependant pas de siéger dans les affaires où ils sont intéressés; ils doivent alors s'abstenir ou le tribunal doit les remplacer d'office.

Les fonctions du greffier.

Les fonctions du greffier sont multiples. La principale, commune à tous les greffes, c'est que les greffiers assistent les juges ou le tribunal dans tous les actes de leur ministère; sauf certaines exceptions admises par la loi, en principe, un juge ou un tribunal ne peut pas siéger sans l'assistance d'un greffier. Cependant, quand le Président du tribunal rend une ordonnance dont il ne doit pas rester minute, l'assistance du greffier n'est pas nécessaire. En général, le greffier écrit, sous la dictée du juge, le jugement, les procès-verbaux et tous les actes de la signature du juge et sa signature contribue à donner à ces actes leur authenticité; le greffier est, en outre, le gardien des registres, des minutes

des expéditions de son tribunal; il en délivre expédition moyennant le paiement prévu par la loi.

Outre ces fonctions générales, les greffiers remplissent aussi des fonctions particulières; ainsi les greffiers des tribunaux de première instance reçoivent un certain nombre de déclarations: renonciations à succession ou à communauté, actes de surenchère, de récusation des juges; le greffier d'un tribunal de première instance joue encore un rôle important dans certaines procédures, notamment les procédures d'ordre et de distribution par contribution.

Les fonctions
spéciales du
greffier du
juge de paix
en matière de
saisie-arrêt
des salaires.
Les fonctions
du greffier
du tribunal de
commerce.
Le statut pro-
fessionnel du
greffier.

Le greffier du juge de paix, a lui aussi, des fonctions spéciales: la loi du 27 Juillet 1921, sur la saisie-arrêt des salaires, loi qui vient d'être récemment modifiée, fait jouer au greffier un rôle important dans la procédure de la saisie-arrêt des salaires et traitements pour laquelle il remplace complètement l'huissier.

Le greffier du tribunal de commerce tient le registre du commerce, le registre des nantissements du fonds de commerce, reçoit le dépôt des actes de constitution de société, etc...

Au point de vue de son statut professionnel, le greffier est dans une situation qui tient tout à la fois, de celle de l'officier ministériel et de celle du fonctionnaire nommé par l'autorité supérieure. Comme officier ministériel, il est titulaire de sa charge qu'il achète et qu'il revend sous forme de droit de présentation et il a le droit aux émoluments de sa charge, émoluments fixés par des tarifs légaux; comme fonctionnaire, il reçoit un modique traitement de l'Etat. Il peut être révoqué par le chef de l'Etat; mais comme il est titulaire de sa charge le greffier révoqué conserve le droit de présenter son successeur moyennant finance. Il ne faut d'ailleurs pas confondre le greffier révoqué avec le greffier destitué; comme tout officier public destitué, le greffier destitué perd son droit de présentation, mais la destitution ne peut être prononcée qu'à la suite d'une procédure judiciaire et disciplinaire.

Le greffier en
chef est assis-
té de commis
greffiers asser-
mentés.

Le greffier peut être assisté dans ses fonctions par des commis greffiers assermentés; mais c'est là une appellation qui est aujourd'hui inexacte; il résulte en effet de la loi du 16 Juillet 1930 (art. 16) que l'appellation de commis greffier a été supprimée; on a estimé qu'il fallait les appeler greffiers tout court; mais alors le greffier titulaire s'appelle désormais : greffier en chef. Il y a donc, dans chaque tribunal, un greffier en chef et des greffiers. Les greffiers sont présentés par le greffier à l'agrément de la Cour ou du tribunal, par conséquent leur nomination dépend, dans une certaine

mesure, du greffier en chef; mais une fois nommés, ils sont de véritables fonctionnaires, comme le greffier en chef et touchent un traitement de l'Etat. On a discuté sur le point de savoir si le greffier en chef pouvait les révoquer et il semble bien qu'il faille admettre la négative, mais il ne faut pas confondre ces greffiers qui remplacent le greffier en chef, et tiennent la plume à l'audience avec les employés du greffe qui, eux sont de simples salariés du greffier et n'ont aucunement le caractère de fonctionnaires. Dans un greffe important, comme celui du tribunal de la Seine, il y a des greffiers qui sont des fonctionnaires et ont, comme le greffier en chef, le privilège de donner l'authenticité aux actes et puis il y a les employés du greffe.

Au Conseil de prudhommes les fonctions de greffiers sont remplacées par un secrétaire.

Il faut signaler que les fonctions de greffier, au Conseil des prudhommes, sont remplies par un secrétaire qui est nommé par le Préfet sur présentation du Conseil, c'est un simple fonctionnaire public et non un officier ministériel.

Les huissiers sont des officiers ministériels chargés de la rédaction de certains actes de procédure tels que les procès-verbaux de saisie, des significations judiciaires et extra-judiciaires, ayant enfin pour mission d'exécuter les jugements et les actes exécutoires; à ce point de vue, ils jouissent d'un véritable monopole. Certains d'entre eux sont chargés du service intérieur des tribunaux; ce sont les huissiers audienciers choisis chaque année par chaque juridiction et qui, pour ce service rendu aux tribunaux, se voient conférer le droit de faire certaines notifications; en particulier devant le tribunal de première instance et la Cour d'Appel, ce sont les huissiers audienciers qui sont chargés de signifier les actes d'avoué à avoué.

Le rôle d'huissier est indispensable dans certains cas : notamment on ne peut confier l'exécution des jugements qu'à des personnes offrant des garanties de moralité et de capacité. Mais il est certain que dans beaucoup de cas, le rôle d'huissier est un luxe inutile et pourrait être rempli soit par le greffe, soit par la poste. Il n'en reste pas moins que l'huissier est un rouage indispensable de l'organisation judiciaire comme le greffier; on concevrait à la rigueur qu'on puisse se passer d'avoué, mais une organisation judiciaire ne peut se passer ni de greffier, ni d'huissier.

L'huissier, comme le greffier, est un organe autonome et non un simple agent du tribunal; sa nomination ne dépend pas du tribunal; l'huissier est nommé par le Chef de l'Etat et c'est ce qui explique que l'art. 66 du Code de procédure interdise à l'huissier d'instrumenter

pour ses parents, alliés, ceux de sa femme, en ligne directe indéfinie et pour ses parents et collatéraux jusqu'au 5ème degré inclusivement.

L'huissier est un officier public comme un notaire ou comme un greffier, c'est-à-dire que ses affirmations et constatations faites dans l'exercice de ses fonctions font foi jusqu'à inscription de faux, mais ce n'est pas à dire que tous les actes des huissiers soient des actes authentiques; il arrive que des particuliers, en dehors de toute mission judiciaire ou légale fasse appel à l'huissier pour certaines constatations, procès-verbaux de constat, qui ne sont pas des actes authentiques mais peuvent tenir compte à titre de simple présomption dans les affaires où la preuve par présomptions est recevable.

Les huissiers sont constitués en corporation.

Les huissiers ne peuvent instrumenter que dans les limites de leur arrondissement.

Tous les huissiers d'un arrondissement sont constitués en corporation, à la tête de laquelle est placée une Chambre disciplinaire qui est élue par les huissiers. Les huissiers qui sont groupés par arrondissement ont une compétence territoriale; ils peuvent instrumenter dans les limites de leur arrondissement, mais dans ces limites seulement, quelle que soit leur résidence. Les huissiers du canton ont seuls compétence pour signifier les actes relatifs à une instance en justice de paix : loi du 25 Mai 1838, art. 16.

Les auxiliaires des parties

Les auxiliaires de la justice comprennent également ceux que l'on nomme les auxiliaires des parties; ils sont aussi les intermédiaires entre les parties et les tribunaux. De tels auxiliaires existent parce que la conduite des procès est chose délicate et que bien peu de plaideurs sont capables d'en assumer la charge; des actes doivent être accomplis, des délais respectés, les prétentions des parties formulées d'une manière précise; d'autre part, les communications de pièces doivent être faites entre les plaideurs et un plaideur éprouverait quelquefois une certaine méfiance à confier certaines pièces importantes à son adversaire lui-même. De plus, à l'audience, les débats doivent se dérouler dans une atmosphère de calme et de correction qu'exigent tout à la fois le respect de la justice et la nécessité d'éclairer les juges. Enfin des actes d'exécution peuvent être nécessaires et cela appelle l'intervention de certaines personnes particulièrement qualifiées, en qui le tribunal et les parties puissent avoir toute confiance. C'est pourquoi, les plaideurs ont été amenés à recourir à des auxiliaires susceptibles de les guider et de présenter leurs conclusions. On en est arrivé à imposer aux justiciables le recours à ces auxiliaires, intermédiaires nécessaires entre les

parties et le tribunal. Cela assure une justice plus prompte, sinon moins coûteuse et cela permet aux juges de statuer en meilleure connaissance de cause.

Ceci explique que la loi attache à ces auxiliaires des parties un caractère officiel et ait fait de certains d'entre eux, les avoués et les avocats à la Cour de Cassation, des officiers ministériels. Ceci explique aussi que ces auxiliaires, les avoués, par exemple, soient, vis-à-vis de leurs clients, dans une situation différente de celle de mandataires ordinaires; tout en ne devant pas perdre de vue les intérêts de leur client, ils conservent une certaine liberté d'action, ne sont pas absolument liés par les instructions qu'ils ont reçues, peuvent refuser de faire des actes de procédure inutiles ou vexatoires et ils encourent, à ce sujet, une responsabilité.

Les auxiliaires des parties sont les avocats et les avoués.

Dans notre procédure française, ces auxiliaires des parties sont les avocats et les avoués. Il existe en outre, devant la Cour de Cassation, un corps d'officiers ministériels, qui jouent, tout à la fois, le rôle d'avocat et d'avoué.

Notre législation française, devant les tribunaux de droit commun, connaît un système qu'ignorent certaines législations étrangères, c'est la dualité des fonctions d'avoué et d'avocat.

L'avoué.

L'avoué est le véritable représentant des parties, il dirige la procédure et fait tous les actes nécessaires à cet effet.

L'avocat.

L'avocat, plaide devant le tribunal; il expose les prétentions de son client, mais il ne s'occupe pas de procédure; par là s'établit une sorte de division du travail qui est traditionnelle dans notre droit et qui existait déjà dans l'ancien régime où les avoués s'appelaient des procureurs, mais étaient également chargés de la procédure.

La dualité des fonctions d'avoué et d'avocat existe également en Belgique et en Angleterre.

Nous retrouvons cette division dans certaines législations étrangères, par exemple en Belgique, qui a du reste une organisation judiciaire et surtout une procédure calquée sur la nôtre, puisqu'en principe le Code de procédure français est applicable en Belgique, mais aussi en Angleterre.

Cette dualité n'existe pas en Allemagne ni en Alsace-Lorraine, où il n'existe qu'un avocat postulant.

Beaucoup d'autres législations ne connaissent pas cette division notamment elle n'existe pas en Allemagne. Aussi, dans nos trois départements recouvrés, qui ont conservé en partie l'organisation judiciaire allemande, il n'y a qu'un seul personnage ayant un caractère officiel, bien qu'il ne soit pas officier ministériel; c'est l'avocat-avoué, qu'on appelle l'avocat postulant.

Devant certains tribunaux les avoués peuvent plaider.

Avantages et inconvénients de la division du travail entre l'avocat et l'avoué.

Les avocats à la Cour de Cassation.

Les avoués.

Les avoués

sont organisés en corporation.

Devant un certain nombre de tribunaux de première instance, les avoués, étant donné le petit nombre d'avocats inscrits au barreau, ont le droit de plaider.

Il est évident que la division du travail entre l'avocat et l'avoué est une source de complications et de frais. Elle est aussi une source de lenteurs, parce qu'ils ne marchent pas toujours du même pas; une fois que l'avoué a mis sa procédure au point, il est très fréquent que l'avocat ne soit pas prêt à plaider. Par contre, cette division a l'avantage de mieux assurer la spécialisation, elle donne aux avocats plus d'indépendance vis-à-vis de leurs clients, en les délivrant du souci de la besogne matérielle et en évitant, ce à quoi tenaient jalousement les barreaux autrefois, de faire des avocats les mandataires de leurs clients.

Les avocats près la Cour de Cassation sont des officiers ministériels placés près du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, qui ont, devant cette juridiction, le monopole de la plaidoirie, comme celui de la procédure; d'ailleurs ces avocats auraient le droit de plaider devant n'importe quelle juridiction, mais ils se cantonnent dans leurs fonctions près la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat; devant ces tribunaux, la procédure est assez simple; ils ont surtout pour fonction d'exposer, dans des mémoires ou rarement, les prétentions de leurs parties.

Au point de vue de leur statut professionnel, les avoués sont des officiers ministériels, s'ils réunissent un certain nombre de conditions destinées à assurer leur compétence technique et leur moralité, conditions d'âge et de capacité; la loi n'exige pas le diplôme de licencié en droit, il suffit du diplôme de capacité. Il faut au contraire, effectuer un certain stage dans une étude d'avoué.

Les avoués près d'un tribunal ou d'une Cour sont organisés en corporation à la tête de laquelle est placée une Chambre de discipline qui veille à l'accomplissement des obligations des avoués, concilie les différends qui peuvent subvenir entre les avoués et donne son avis sur des réclamations dont elle est saisie par des tiers. La Chambre de discipline exerce aussi une action disciplinaire vis-à-vis de ses membres; elle peut prononcer les peines les moins graves, avertissement, censure; mais les peines les plus graves sont prononcées par les juridictions auprès desquelles sont placés les avoués, c'est-à-dire les tribunaux de première instance ou les Cours d'Appel (loi du 14 Mars 1898).

Les avoués n'ont qu'une compétence territoriale limitée à la juridiction près de laquelle ils exercent

Les avoués ont leurs fonctions; il ressort de là que l'avoué près du tribunal de première instance ne peut exercer ses fonctions que pour les affaires de la compétence du tribunal territorial limité à la près duquel il est placé.

juridiction A la différence du notaire, du greffier, ou de près de laquelle l'huissier, l'avoué n'est qu'un simple officier ministériel, ses actes n'ont pas le caractère authentique.

leurs fonctions Les avocats, eux, ne sont pas des officiers ministériels, ce qui ne veut pas dire que leur profession un simple officier ministériel soit absolument libre; elle est organisée, réglementée, elle n'est pas ouverte à tous, car ils touchent de très près à l'ordre judiciaire et peuvent même, dans certains

Les avocats ne cas, on l'a vu, être appelés à remplacer les juges. Aussi sont pas des officiers ministériels l'accès du barreau n'a été ouvert qu'à des personnes préficiers ministériels tant des garanties de compétence et de moralité.

riels. Pendant longtemps, jusqu'au décret du 20 Juin

1920, on distinguait le titre d'avocat et la profession. La distinction d'avocat, c'est-à-dire qu'on pouvait prendre le titre d'entre le titre avocat sans exercer la profession d'avocat; tout au moins d'avocat et la telle était la distinction admise par la Cour de Cassation profession d'avocat et contestée par certains. Il suffisait d'être licencié en Droit et d'avoir prêté le serment professionnel pour pouvoir prendre le titre d'avocat, mais pour exercer la profession, il fallait en outre être inscrit au barreau et n'exercer aucune profession incompatible avec la profession d'avocat. Le décret du 20 Juin 1920 a supprimé désormais toute distinction entre le titre et la profession; On ne peut plus prendre le titre d'avocat qu'à la condition d'en exercer la profession. Mais pour ménager les droits acquis, le décret, dans son art. 49 a décidé que les licenciés en Droit ayant prêté le serment et non inscrits à un barreau qui, antérieurement à l'application du décret, auront pris habituellement le titre d'avocat, pourront conserver cette dénomination. Mais afin d'éviter les difficultés qui se sont présentées entre le barreau et certains agents d'affaires que précisément le décret avait en vue, la Cour de Cassation a décidé que ces personnes qui ont le droit de conserver le titre d'avocat ne peuvent, à peine de dommages et intérêts vis-à-vis des avocats lésés, jeter le discrédit sur le titre d'avocat, notamment par une publicité intensive et tapageuse. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 22 Juillet 1929 (Gaz. Pal. du 6 Déc. 1929).

Conditions exigées pour être avocat.

Pour remplir les fonctions d'avocat, il faut satisfaire à certaines conditions qui sont les suivantes :

Etre licencié en droit,

Avoir prêté serment, devant la Cour d'Appel

Etre français (la question a été discutée autrefois, mais elle est tranchée aujourd'hui en ce sens par

l'article 22 du décret du 20 Juin 1920.

N'exercer aucune profession incompatible avec la profession d'avocat. Art. 45 du décret de 1920 : " La profession d'avocat est incompatible avec toutes les fonctions de l'ordre judiciaire à l'exception de celles de suppléant non rétribué, avec les fonctions de préfet, de notaire et d'avoué, avec les emplois à gages et ceux d'agents comptables, avec toute espèce de négoce ". Sont en outre exclues de cette profession toutes personnes exerçant la profession d'agent d'affaires, ou dont le conjoint exerce cette profession ".

Avoir une bonne moralité; ceci résulte implicitement de l'art. 22 qui décide, dans son alinéa 2, qu'une enquête sur la moralité du postulant est faite par les soins du Conseil de l'Ordre.

Enfin, être admis au stage du barreau par décision du Conseil de l'Ordre et cette décision est, en cas de refus, susceptible d'une voie de recours. Ce stage a une durée minimum de trois ans. Une réforme récente qui résulte d'un décret du 15 Novembre 1930 a eu pour objet de réformer le stage des avocats.

Le stage.

Le stage est la période d'apprentissage de la profession; or, il est incontestable que, pour le moment, l'apprentissage de la profession d'avocat est à peu près inexistant. En quoi consiste le stage ? Dans l'assistance aux audiences qui est purement théorique; dans les réunions de colonnes quelque peu académiques, où l'on donne des conseils aux stagiaires mais où on ne leur apprend pas à étudier les affaires; enfin dans l'assistance et la parole à la conférence des avocats. Cette conférence apprend aux avocats à bien parler, mais elle ne leur apprend pas à compiler un dossier. Par conséquent, les avocats, certains d'entre eux tout au moins, se plaignent, à juste titre, que le stage exigé des jeunes avocats fût inopérant. A ces plaintes se mêlaient aussi des critiques contre les Facultés de droit qui dit-on ne préparent pas à la profession d'avocat. Ces critiques sont absolument injustifiées; les Facultés de droit ne sont pas des écoles professionnelles. Etant donné le nombre considérable de professions auxquelles mènent les études juridiques, les Facultés de droit seraient fort embarrassées pour préparer à toutes et, si la profession d'avocat ne donne pas lieu à un apprentissage sérieux, la faute en est au barreau lui-même.

Pour être notaire de Cassation il faut faire également un stage.

Pour être notaire, avoué, avocat à la Cour de Cassation, on exige que le candidat ait fait un certain stage dans une étude ou chez un avocat à la Cour de Cassation, car on n'apprend la profession qu'en étant en contact avec les affaires et non en suivant les exercices d'une conférence, si intéressants qu'ils soient.

Nouvelle organisation du stage des avocats (décret du 15 novembre 1930).

Le décret du 15 Novembre 1930 est venu apporter une réforme sérieuse, dans les intentions tout au moins, à l'apprentissage professionnel exigé des stagiaires. Il est certain que devant les grands tribunaux, à Paris notamment, cette réglementation nouvelle se heurtera à de grandes difficultés matérielles d'application. Le décret du 15 Nov. 1930, après avoir rappelé les obligations déjà existantes, (assistance aux audiences, aux conférences aux réunions de colonnes,) ajoute l'obligation du travail pendant un an au moins, soit dans un cabinet d'avocat, soit dans une étude d'avoué ou de notaire, soit au Parquet des Cours ou tribunaux, le Conseil de l'Ordre de vant prendre les mesures nécessaires pour faciliter l'exécution de cette disposition. Pendant la première année du stage, les avocats stagiaires ne peuvent consulter ou plaider que dans les affaires qui leur seront confiées par le bâtonnier ou son délégué dans les conditions qui seront indiquées par le règlement antérieur de chaque barreau. Jusqu'ici, un avocat stagiaire pouvait être appelé à plaider l'affaire la plus importante et on a estimé, avec raison, que c'était une latitude un peu grande; il est bon qu'au moins pendant une période d'un an, ces jeunes avocats apprennent leur profession; en outre, pendant la période du stage, les avocats ne peuvent ni plaider, ni consulter pendant qu'ils sont inscrits dans une étude d'avoué ou de notaire. Les dérogations à cette règle peuvent être accordées à certains avocats stagiaires dont la profession antérieure indique une maturité d'esprit et une connaissance des affaires; c'est le cas d'un avoué qui devient avocat.

La durée du stage.

La durée du stage est de trois ans; mais cette durée peut, exceptionnellement, être portée à cinq ans. Le contrôle du stage était, jusqu'ici, pratiquement inexistant. Comment savoir qu'un stagiaire fréquentait ou non les audiences ou la conférence, alors qu'il suffisait d'une simple signature? D'après le décret récent, à l'issue de la première année de stage, le Conseil de l'Ordre, après avoir apprécié la moralité, l'assiduité du stagiaire, lui donnera un certificat l'autorisant à poursuivre son stage et, si le stagiaire ne s'est pas montré assidu ou s'il ne présente pas les conditions de moralité nécessaire, le certificat lui sera refusé. Dans ce dernier cas, le stagiaire aura la permission de redoubler, mais à l'expiration de la nouvelle année, si le certificat est encore refusé, le stagiaire sera exclu du barreau. Il y a là une décision grave contre laquelle le stagiaire aura un recours devant la Cour d'Appel.

L'ordre des avocats.

Les avocats, quand ils exercent dans une Cour

Le Conseil de
l'Ordre

ou dans un tribunal, sont constitués de plein droit en une association: l'Ordre des avocats, ou plus simplement, le barreau, est administré par un Conseil de l'Ordre élu à la tête duquel est placé un bâtonnier également élu. Il n'y a pas un Ordre unique, mais autant d'ordres qu'il y a de tribunaux et de Cours auprès desquels sont placés des avocats.

Dans les barreaux où le nombre des avocats est inférieur à six, l'art. 12 du décret de 1920 décide que les fonctions du Conseil de l'Ordre sont remplies par le tribunal de première instance qui statue sur les admissions au tableau ou au stage et exerce des attributions disciplinaires.

Le Conseil de l'Ordre a une double mission à remplir et il la remplit en une double qualité.

1°- C'est un organe administratif; il doit veiller au bon exercice de la profession et édicter le règlement propre à chaque barreau, sous la surveillance de l'autorité judiciaire.

Le Procureur général peut se pourvoir contre tout article du règlement qu'il estimerait contraire aux lois.

Les pouvoirs

du Conseil de

l'Ordre, organes
administratif.

Le Conseil de l'Ordre, organe administratif, décide de l'admission au stage, comme de la délivrance du certificat de capacité créé par le décret du 15 Nov. 1930 pour être délivré aux avocats stagiaires après la première année de leur stage. Enfin, il décide de l'inscription au tableau, attribution fort importante.

Les avocats
ne sont plus
maîtres de
leur tableau.

Le décret du 15 Novembre 1930 a mis fin à une controverse célèbre dans les annales judiciaires portant sur la question de savoir si les avocats sont maîtres de leur tableau. La question était la suivante.

En dehors des cas d'incompatibilité légale, est-ce que le Conseil de l'Ordre est maître de refuser purement et simplement l'inscription au stage ou au tableau d'une personne dont l'admission au barreau ne lui paraît pas désirable ? Le Conseil de l'Ordre est-il souverain maître de l'inscription sans avoir de motifs à donner, alors que la personne sollicitant son admission au stage ou au barreau présente les conditions requises par la loi ? Cette question a été passionnément discutée au cours du XIX^{ème} siècle. Les barreaux ont jalousement défendu la règle que les avocats sont maîtres de leur barreau et la jurisprudence leur a donné raison pendant un certain temps; puis, un revirement se produisit et la jurisprudence décida que les décisions du Conseil de l'Ordre refusant l'admission au stage ou l'inscription au tableau étaient susceptibles d'un recours devant la Cour d'Appel. On discutait sur des textes qui n'ont plus d'importance aujourd'hui. La question n'est plus discutée au-
jourd'hui.

puisque les art. 17 et 24 du décret de 1930, ont définitivement consacré l'existence d'un recours contre les décisions du Conseil de l'Ordre; tout refus d'admission au stage ou d'inscription au tableau, peut être l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel qui statue en audience solennelle.

Le Conseil de l'Ordre et le certificat de première année de stage.

Le décret du 15 Nov. 1930 a confié une nouvelle attribution au Conseil de l'Ordre en lui permettant de délivrer ou de refuser le certificat d'assiduité aux avocats stagiaires; mais contre le refus de délivrance opposé au stagiaire, qui aura redoublé sa première année de stage, le stagiaire pourra se pourvoir devant la Cour d'Appel. Dans ce but, la décision du Conseil de l'Ordre devra être motivée.

Les pouvoirs du Conseil de l'Ordre comme juridiction.

2° - Le Conseil de l'Ordre n'est pas seulement un organe administratif, il nous apparaît comme une véritable juridiction, lorsqu'il fait fonction de Conseil de discipline vis-à-vis de ses membres; en effet, d'après les art. 31 et suivants du décret de 1920, le Conseil de l'Ordre agissant comme Conseil de discipline peut infliger à ses membres un avertissement, l'interdiction temporaire, qui ne peut excéder une année, et enfin la radiation.

Lorsqu'un Conseil de l'Ordre frappe un de ses membres de l'avertissement ou de la réprimande, des décisions ne sont pas susceptibles d'appel, mais pour les peines plus graves, un recours est ouvert devant la Cour d'Appel siégeant en audience solennelle, toutes Chambres réunies. Le Procureur général près la Cour d'Appel peut toujours se pourvoir contre une décision du Conseil de l'Ordre en matière disciplinaire.

Fonctions respectives des avoués et des avocats.

Pour étudier les fonctions respectives des avoués et des avocats, il faut distinguer leurs fonctions devant les juridictions de droit commun et devant les juridictions d'exception. En effet, les avocats et les avoués qui, devant les tribunaux de droit commun ont un certain nombre de prérogatives, jouissent de prérogatives beaucoup moindres devant les juridictions d'exception.

Le rôle des avoués devant les juridictions de droit commun.

Les avoués sont des officiers ministériels qui ont pour mission de représenter les parties devant les juridictions de droit commun; ils ont le monopole de cette représentation et toute personne qui s'immiscerait dans les fonctions de l'avoué commettrait un délit pénal, le délit de postulation illicite.

Le ministère de l'avoué est obligatoire devant les tribunaux de droit commun.

De plus, le ministère de l'avoué est obligatoire, c'est-à-dire que toute personne plaidant devant les tribunaux de droit commun est tenue, en principe, de constituer avoué. Mais comme le ministère de l'avoué est en principe obligatoire, par suite, l'avoué ne peut pas

refuser son ministère à celui qui le sollicite. Il peut arriver qu'un avoué ait des raisons particulièrement graves de refuser son ministère à celui qui le sollicite. Il peut même arriver, dans certains cas, que le client se heurte à un refus général de tous les avoués d'un tribunal, refus justifié ou non. Il faut alors que le plaideur s'adresse au Président du Tribunal qui désignera d'office un des avoués, lequel ne pourra alors se dérober à sa mission.

La règle qui rend le ministère de l'avoué obligatoire est-elle défendable ? On en donne comme raison qu'elle facilite l'action de la justice; une partie ne peut pas faire sa procédure elle-même, elle se perdrait dans les détails et exposerait ses prétentions dans de mauvaises conditions.

La fonction principale de l'avoué est de postuler et de conclure.

La fonction principale de l'avoué est de postuler et de conclure. Postuler, c'est diriger la procédure. Conclure, c'est faire connaître au Tribunal, par des conclusions écrites, les prétentions du client.

En principe, l'avoué ne peut pas plaider. On verra cependant que devant certains tribunaux et dans certains cas exceptionnels, les avoués ont le droit de plaider.

Les avoués peuvent encore, dans certains cas, remplacer les juges empêchés; ceci est tout à fait en dehors de leur mission de mandataire.

Le ministère des avoués, obligatoire en principe n'est cependant pas imposé à certaines personnes, ni dans certaines affaires.

Les personnes qui peuvent se dispenser du ministère de l'avoué.

Les personnes pouvant se dispenser du ministère de l'avoué sont notamment les préfets représentant l'Etat en justice. D'autre part, le ministère des avoués n'est pas obligatoire en matière d'appels de prudhommes, ni dans les affaires d'enregistrement, de contributions indirectes et de douanes. Dans ces affaires, les parties peuvent plaider elles-mêmes ou par le ministère d'un représentant quelconque.

L'avoué est un mandataire, mais le mandat de l'avoué présente un caractère tout à fait particulier. En quoi le mandat de l'avoué diffère-t-il du mandat ad litem qui pourrait être donné à une personne quelconque pour faire des actes de procédure ? Il en diffère à différents points de vue.

Différences entre le mandat de l'avoué et le mandat ad litem ordinaire.

On a vu que le mandat de l'avoué est un mandat forcé pour les plaideurs et, dans une certaine mesure, pour l'avoué, tandis qu'une personne quelconque peut toujours refuser de représenter une partie en justice. D'autre

part, en ce qui concerne les obligations respectives des parties, le mandat de l'avoué présente des traits particuliers; son mandat est un mandat salarié, mais la rémunération de l'avoué est régie par un tarif; l'avoué ne peut pas fixer lui-même ses émoluments; il doit se contenter de ceux fixés par les tarifs. En fait, il est très fréquent que l'avoué demande des honoraires en supplément pour soins particuliers donnés à l'affaire. Même en ce qui concerne les émoluments fixés par les tarifs, l'avoué est soumis à des règles particulières. Le décret du 29 Décembre 1919 interdit aux avoués, sous peine de sanctions disciplinaires, de partager leurs émoluments ou honoraires avec des tiers. D'autre part, l'avoué ne peut accorder à ses clients la remise totale ou partielle de ses émoluments, sans l'autorisation de la Chambre de discipline.

Le mandat de l'avoué prend fin comme tout mandat ordinaire ad litem par la terminaison de l'instance et par la mort du mandant ou du mandataire, mais aussi par la révocation de l'avoué; le client a toujours le droit de révoquer son avoué et de s'adresser à un autre; mais il existe, en ce qui concerne la révocation de l'avoué, une règle particulière: l'art. 75 du Code de procédure décide que la partie ne peut révoquer son avoué sans en constituer un autre, sinon les procédures faites et les jugements rendus contre l'avoué révoqué et non remplacé, seront valables. On n'a pas voulu qu'une partie, pour empêcher un procès de suivre son cours, révoque son avoué, et ne le remplace pas; ce serait une manœuvre dilatoire.

Une autre différence entre le mandat de l'avoué et le mandat ad litem ordinaire, c'est l'étendue de leurs pouvoirs qui n'est pas la même.

Quelle est l'étendue des pouvoirs de l'avoué? En quoi ces pouvoirs diffèrent-ils de ceux d'un mandataire ad litem quelconque.

Pour répondre, il faut d'abord savoir quels sont les pouvoirs d'un mandataire ordinaire. Ce dernier a le droit de faire les actes nécessaires à la marche d'un procès, mais il n'a pas le droit de faire une renonciation pour son mandant, ni de faire des offres s'il n'a reçu pouvoir exprès de le faire et lorsqu'il le fait sans en avoir reçu pouvoir exprès, une simple dénégation suffit à faire tomber l'acte.

L'avoué, lui, exerce une fonction publique; ainsi s'expliquent les règles qui font distinguer son mandat du mandat ordinaire ad litem. Sans avoir à fournir aucune procuration, l'avoué du fait même de sa situation, se trouve investi des pouvoirs nécessaires pour faire tous les actes indispensables à la défense de la cause qui lui est

confiée : l'avoué n'a pas de procuration à présenter.

Actes que les avoués peuvent faire. Les avoués sont donc investis du pouvoir de faire tous les actes nécessaires à la défense de la cause qui leur est confiée. Quels sont ces actes ? Sans qu'il soit besoin de les spécifier par une procuration, l'avoué a les pouvoirs les plus étendus, les plus généraux; il peut, sans procuration, faire tous les actes de la procédure, signifier des moyens à l'appui des conclusions, signifier des défenses si son client est défendeur, conclure devant le tribunal, rédiger les qualités du jugement, faire opposition à ses qualités, signifier même une opposition à un jugement par défaut, faute de conclure.

En tant que l'avoué fait ces actes qui sont nécessaires à la marche normale d'une instance, l'avoué engage son client; si l'un de ses actes était mal fait, fait à contre temps ou à tort ou dans de mauvaises conditions, l'avoué engagerait sa responsabilité vis-à-vis de son client, mais l'acte n'en serait pas moins valable. L'avoué a une certaine indépendance vis-à-vis de son client et cette indépendance est nécessaire; il faut que chacune des parties puisse avoir confiance dans l'avoué de l'adversaire et qu'une partie ne puisse pas, plus ou moins mal à propos, désavouer les actes faits par son représentant.

Actes graves que l'avoué ne peut faire sans mandat spécial.

Mais la loi apporte à ce principe, une exception qui concerne certains actes que l'avoué ne peut faire sans un pouvoir spécial. Il s'agit ici d'actes particulièrement graves que la loi considère comme ne rentrant pas dans les pouvoirs habituels de l'avoué. Il convient de faire ici une distinction avec le Code de procédure. Certains de ces actes sont d'une telle importance que, non seulement l'avoué ne peut les faire sans mandat spécial, lequel doit souvent être authentique, mais encore que l'existence de ce mandat n'est pas présumée; on peut toujours exiger de lui la présentation de son pouvoir et faute de cette présentation, l'acte est considéré comme ayant été fait indûment. Ce sont notamment : l'inscription de faux, art. 218 du Code de procédure, la demande de récusation d'un juge ou d'un expert, la prise à partie d'un juge.

Pour accomplir certains actes l'avoué est présumé avoir un pouvoir.

Il existe une deuxième série d'actes pour laquelle la loi exige un pouvoir, mais elle présume l'existence de ce pouvoir et il appartient au client de l'avoué, s'il soutient qu'il n'a pas donné mandat de faire l'un de ces actes, de faire tomber cet acte par la procédure du désaveu.

Qui doit faire la preuve en cas de désaveu?

Mais alors une difficulté se pose : Qui a la charge de la preuve ? Par exemple, un avoué fait une offre; le client proteste; devra-t-il prouver qu'il n'a pas donné pouvoir à l'avoué ou bien, est-ce l'avoué qui doit

démontrer qu'il a bien reçu le pouvoir ? La question est discutée. Il semble bien que la procédure du désaveu n'entraîne pas le renversement de la preuve, c'est-à-dire qu'il appartient à l'avoué de démontrer qu'il a bien reçu le mandat de faire un des actes prévus par l'art. 352. Ce texte décide que l'avoué ne pourra faire des offres, donner un consentement sans un pouvoir spécial. Mais alors à quoi sert le désaveu ? D'abord à empêcher qu'un client ne fasse tomber trop facilement les actes de son avoué; d'autre part, du moment que le client ne désavoue pas son avoué, l'adversaire de ce client ne peut soutenir que l'acte est nul parce que l'avoué n'avait pas mandat. C'est une législation archaïque.

Voici maintenant, les actes pour lesquels la loi exige une procédure de désaveu, art. 352 du Code de procédure, " aucunes offres, aucun aveu, ou consentement, ne pourront être faits, donnés ou acceptés, sans un pouvoir spécial à peine de désaveu ". L'énumération est limitative, mais tout acte rentrant dans la catégorie : offre, aveu, consentement, est soumis à ce régime : pouvoir spécial présumé jusqu'après désaveu.

Par exemple : la renonciation aux droits d'appeler que fait l'avoué pour le compte de son client ou encore le fait de conclure au fond qui emporte renonciation à opposer certaines exceptions, alors que le client soutient qu'il a donné à l'avoué mandat d'appeler..... Voir arrêt de la Cour de Paris 5 Déc. 1922 (D. 1923 -2-20) ou encore le fait de déférer serment à l'adversaire.

Mais la jurisprudence va plus loin; elle décide que l'action en désaveu est nécessaire lorsque le client soutient que l'avoué a occupé sans en avoir reçu le mandat ; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 30 Déc. 1895 (D. 1896 - I - 317) qui décide que le client doit suivre, dans ce cas, la procédure de désaveu.

Cas dans lequel le désaveu n'est pas recevable.

En tous cas, la procédure de désaveu n'est pas recevable lorsque le client, bien que n'ayant pas donné pouvoir, a ratifié par la suite ou (c'est l'avis de la jurisprudence) lorsque l'acte n'est pas préjudiciable au demandeur.

A quels autres officiers ministériels s'applique la règle du désaveu ?

Les règles du désaveu s'appliquent certainement aux actes des avocats à la Cour de Cassation qui sont, au point de vue de la procédure, dans la même situation que les avoués.

Pour ce qui est des huissiers, la question peut être discutée. Le Code de procédure, art. 352 et suivants suppose toujours que le désaveu est dirigé contre un avoué. Or, supposons qu'une partie soutienne qu'un huissier a agi pour elle sans mandat, ou que cet huissier a fait un aveu ou donné un consentement sans avoir reçu

pouvoir de le faire . Cette partie pourra-t-elle ou devra-t-elle recourir à la procédure de désaveu pour faire tomber l'acte de l'huissier ?

La question est discutée pour les huissiers.

Opinion de la doctrine et de la jurisprudence.

Cette question était déjà discutée dans l'ancien droit et n'est pas résolue par le Code de procédure. La raison de douter, c'est que l'huissier n'est pas un simple mandataire comme l'avoué; il est aussi un officier public, dont les attestations font foi jusqu'à inscription de faux. Lorsque l'huissier déclare faire une signification au nom d'une personne, lorsque dans un acte fait à la requête d'une personne, l'huissier fait un aveu ou donne un consentement, est-ce qu'il n'affirme pas, par cela même qu'il a reçu mandat de faire l'acte ou de donner l'ordre; dès lors, est-ce que le client qui proteste ne doit pas pour faire tomber ces affirmations, recourir à la procédure d'inscription de faux? Certains l'affirment. Néanmoins, l'opinion contraire semble préférable, et elle a prévalu en jurisprudence. On admet, en effet, qu'il suffit à la partie de recourir au désaveu, parce qu'il faut faire une distinction entre les affirmations de l'huissier. Vis-à-vis de la partie qui reçoit l'acte signifié par l'huissier ou contre laquelle il est procédé à un acte d'exécution, les affirmations de l'huissier font foi jusqu'à inscription de faux. C'est vis-à-vis de l'adversaire que les affirmations de l'huissier ont réellement un caractère authentique et font foi jusqu'à inscription de faux; par exemple, le saisi qui contesterait les affirmations de l'huissier devrait certainement recourir à cette procédure. Mais dans les rapports de l'huissier avec la partie requérante, il suffit du simple désaveu, l'inscription de faux ne sera plus nécessaire et ce qui le prouve, c'est que pour certains actes la loi exige que l'huissier ait reçu un pouvoir spécial. Il s'agit ici d'actes analogues à ceux pour lesquels la loi exige que l'avoué ait reçu un pouvoir spécial, sans que ce pouvoir soit présumé. Il est des actes qui correspondent à ceux-ci vis-à-vis de l'huissier et la loi exige alors que l'huissier présente un pouvoir spécial; art. 68 du Code Civil, 156 du Code de procédure, desquels articles on peut conclure qu'il y a analogie entre la situation de l'huissier et celle de l'avoué et c'est pourquoi la jurisprudence admet en général que la partie qui protestera contre l'aveu fait par l'huissier en son nom devra entrer dans la procédure du désaveu pour faire tomber l'acte, mais il lui suffira de recourir à cette procédure sans aller jusqu'à l'inscription de faux.

La situation des avocats devant les juridictions de droit commun

Quelle est la situation des avocats devant les juridictions de droit commun?

L'avocat est chargé de plaider et de consulter.

Plaider, c'est-à-dire exposer verbalement, devant le tribunal, les prétentions de son client.

Consulter, c'est donner son avis par écrit sur une question qui lui est soumise.

Les avocats ont, en ce qui concerne la plaidoirie, un certain monopole devant les juridictions de droit commun. En ce qui concerne la consultation, ce monopole existe-t-il, a-t-il jamais existé ? Pratiquement, il ne s'applique pas; d'autres que les avocats peuvent donner des consultations par écrit. Cependant, dans les cas tout à fait exceptionnels où la loi exige une consultation dans une affaire, cette consultation ne peut être donnée que par des avocats. La loi exige cette consultation, par exemple, lorsqu'il y a lieu de transiger pour le compte d'un mineur en tutelle, ou encore, lorsqu'il s'agit, pour une personne, de se pourvoir par la voie de la requête civile; celle-ci n'est recevable que si elle est appuyée d'une consultation de trois avocats; mais c'est surtout en ce qui concerne la plaidoirie que les avocats ont un monopole véritable devant les juridictions de droit commun. Le monopole de la plaidoirie n'a rien de semblable à celui de l'avoué devant les mêmes juridictions. A est pas obligé, lors que le ministère de l'avoué est obligatoire, celui de l'avocat ne l'est pas; nul n'est tenu de prendre un avocat pour exposer ses prétentions. Art. 85 du Code de procédure: "pourront les parties assistées de leur avocat se défendre elles-mêmes".

Quand une partie veut exposer elle-même ses prétentions, elle peut le faire; mais l'art. 86 du Code de procédure fait une réserve: "le tribunal cependant aura la faculté de leur interdire ce droit, s'il reconnaît que l'inexpérience, la passion, les empêchent de discuter leur cause avec la décence convenable et la clarté nécessaire pour l'instruction des juges." Ainsi les tribunaux ont sur ce point, une certaine latitude. Mais si les parties ne veulent point se défendre par elles-mêmes, elles ne peuvent recourir qu'au ministère d'un avocat, devant les juridictions de droit commun.

Il convient d'ajouter que les avocats, à la différence des avoués, n'ont pas de compétence limitée territorialement et peuvent plaider devant n'importe quelle juridiction de France.

Le monopole des avocats reçoit exception dans le cas où les avoués ont le droit de plaider. Ceux-ci ont le droit de plaider les demandes incidentes qui sont de nature à être jugées sommairement, et tous les incidents de procédure (décret du 2 Juillet 1812, ordonnance du 27 Février 1822). Il y a eu d'ailleurs parfois des conflits sur ce point entre les avoués et les avocats. Les avoués ont encore le droit de plaider toutes les affaires

dans lesquelles ils occupent devant les tribunaux où le nombre des avocats inscrits est jugé insuffisant pour l'expédition des affaires (ordonnance du 27 Février 1822, art. 2). La liste de ces tribunaux est dressée chaque année par la Cour d'Appel; il y en avait environ 150 avant la réforme judiciaire de 1926, devant lesquels les avoués étaient dits : avoués plaidants. Les avoués ont encore le droit de plaider en cas de grève d'avocats; décret du 2. Juillet 1812, art. 6.

Rapports juridiques et situation de l'avocat vis-à-vis de son client.

D'après l'opinion générale, thèse d'ailleurs jalousement défendue par les barreaux, l'avocat n'est pas le mandataire de son client, il ne représente pas celui-ci devant les juridictions de droit commun; le mandataire du client, c'est l'avoué.

L'avocat n'est pas le mandataire de son client; il se contente de lui donner des conseils et d'exposer verbalement ses prétentions; en conséquence, l'affirmation de l'avocat à la barre ne lie pas son client, tandis que l'avoué engage son client. Les affirmations de l'avocat n'ont pas de valeur juridique; toutefois, on admet que si l'avoué est présent à l'audience, et ne proteste pas contre les affirmations de l'avocat, il les fait en quelque sorte siennes et alors le client se trouve engagé; mais il faut que les affirmations de l'avocat soient en quelque sorte ratifiées par le silence de l'avoué.

Le contrat qui unit l'avocat à son client est un contrat de louage d'ouvrage.

Le contrat qui unit l'avocat à son client est un contrat de louage d'ouvrage, cela ne fait pas de doute. Beaucoup d'avocats ont protesté contre cette qualification. Mais alors quel est donc le contrat qui lie l'avocat à son client ? On a parlé d'un contrat innommé ou sui generis. M. APPLETON, dans son livre sur la profession d'avocat, a trouvé une autre explication, il dit que c'est " un contrat de droit public ", parce que l'avocat participe à un service public. Cela revient à dire aussi qu'il y a là un contrat sui generis.

En principe, l'avocat n'est pas tenu de défendre les intérêts de qui que ce soit; c'est ce qui fait son indépendance; d'autre part, l'avocat peut fixer ses honoraires à son gré et n'est pas lié, comme l'avoué, par un tarif légal; mais il ne peut pas, comme l'avoué, poursuivre en justice le recouvrement de ses honoraires: tel est du moins le principe traditionnel qui est expressément admis par le règlement de nombreux barreaux; mais actuellement certains règlements admettent le droit pour l'avocat de réclamer ses honoraires en justice, à la condition qu'il soit muni de l'autorisation du Conseil de l'Ordre.

Comme personne n'est obligé de prendre un avocat on ne fait pas rentrer les honoraires de l'avocat dans les dépens. Même si on gagne son procès, les frais de l'avocat restent à la charge du gagnant et on ne pourra

pas les faire supporter à l'adversaire comme les émoluments de l'avoué.

La situation des avocats et des avoués devant les juridictions d'exception.

Devant les juridictions d'exception, les principes sont assez différents de ceux que l'on a rencontrés jusqu'ici. Devant ces juridictions (Justices de paix, tribunaux de commerce, Conseils de prudhommes, juridictions de référés) la situation des avocats et avoués diffère sensiblement de celle que ces avocats et avoués ont devant les tribunaux de droit commun.

Aucun ministère n'est obligatoire. La représentation est soumise aux règles du mandat ad litem.

1°- Tout plaideur peut se présenter lui-même à l'audience, faire par lui-même tous les actes de la procédure et plaider lui-même sa cause. Ici, aucun ministère obligatoire. D'autre part, lorsqu'un plaideur ne veut ou ne peut diriger lui-même sa procédure, il peut, en principe, confier à un tiers quelconque le soin de le représenter ou de l'assister. La représentation étant ouverte à tous, ce sont les règles du mandat ad litem ordinaire qui s'appliquent à la personne que le plaideur a désignée pour son mandataire ou pour exposer verbalement ses prétentions.

Règles spéciales de la représentation et de l'assistance devant les Conseils de Prudhommes

Il existe cependant certaines règles spéciales à la représentation et l'assistance devant les Conseils de prudhommes. Elle dérivent de ce fait que la loi considère les Conseils de prudhommes comme étant destinés avant tout à concilier les plaideurs. Ce sont des juridictions de conciliation et subsidiairement des juridictions de jugement; d'où leur organisation particulière en bureau de conciliation et bureau de jugement. Le législateur a jugé nécessaire d'imposer, dans la plus large mesure aux parties, l'obligation de comparaître personnellement, parce qu'on estime que la meilleure manière de concilier les parties est encore de les mettre en présence sans intermédiaire. Aussi l'art. 69, livre 4, du Code de travail a posé les principes suivants : le Chef d'entreprise peut toujours se faire représenter par le Directeur gérant ou un employé de son établissement; quant à l'ouvrier ou à l'employé, l'art. 69 admet qu'il se fasse représenter seulement en cas d'absence ou de maladie. On a cependant soutenu, en s'appuyant sur une certaine phrase de l'art. 69, que l'employé ou l'ouvrier, même en dehors du cas d'absence ou de maladie, pouvait toujours se faire représenter par un avocat ou un avoué, mais la Cour de Cassation a condamné cette prétention dans différents arrêts. Voir arrêt du 17 Décembre 1929 (Gaz. Pal. 7 Février 1930).

Même dans les cas où la représentation est admise devant le Conseil des Prudhommes, la liste des personnes qui peuvent représenter un plaideur est limitativement énumérée par la loi ; il faut que ce soit un ouvrier ou un employé ou un patron exerçant la même profession, ou un

avocat ou un avoué. En dehors de ces personnes là, nul ne peut représenter les plaideurs devant le Conseil des prudhommes.

Devant les tribunaux de commerce, ce sont les agréés qui représentent les parties.

Devant les autres juridictions d'exception, une partie peut toujours se présenter elle-même ou confier sa représentation à qui elle voudra. Sans doute, devant certains tribunaux de commerce, il existe une corporation qui présente un certain caractère privilégié, celle des agréés. Mais les agréés n'ont aucun monopole devant les tribunaux de commerce ; nul n'est tenu de prendre le ministère d'un agréé ; ce sont des mandataires ad litem ordinaires. La tendance de certains tribunaux de commerce est de faire des agréés une corporation privilégiée, et il y a évidemment là une garantie pour les justiciables, qui sont assurés de trouver des représentants qualifiés : mais c'est une institution extra légale. Il est arrivé que des tribunaux de commerce ont fait des règlements pour organiser une corporation d'agréés auprès de leur siège, mais la Cour de Cassation a toujours annulé ces règlements comme contraires aux principes que les tribunaux n'ont pas le droit de prendre des décisions réglementaires. A Paris, les agréés constituent une corporation puissante et quasi officielle auprès du tribunal de Commerce. Les charges d'agréés se transmettent moyennant finances, mais sans l'intervention de la chancellerie et sous la simple surveillance officieuse du tribunal de commerce.

Si les parties peuvent, devant les juridictions d'exception (le Conseil des Prudhommes mis à part) se faire représenter par n'importe qui, il y a cependant des exceptions qui sont édictées contre les huissiers et contre les magistrats.

Les huissiers

et les magis-

trats ne peuvent

représenter les

86 du Code de

procédure décide

que les parties

ne pourront charger

les tribunaux.

Les huissiers sont frappés de l'incapacité de représenter les plaideurs devant les tribunaux, sauf s'il s'agit des causes des proches parents désignés à l'art. 86 du Code de procédure. D'autre part, l'art. 86 du Code de procédure décide que les parties ne pourront charger de leur défense, verbale ou écrite, les juges en activité de service, même devant les tribunaux autres que ceux près desquels ils exercent leurs fonctions. Cependant les juges ou membres du ministère public peuvent plaider devant tous les tribunaux de leurs propres causes et celles de leurs parents ou alliés en ligne directe ou de leurs pupilles.

Les prérogati-

ves des avocats

et des avoués

mais si l'on a

recours à eux,

ces avoués ou

ces avocats

devant les juri-

dictions d'excep-

tion.

Devant les juridictions d'exception, nul n'est tenu de recourir au ministère d'un avoué ou d'un avocat, mais si l'on a recours à eux, ces avoués ou ces avocats

jouissent de certaines prérogatives; tout d'abord les avocats sont dispensés de présenter une procuration: les avoués bénéficient de la même dispense, avec cette différence que la dispense de procuration pour les avocats est générale et s'applique à tous les tribunaux d'exception de France et des colonies, tandis que pour les avoués cette dispense ne s'applique qu'aux tribunaux d'exception situés dans la circonscription du tribunal près duquel ils exercent.

Pour bénéficier de cette dispense, il faut tout de même que l'avocat ou l'avoué justifie de son titre, mais pour cela il suffit qu'il se présente en robe.

Les textes dispensant les avocats et les avoués de présenter une procuration quand ils plaident devant les tribunaux d'exception sont pour les justices de paix: la loi du 12 Juin 1905, art. 26, pour les Conseils de prudhommes: l'art. 69 du livre 4 du Code de travail, pour les tribunaux de commerce: la loi du 13 Juillet 1911, art. 96, pour le Jury d'expropriation: la loi du 6 Nov. 1918, art. 34. Une seule juridiction d'exception n'a pas de texte dispensant les avocats et les avoués de présenter une procuration, c'est la juridiction des référés, mais tout le monde admet que l'avocat peut représenter les parties devant le tribunal des référés et sans avoir besoin d'une procuration.

L'avocat peut être le mandataire de son client devant les juridictions d'exception.

2°- Devant les tribunaux d'exception, l'avocat peut être le mandataire de son client. On ne fait plus ici de distinction entre la postulation et la plaidoirie; c'est un renversement des principes traditionnels du barreau. Lorsqu'ils plaident devant les tribunaux de commerce et la justice de paix les avocats ont la situation de mandataires; ce qui le prouve, ce sont ces lois dont on vient de citer les principales qui nous disent que les avocats sont dispensés de présenter une procuration.

Etendue des pouvoirs d'un avocat dispensé de procuration.

Mais alors se présente une difficulté; lorsqu'un avocat représente une partie devant une juridiction d'exception, quelle est l'étendue de ses pouvoirs? Si le client soutient que l'avocat s'est présenté devant le tribunal sans avoir reçu de mandat. Ou si l'on suppose encore qu'un avocat fasse une offre ou une renonciation au nom de son client, quelle sera la situation de ce client vis-à-vis de cet avocat? Doit-il recourir à la procédure de désaveu, ou bien l'avocat doit-il être regardé comme un simple mandataire ad litem ordinaire, dont une simple dénégation fera tomber les aveux?

La question est fort délicate, la loi n'a rien prévu; cependant la question s'est posée et se posera de plus en plus. Elle se pose du reste pour l'avoué comme pour l'avocat, mais elle est plus intéressante pour les avocats

qui ne sont pas généralement des mandataires. Un point certain, c'est que l'avocat n'a pas besoin de présenter une procuration.

Mais quelle est la force de la présomption et dans quelle mesure cette présomption s'impose-t-elle à la partie ? Il est bien évident que la partie ne peut être sans recours possible contre la démarche d'un avoué ou d'un avocat, qui engagerait un procès sans avoir reçu mandat de le faire. Mais comment la partie pourra-t-elle faire tomber la présomption ?

D'après une opinion, pour faire tomber cette présomption, la partie devrait recourir à la procédure du désaveu. Cette solution ne paraît pas bonne à M. MOREL. Sans doute, c'est à raison de leur situation officielle que les avocats ont obtenu le privilège de ne pas avoir à présenter de pouvoir écrit, mais il n'en découle pas que leur situation soit identique à celle des avoués devant les juridictions de droit commun, car, devant les juridictions de droit commun, le ministère de l'avoué est obligatoire, ses fonctions sont obligatoires, et l'on comprend que l'on ait mis ses actes à l'abri d'une dénégation plus ou moins mal fondée de son client. Il ne faut pas perdre de vue qu'au contraire, devant les juridictions d'exception, la représentation est libre : voilà le principe : nul n'est obligé de s'adresser à un avoué ou à un avocat et par conséquent toute atteinte portée au principe de la liberté de représentation doit être interprétée restrictivement; le privilège dont bénéficient, sur ce point, les avoués et les avocats ne doit pas être étendu au-delà de ces termes.

Origine du privilège de dispense de procuration.

Or, en quoi consiste ce privilège ? Pourquoi leur a-t-on accordé ce droit d'être dispensés de procuration ? Il résulte des travaux préparatoires, notamment de la loi de 1911, qu'on a entendu simplement déroger en faveur des avoués et des avocats à l'art. 421 du Code de procédure pour leur éviter d'avoir à se munir d'une procuration, d'autant plus que les barreaux étaient défavorables à l'idée de procuration. Et c'est tout ; là se borne la faveur concédée, mais il n'en résulte nullement que la partie doive recourir à la procédure du désaveu si elle conteste avoir donné mandat à l'avocat ou à l'avoué.

L'avocat peut-il faire une offre, avouer ou consentir au nom de son client ?

Deuxième question : à supposer que le mandat ne soit pas dénié, quelle est l'étendue du pouvoir de l'avocat ou de l'avoué qui représente une partie devant une juridiction d'exception ? Pas de difficulté s'il s'agit d'actes qui rentrent normalement dans les pouvoirs d'un mandataire ad litem; celui-ci peut faire tous les actes qui rentrent normalement dans la marche de l'affaire, mais que décider si l'avocat fait un de ces actes pour lesquels devant une juridiction de droit commun, la loi exige un

pouvoir spécial offre, aveu, consentement ?

Il arrive fréquemment que devant une juridiction d'exception, un avocat ou un avoué fasse une offre au nom de son client, ou reconnaisse un fait, ou consente une renonciation; si le client proteste, que se passe-t-il?

Opinion de
M. MOREL.

Ici, il y a deux opinions : la première dit qu'il faut appliquer ici l'art. 362, c'est-à-dire que le client, pour faire tomber l'acte, devra s'engager dans la procédure du désaveu; en d'autres termes, on étend aux juridictions d'exception les règles applicables aux juridictions de droit commun. Cela ne paraît pas défendable à M. MOREL car on ne peut pas assimiler les avocats ou les avoués devant les juridictions d'exception, aux avoués ou avocats devant les juridictions de droit commun. Ils sont dans la situation d'un mandataire ad litem ordinaire, pour faire une offre ou passer un aveu ils devront se munir d'un pouvoir spécial et s'ils n'ont pas ce pouvoir, le client pourra faire tomber l'acte.

Opinion de
M. APPLETON.

M. APPLETON, part de cette idée pratique que devant les juridictions d'exception, les mandataires ordinaires, notamment les agréés, et tous ceux qui font profession de représenter les parties, se font signer une procuration extrêmement étendue. On peut, dit M. APPLETON donner aux avoués ou aux avocats devant les juridictions d'exception, des pouvoirs moins étendus que ceux qui appartiennent normalement aux mandataires ad litem ordinaires.

M. MOREL n'est pas du tout de cet avis; si les mandataires ordinaires ont ces pouvoirs considérables, c'est que leur client a signé une procuration, mais les avocats ou les avoués n'ont pas à se faire signer de procuration; que les avocats ou les avoués se fassent signer une procuration très large, c'est leur affaire, mais, du moment qu'ils ne se sont pas fait signer cette procuration, ils sont simplement dans la situation d'un mandataire ad litem ordinaire.

Les différents
arrêts en cette
matière.

Sur ces questions il n'y a pas de jurisprudence et la Cour de Cassation n'a pas pris parti. Cependant, un arrêt du 1er Juillet 1914 de la Chambre civile s'exprime d'une façon dubitative : " à supposer que l'art. 352 soit applicable à l'avocat se présentant devant un tribunal de Commerce "; dans cet arrêt, la Cour admet que l'avocat puisse, sans procuration spéciale, dénier une signature au nom de son client, c'est un acte de défense normal. Dans un arrêt du 28 Déc. 1921 (D.1921 - I -) la Cour de Cassation décide que la dispense de procuration n'existe pas pour l'avocat lorsqu'il s'agit de représenter son client dans une procédure de faillite. Le Tribunal de Commer

ce

d'Amiens a jugé que les offres ne rentrent pas dans le pouvoir normal de l'avocat et tout récemment une décision du Juge de paix d'Armentières a décidé qu'un avocat peut faire un aveu, par représentation de son client, sans pouvoir être désavoué.

LA COMPETENCE .

Chapitre Préliminaire.

L'action et la demande en justice; la défense,

l'exception et la fin de non recevoir .

L'Action en justice.

L'action en justice est définie, notamment par AUBRY & RAU, dans leur cours de droit civil : " la voie de droit par laquelle une personne est autorisée à réclamer ou à poursuivre, en justice contentieuse, ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû.

Si on veut une formule plus générale : l'action en justice est la voie de droit par laquelle une personne s'adresse aux tribunaux, pour faire valoir ses droits, pour en obtenir la reconnaissance ou le rétablissement lorsque ces droits ont été méconnus ou violés.

L'action en justice est une voie de droit ; il faut entendre par là un des moyens destinés à assurer la sanction de la loi, la sanction de la règle de droit, car ce qui distingue la règle juridique de la règle morale, c'est que son observation est assurée par la contrainte émanant du pouvoir social. Il y a d'autres voies de droit que l'action en justice; il y a les exceptions, les voies d'exécution, notamment les saisies, il y a les recours administratifs, non juridictionnels, enfin certaines de ces mesures, telles que le droit de rétention ou le droit de légitime défense, qui demeurent, dans notre droit, des vestiges du système de la justice privée, mais de toutes ces voies de droit, l'action, le recours à la justice est certainement le plus important dans nos sociétés modernes.

Ce qui caractérise essentiellement l'action en justice, c'est le recours à l'autorité judiciaire, le recours aux tribunaux. C'est ce qui la distingue notamment de certains recours administratifs, qui supposent que l'on s'adresse à une autorité différente de l'autorité judiciaire. Celui qui s'adresse au tribunal, exerce une action dans le

but de faire valoir ses droits.

La demande en justice.

Les deux expressions action et demande sont souvent confondues, même par le législateur et cependant elles correspondent à quelque chose de différent.

La demande en justice peut être définie : l'acte par lequel une personne saisit un tribunal d'une prétention et lui demande de la conserver. L'action est une voie de droit; la demande en justice est un acte juridique qui, comme tel, suppose des conditions de forme et, d'autre part, certaines conditions de fond, notamment des conditions de capacité; c'est l'acte par lequel on met en mouvement le droit d'action.

Il y a la même différence entre le droit d'action et la demande en justice qu'entre un droit et l'acte par lequel on exerce ce droit.

On confond aussi souvent, dans le langage juridique français, le mot demande et le mot prétention. La demande, c'est l'acte par lequel un particulier saisit le tribunal d'une prétention; on confond les deux termes, par exemple, le Code lui-même dit qu'en appel les demandes nouvelles sont interdites. Demande veut dire ici prétention. Devant la Cour d'Appel, on ne peut pas formuler une prétention qui n'a pas été formulée en première instance.

La demande en justice produit un certain nombre d'effets soit à l'égard du tribunal, soit dans les rapports entre les parties entre elles, c'est-à-dire du demandeur et du défendeur. La demande saisit le tribunal et l'oblige à juger sous peine de déni de justice. Le juge doit statuer sur toutes les prétentions contenues dans la demande, sinon il y aura omission de statuer et le jugement pourra être réformé. Mais le juge ne peut statuer que sur les prétentions contenues dans la demande, sinon il statuerait " ultra petita ", et son jugement serait entaché de nullité dans une certaine mesure.

Dans les rapports des parties entre elles, la demande en justice produit certains effets qui s'expliquent tous par cette idée que le demandeur, ne devant pas supporter la conséquence de la résistance injustifiée du défendeur, doit être mis dans la même situation que si le tribunal jugeait séance tenante; il est fait abstraction de la période parfois fort longue qui s'écoule entre la demande et le jugement. De là :

Effets de la
demande en
justice.

La demande en
justice inter-
rompt la pres-
cription.

La demande en justice interrompt la prescription, elle met le débiteur en demeure. Parfois la demande en justice a pour effet de transmettre aux héritiers un droit d'action qui, par sa nature, serait intransmissible.

ble.

Le droit d'action est en principe transmissible à ses héritiers; si le titulaire de l'action décède avant d'avoir exercé l'action, ses héritiers peuvent le faire à sa place. Mais il y a des actions qui font exception à cette règle; elles ont un caractère strictement personnel; si elles ne sont pas exercées par le titulaire avant sa mort, elles ne passent pas à ses héritiers.

Les actions à caractère purement personnel qui ne passent pas aux héritiers.

Parmi ces actions à caractère purement personnel il faut faire une distinction; il y en a qui ne passent jamais aux héritiers, quand bien même elles auront été exercées par le titulaire avant son décès; c'est le cas de l'action en divorce ou en séparation de corps. Il y a une autre catégorie d'actions qui ne sont intransmissibles que si le titulaire ne les a pas exercées avant son décès. Si, avant de mourir, il a introduit l'instance et que l'instance ne soit pas terminée avant sa mort, l'instance peut être continuée par les héritiers.

C'est le cas de certaines actions en matière de filiation; par exemple, le Code Civil, art. 329 et 330, décide que l'action en réclamation d'état ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant, mais les héritiers peuvent suivre l'action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant. Ici, par conséquent, la demande en justice a le pouvoir de perpétuer l'action qui, par sa nature, est intransmissible.

Le tribunal doit apprécier la demande au jour où elle a été exercée.

Une autre conséquence de la demande en justice c'est que le tribunal doit apprécier la prétention du demandeur en se plaçant au jour de la demande, en faisant abstraction des faits postérieurs qui seraient de nature à modifier les droits des parties. Cette demande était-elle recevable et fondée au jour où elle a été exercée ? C'est la seule chose que le juge doit prendre en considération.

Classification de la demande d'après le moment où elle est formée. La demande introductive d'instance. La demande incidente.

Une classification s'impose : d'abord au point de vue du moment où la demande est formée ; demande introductive d'instance et demande incidente.

La demande est appelée introductive d'instance lorsqu'elle fait naître une instance nouvelle. Alors qu'il n'existe aucun procès entre Primus et Secundus, si Primus forme une demande contre Secundus, il s'agit d'une demande introductive d'instance.

Au contraire, une demande est dite incidente lorsqu'elle est formée au cours d'un procès déjà engagé. Les demandes incidentes peuvent être elles-mêmes divisées en plusieurs catégories. Certaines émanent du demandeur, d'autres du défendeur; une troisième catégorie comprend les demandes formées par des tiers, ou contre des tiers, jusque là étrangers au procès.

Les demandes additionnelles

Les demandes incidentes formées par le demandeur sont dites demandes additionnelles; ce sont celles par lesquelles le demandeur modifie, étend ou restreint sa demande introductive d'instance; par exemple, le demandeur a formé une demande en vue de récupérer un capital et, dans une demande additionnelle, il demande les intérêts du capital.

Les demandes reconventionnelles

Les demandes incidentes qui émanent du défendeur s'appellent demandes reconventionnelles. Ces demandes doivent être distinguées de la simple défense opposée par le défendeur; il y a là deux notions qui ne doivent pas être confondues. La demande reconventionnelle est une demande incidente par laquelle le défendeur ne se contente pas de résister à la prétention du demandeur, mais demande au tribunal de condamner le demandeur.

Il y a une différence très nette entre la simple défense opposée par le défendeur et la demande reconventionnelle. Par la défense, le défendeur se contente de combattre la prétention du demandeur. Par exemple, si on lui réclame l'existence d'une dette, il nie l'existence de sa dette ou il soutient avoir payé cette dette. Ou s'il est actionné en responsabilité, à raison d'un accident il soutient que l'accident n'est pas survenu par sa faute. Il oppose une simple défense à la prétention du demandeur. Son seul but est de combattre la prétention du demandeur de la faire écarter. Si la défense est jugée fondée, le demandeur sera débouté de sa demande.

Au contraire, la demande reconventionnelle est un moyen d'attaque; par exemple, le défendeur ne se contente pas de nier l'existence de la dette; il s'efforce de faire juger que lui aussi est créancier du demandeur et il demande que le demandeur soit condamné à lui payer ce qu'il lui doit. Il ne s'oppose pas directement à la demande du demandeur et le tribunal pourra, dans certains cas, accueillir à la fois la demande principale et la demande reconventionnelle; il peut être jugé que le demandeur est bien créancier du défendeur et, dans la même instance que le défendeur est également créancier du demandeur et alors on fera la compensation. Dans d'autres cas, le défendeur, dans sa demande reconventionnelle, cherchera à faire écarter la demande principale.

Le criterium de la défense et de la demande reconventionnelle d'après la Cour de Cassation.

En pratique, il importe grandement de savoir si l'on est en présence d'une simple défense ou d'une demande reconventionnelle; Le criterium qui permettra de le distinguer nous est donné par la Cour de Cassation, qui décide que les conclusions du défendeur n'ont pas le caractère de demande reconventionnelle si elles ne tendent pas à lui procurer un avantage distinct et indépendant du rejet de la demande principale.

Par conséquent, toutes les fois que le moyen opposé par le défendeur tend à lui procurer un avantage distinct et indépendant du simple rejet de la demande principale, ce sera une demande reconventionnelle; Voir notamment l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 Mars 1924 (D. 1926 - I - 14).

Les demandes d'intervention en garantie.

Enfin, il y a une troisième catégorie de demandes incidentes, ce sont celles formées pour ou contre les tiers étrangers au procès; ce sont les demandes d'intervention ou en garantie.

La demande d'intervention volontaire suppose qu'une personne se mêle à un procès auquel elle n'était pas partie jusque là, pour faire valoir ses droits ou sauvegarder ses intérêts qui pourraient être compromis par le jugement à intervenir entre les plaideurs originaux. Par exemple, deux personnes plaident au sujet de la propriété d'un immeuble; une troisième personne qui prétend avoir des droits sur cet immeuble intervient pour faire reconnaître ses droits à l'encontre des deux adversaires primitifs, car le jugement à intervenir pourrait lui être préjudiciable.

La demande d'intervention forcée, formée contre un tiers, consiste, de la part du demandeur ou du défendeur, à appeler à l'instance un tiers pour faire prononcer contre lui une condamnation ou tout simplement, pour rendre le jugement opposable à ce tiers.

La demande incidente en garantie, c'est celle par laquelle une des parties, généralement le défendeur, appelle dans l'instance un tiers, pour le contraindre à l'indemniser des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle. Par exemple, l'acheteur d'un immeuble est assigné par une personne qui revendique l'immeuble acheté; l'acheteur assignera en garantie incidente son vendeur, garantie d'éviction. Ou encore une caution assignée par le créancier, assignera en garantie le débiteur principal pour qu'il la relève des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle.

Différences entre les demandes incidentes et les demandes introductives d'instance.

Ces classifications ont une importance pratique parfois considérable; les demandes incidentes se distinguent à différents points de vue des demandes introductives d'instance. Notamment, elles sont dispensées des préliminaires de conciliation devant les juridictions où existe cette procédure (tribunal de première instance) art. 48 du Code de procédure.

2°- Ces demandes incidentes se font non par voie d'assignation, mais par simple acte d'avoué à avoué. Les demandes incidentes formées contre un tiers sont formées

nécessairement par assignation, puisque le tiers n'était pas encore dans l'instance.

3°- Enfin, à raison de sa nature, la demande incidente peut échapper à certaines règles relatives à la compétence auxquelles elles seraient soumises si elles étaient introductives d'instance (v. plus loin).

Classification
des demandes
en justice
suivant l'ob-
jet de la pré-
tention soumise
au juge.

On a encore classé les demandes en justice ou les actions en différentes catégories suivant l'objet de la prétention soumise aux juges et c'est ainsi que l'on est arrivé à deux classifications distinctes qu'il faut d'ailleurs réunir, parce que c'est par leur réunion qu'elles ont leur importance.

D'abord, on les distingue suivant la nature du droit qu'elles ont pour but de protéger ; demandes en action réelles, personnelles ou mixtes.

Puis, en second lieu, suivant la nature de l'objet du droit prétendu : demandes ou actions mobilières ou immobilières.

Les demandes
réelles, person-
nelles ou
mixtes.
Les actions
réelles.

Une action ou demande est réelle, quand elle tend à assurer la reconnaissance ou la protection d'un droit réel ; action en revendication de la propriété, action possessoire, action négatoire, action confessoire pour revendiquer une servitude, un usufruit, etc... toutes actions concernant un droit réel.

Les actions
personnelles.

Les actions personnelles sont toutes celles qui ont pour cause un droit personnel (paiement d'une somme d'argent etc..) Cette distinction des demandes réelles et personnelles repose sur la distinction des droits réels et personnels dont on ne peut pas nier le bien fondé. Seulement cette distinction ne comprend pas tous les droits possibles, il en est qui restent en dehors ; notamment les droits extra-patrimoniaux, les droits de famille, en particulier, ne sont ni des droits réels, ni des droits personnels ; ils participent du droit réel par leur caractère absolu et du droit personnel en ce qu'ils ne portent sur aucun bien ; ce que l'on a dit de la distinction entre les droits réels et les droits personnels s'applique également aux demandes réelles et personnelles. Une demande en recherche de paternité n'est ni une demande réelle, ni une demande personnelle ; c'est quelque chose de spécial ; pratiquement, en jouant sur les mots, on dit que c'est une action personnelle, parce que c'est une action relative à l'état des personnes.

Intérêt de la
distinction.

Cette distinction n'a guère d'intérêt pratique par elle-même, sauf dans les cas où elle se combine avec la distinction des demandes mobilières et immobilières. Alors son intérêt devient considérable, comme on le verra par la suite.

Les actions
mixtes.

La question de savoir quelles sont les actions

mixtes est embarrassante, car il existe des droits réels, des droits personnels, mais il n'existe pas de droits mixtes. Cependant, ces actions mixtes ont été mentionnées par Justinien dans ses Institutes et tous les auteurs reconnaissent une catégorie d'actions mixtes et le Code de procédure a suivi la tradition; dans son art. 59 après avoir dit qu'en matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile et en matière réelle devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux, il ajoute : " en matière mixte, le défendeur sera assigné devant le juge de la situation ou devant le juge de son domicile ".

Qu'entend-on
par action
mixte ?
- D'après
Justinien.

Justinien faisait rentrer dans les actions mixtes, les actions divisoires, c'est-à-dire l'action en bornage, l'action en partage d'une succession et l'action en partage d'une chose indivise. Ce sont les trois actions reconnues par Justinien comme actions mixtes; or, il paraît à peu près certain que l'action en bornage et l'action en partage ne sont plus aujourd'hui des actions mixtes, car la loi a déterminé sans choix possible pour le demandeur la juridiction qui doit en connaître; en matière de bornage, c'est le juge de paix de la situation des immeubles, et en matière de partage de succession, ce sera le tribunal d'ouverture de la succession. Que faut-il donc entendre aujourd'hui par actions mixtes ?

- De nos
jours.

En réalité, lorsqu'on parle de demande ou action mixte, il s'agit de deux demandes juxtaposées et entre lesquelles existe une véritable connexité; il n'y a pas une demande unique, mais deux demandes dont l'une tend à la reconnaissance d'un droit réel et l'autre à la reconnaissance d'un droit personnel et qui seront portées ensemble devant le même tribunal.

Il y a deux sortes d'actions mixtes. Ce sont d'abord celles qui s'exercent en vue d'obtenir l'exécution d'un contrat par lequel une personne a transféré la propriété de son immeuble ou a constitué un droit réel sur cet immeuble; Il faut supposer qu'un acheteur ou un donataire agit pour obtenir la délivrance de l'immeuble vendu ou donné. Il éprouve des difficultés à se faire mettre en possession, il forme une demande pour que l'immeuble lui soit livré; c'est cette demande qui forme une action ou une demande mixte, car elle est personnelle et d'autre part, elle tend à faire reconnaître le droit de propriété du demandeur, ce en quoi elle est réelle.

Pour comprendre qu'il en soit ainsi, il faut se rappeler que, dans notre droit, la propriété est transférée, le droit réel est constitué par le simple consentement des parties; par conséquent, l'acheteur, le donataire sont devenus immédiatement propriétaires de l'immeuble ven-

du

ou donné, sans qu'il soit besoin d'aucun acte de transfert. Par conséquent, quand l'acquéreur demande la délivrance de la chose, il se fonde tout à la fois sur son droit d'acheteur et sur son droit de propriété, puisque la vente ou la donation lui a transféré immédiatement la propriété de la chose vendue ou donnée; donc son action est mixte.

Ainsi, dans la demande mixte, il y a en réalité deux demandes, deux prétentions, l'une fondée sur un droit personnel et l'autre sur un droit réel. Si la prétention au droit personnel est reconnue fondée, si l'on constate qu'il y a bien eu contrat de vente ou de donation, nécessairement le droit réel s'ensuivra, puisque la vente ou la donation aura entraîné ipso facto le droit de l'acheteur ou du donateur. Ces deux demandes sont étroitement connexes, ce qui explique que le demandeur ait le choix entre le tribunal de la situation du bien litigieux et le tribunal du domicile du défendeur.

Le deuxième groupe d'actions mixtes comprend les actions tendant à l'annulation, à la rescision, à la révocation, à la résolution d'un acte translatif de propriété ou constitutif de droit réel immobilier. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 6 Juillet 1925 (S. 1925 - 159) a admis en ce cas l'existence d'une action mixte.

Exemple : un vendeur demande la résolution d'une vente pour cause de non paiement du prix; l'immeuble a déjà été livré à l'acheteur; La demande est mixte, d'abord parce qu'elle est fondée sur un droit personnel, droit à l'exécution du contrat de vente, et d'autre part, parce qu'elle tend à faire rentrer la propriété de l'immeuble dans le patrimoine du vendeur; Il y a donc là deux demandes connexes, qui seront portées, au choix du demandeur, soit devant le tribunal de la situation de l'immeuble vendu, soit devant le tribunal du domicile du défendeur.

Il y a peut-être d'autres cas d'actions mixtes, on se demande si la pétition d'hérédité n'est pas une action mixte, parce qu'elle tend à faire reconnaître, d'une part la qualité d'héritier, d'autre part, à faire mettre le demandeur en possession des biens héréditaires. La question est discutée.

Demandes ou actions mobilières et demandes ou actions immobilières.

Nous arrivons à la distinction des demandes mobilières et des demandes immobilières; il s'agit ici d'une distinction, qui est fondée sur la nature de la chose, objet du droit prétendu. Cette chose est un meuble ou un immeuble. Notre droit fait, d'une manière très artificielle d'ailleurs, rentrer tous les biens dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. La demande mobilière est celle qui tend à nous procurer un objet ou un droit mobilier et la demande immobilière celle qui tend à nous procurer

un objet ou un droit immobilier. Il est bien évident que, malgré le caractère fondamental et général reconnu par la loi à cette distinction, il est certaines actions, certaines demandes qui entrent difficilement dans cette division; ainsi les demandes concernant l'état des personnes; une action en recherche de paternité, n'est ni mobilière ni immobilière; de même une action en nullité ou l'action paulienne ne peuvent être ni mobilières, ni immobilières. Cependant, étant donné le caractère général donné par notre droit à la division des meubles et immeubles, on tend aussi à donner un caractère général à la distinction des demandes mobilières et immobilières tout ce qui ne peut rentrer dans la catégorie des actions immobilières qui est nécessairement limitée.

Intérêts pratiques de la distinction des demandes mobilières et immobilières.

Les intérêts pratiques de la distinction des demandes mobilières ou immobilières, considérée en elle-même, sont de peu d'importance, sauf en ce qui concerne la capacité requise pour exercer une action immobilière ou mobilière; la loi se montre plus exigeante lorsqu'il s'agit de demandes immobilières que pour les mobilières; c'est ainsi qu'un tuteur pourra former, au nom de son pupille, une demande mobilière sans l'autorisation du Conseil de famille, tandis qu'il lui faudrait une autorisation pour former une demande immobilière; de même le mari commun en biens peut exercer seul les actions mobilières propres à sa femme et il ne pourrait pas exercer seul une action immobilière.

La distinction des actions mobilières et immobilières, présente seule de l'intérêt, à la condition d'être combinée avec la distinction des actions réelles et personnelles. On a ainsi quatre sortes de demandes ou d'actions :

- Demandes personnelles mobilières,
- Demandes personnelles immobilières,
- Demandes réelles mobilières,
- Demandes réelles immobilières,

auxquelles il faudrait ajouter la catégorie des actions mixtes et immobilières ce qui ferait en tout cinq catégories d'actions.

Parmi ces catégories, il en est une que notre Droit met tout à fait à part, soit au point de vue de la compétence, soit au point de vue du dernier ressort, ou des formes de l'ajournement: c'est la catégorie des demandes réelles immobilières.

Les demandes réelles et immobilières sont : l'action en revendication d'un immeuble, l'action confessoire, ou négatoire d'une servitude, ou de l'usufruit d'un immeuble, l'action née du bail emphytéotique, l'action hypothécaire, l'action possessoire.

Les demandes ou actions réelles immobilières sont soumises à des règles particulières, notamment au point de vue de la compétence, compétence "ratione materiae" et compétence "ratione loci".

La compétence "ratione materiae" des actions ou demandes réelles immobilières.

Au point de vue de la compétence "ratione materiae" les actions ou demandes réelles immobilières sont de la compétence exclusive du tribunal de première instance lorsqu'elles sont pétitoires et du juge de paix avec appel devant le tribunal de première instance, lorsqu'elles sont possessoires.

Toutes les autres actions se partagent entre les différentes juridictions.

Compétence "ratione loci" des actions réelles immobilières.

En ce qui concerne la compétence territoriale "ratione loci", les actions réelles immobilières sont toujours de la compétence du tribunal de la situation de l'objet (de l'immeuble) litigieux, que les actions soient pétitoires ou possessoires.

Au contraire, les autres actions sont, en principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur.

Compétence des tribunaux de première instance en matière d'actions réelles immobilières et d'actions personnelles mobilières.

Au point de vue du dernier ressort, il y a encore intérêt à mettre à part les actions réelles immobilières; la loi du 11 Avril 1838, art. 1, dit que les tribunaux de première instance connaissent en dernier ressort, c'est à-dire sans appel possible, des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 1.500 francs et des actions réelles immobilières jusqu'à 60 frs de revenu. Ainsi pour la détermination du dernier ressort en matière réelle immobilière, la loi s'attache au revenu de l'immeuble; Jusqu'à 60 frs, le tribunal de première instance juge en dernier ressort; au-dessus de cette somme, l'appel est possible. Pour les autres actions, la loi prend en considération le capital (1500 francs).

Indications de l'exploit d'ajournement en matière réelle immobilière et mixte immobilière.

En matière réelle immobilière, et aussi en matière mixte immobilière, l'exploit d'ajournement doit contenir des indications sur la situation de l'immeuble, art. 64 du Code de procédure.

Par conséquent, il faut faire la coupure entre les actions réelles immobilières d'une part, et toutes les autres actions, y compris les actions réelles mobilières, d'autre part. En effet, les actions réelles mobilières se rapprochent bien plus des actions personnelles que des demandes réelles immobilières, car les meubles n'ont pas de situation stable comme les immeubles, ils suivent la condition de la personne "sequuntur personam".

Cette conception de notre législation nous explique le langage du Code de procédure et de certaines de nos lois, langage qui est critiqué, peut-être avec raison par la doctrine, mais qui trouve son explication dans le fait que les actions réelles immobilières sont des actions

d'une nature spéciale. Le Code fait une confusion constante entre les mots réel et immobilier d'une part, et les mots personnel et mobilier, d'autre part. Quand la loi parle d'actions ou de demandes personnelles, cela signifie non seulement les actions personnelles proprement dites, mais encore les actions réelles mobilières et, quand elle nous parle d'actions réelles, elle comprend seulement dans cette expression les actions réelles immobilières. Ce qui le prouve, c'est l'art. 59 du Code de procédure, texte fort important sur la compétence qui nous dit qu'en matière personnelle, le demandeur sera assigné devant le tribunal de son domicile, et en matière réelle, devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux; la loi veut dire ici, évidemment en matière réelle immobilière; en effet, seuls les immeubles ont une situation stable; on peut donc déterminer la compétence d'un tribunal d'après la situation d'un immeuble, ce qu'on ne peut pas faire pour les objets mobiliers qui peuvent être déplacés.

Subdivision
des actions réelles immobilières.

Les actions pé-
titoires.

Les actions pos-
sessoires.

Les demandes ou actions réelles immobilières se subdivisent elles-mêmes en demandes pétitoires et demandes possessoires, distinction qui n'existe pas pour les actions réelles mobilières.

Les actions pétitoires sont celles qui protègent la propriété et les autres droits réels.

Les actions possessoires sont celles qui protègent la possession, celles par lesquelles le possesseur d'un immeuble demande à être protégé contre le trouble apporté à la possession de cet immeuble, ou à être réintégré dans sa possession s'il en a été dépouillé.

Intérêts de
cette distinc-
tion.

Cette distinction présente différents intérêts au point de vue procédure. D'abord au point de vue de la capacité requise pour exercer cette action; la loi considère plutôt les actions possessoires comme des actes conservatoires et d'administration; c'est pourquoi elle permet au tuteur de les exercer seul, sans autorisation du Conseil de famille, au mari commun en biens d'exercer les actions possessoires appartenant en propre à sa femme, tandis que pour les actions pétitoires, elle exige, pour le tuteur, l'autorisation du Conseil de famille et que la femme exerce elle-même cette action avec l'autorisation de son mari.

L'action pétitoire est toujours de la compétence du tribunal de première instance, avec appel possible devant la Cour d'Appel, lorsque l'immeuble a un revenu supérieur à 60 frs ou lorsque la valeur du litige est indéterminée.

Au contraire, les actions possessoires sont de la compétence du juge de paix avec appel toujours possible devant le tribunal de première instance.

Les défenses, les exceptions et les fins
de non recevoir.

Définition de
la défense.

D'une manière générale, on appelle défense l'acte par lequel le défendeur s'oppose à la prétention du demandeur et conclut à son rejet ; de même que la demande est un acte juridique par lequel le demandeur soumet une prétention au tribunal, de même la défense est un acte juridique par lequel le défendeur s'oppose à la prétention du demandeur ; acte juridique qui doit se présenter dans certaines formes comme tout acte juridique.

Devant le tribunal de première instance ou devant la Cour d'Appel, la défense se présentera sous forme de conclusions. D'autre part, comme tout acte juridique, elle sera soumise à certaines conditions de capacité.

Autre sens du
mot défense.

On appelle aussi défenses les moyens que le défendeur oppose à la prétention du demandeur pour faire rejeter sa demande. Par exemple, si le défendeur soutient que la dette qu'on lui réclame a été compensée ou qu'elle est prescrite, le moyen de prescription ou de compensation qu'il oppose est une défense.

Les moyens que le défendeur peut opposer à la prétention du demandeur sont de diverses sortes. D'où la division technique, en défenses, exceptions et fin de non recevoir.

Difficulté de
distinguer la
défense de l'-
exception.

Il faut tout de suite constater ici une grande confusion dans la terminologie ; on confond assez souvent, tout au moins dans les textes de Droit civil, la défense au fond, et les exceptions. Exemple art. 1208, art. 1367, du Code civil et certains ouvrages du Droit civil donnent des exemples de confusion presque constante entre la défense au fond et l'exception : on dira par exemple : le défendeur oppose l'exception de jeu ou l'exception de prescription... qui sont des défenses au fond et non pas des exceptions.

De même, en procédure, on formule de la même façon une règle ; le Juge de l'action est Juge de l'exception ; ici exception est pris dans un sens très large et englobe l'exception et la défense. Cette confusion de langage ne doit pas être faite et le Code de procédure ne la commet pas, il distingue très bien d'une part, la défense au fond et, d'autre part, l'exception : notamment dans les articles 169 et 173, il oppose la défense à l'exception.

Il convient donc de les distinguer soigneusement, car cette distinction a des intérêts pratiques importants.

Sens du mot

" exception "

Cette distinction est très ancienne, elle a son origine dans le Droit romain ; seulement en Droit romain, le

dans le Droit romain et dans l'ancien droit. mot : "exception " n'avait pas du tout la signification qu'il a prise dans notre Droit actuel et, dans notre Droit actuel, ce mot n'a pas la signification que lui donnaient les auteurs de l'ancien droit qui vivaient sur des distinctions romaines, lesquelles n'ont plus de raison d'être aujourd'hui; il faut donc se garder d'attribuer au mot " exception " le sens qu'il avait dans le Droit romain ou dans notre ancien droit.

le sens actuel des mots " excep- tion " et " défense au fond ". Quel est le sens actuel des mots : défense au fond et exception ? Sous le régime du Code de procédure, il faut considérer comme défense au fond tout moyen par lequel le défendeur s'attaque au droit prétendu du demandeur et soutient que ce droit n'a jamais existé ou est éteint. Peu importe que le défendeur combatte directement ou indirectement la prétention du demandeur que, s'il s'agit, par exemple, d'une demande de paiement d'une somme d'argent, le défendeur soutienne qu'il n'a jamais rien dû ou que la dette a été compensée ou que la dette est prescrite; du moment qu'il s'attaque à la prétention du demandeur et soutient qu'elle est mal fondée, c'est une défense au fond qu'oppose le défendeur.

a défense au fond.

L'exception.

Au contraire, l'exception en procédure est un moyen par lequel le défendeur, sans la combattre ni y acquiescer, demande au juge de repousser la demande, parce que l'instance a été mal engagée, portée devant un juge incompétent ou que la signification est nulle, ou encore demande au tribunal de surseoir à statuer pendant un certain temps, jusqu'à ce qu'un certain fait ait été accompli; bref, sans s'occuper de la demande dirigée contre lui, le défendeur dit au juge que cette demande est irrecevable, parce qu'elle est mal engagée, ou qu'il n'y a pas lieu de suivre immédiatement; L'exception s'attaque donc à la procédure.

Si l'exception est reconnue fondée, le juge ou bien se déclarera incompétent, ou bien dira que l'assignation est nulle, ou encore ordonnera la suspension de l'instance pour un certain délai, mais tout cela sans entrer dans l'examen, du fond qui demeure réservé et qui pourra être repris lorsque le délai sera écoulé ou quand l'instance sera engagée dans des conditions régulières.

Certains textes, notamment l'art. 169 du Code de procédure, oppose très nettement la défense à l'exception; pour le cas d'incompétence, l'art. 69 nous dit : la partie sera tenue de former cette demande préalablement à toute autre exception et défense. L'art. 173 : toute nullité d'exploit ou de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception.

Enfin, dans le Code de procédure, les articles 166 et suivants sont consacrés aux seules exceptions.

Quelles sont les exceptions que connaît le Code de procédure ? Les défenses sont très nombreuses, mais les exceptions sont en nombre limité.

L'exception de la caution "judicatum solvi".

La première de ces exceptions est celle de la caution à fournir par les étrangers, connue sous le nom de caution "judicatum solvi", prévue par l'article 166 du Code de procédure. Le texte suppose qu'un étranger a formé une demande contre un défendeur français. L'art. 166 nous dit que si le défendeur le requiert avant toute autre exception, l'étranger sera tenu de fournir une caution, de payer les frais et dommages intérêts auxquels il pourrait être condamné à raison d'une demande vexatoire; la procédure sera suspendue jusqu'à ce que l'étranger demandeur ait fourni la caution.

L'exception de clinatoire ou renvoi.

Deuxième catégorie d'exception admise par le Code de procédure (art. 168 et suivants); les exceptions declinatoires ou renvois: Il y en a trois; les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité.

L'exception d'incompétence est l'exception soulevée par le défendeur qui a été assigné devant un tribunal incompétent. Il ne s'attaque pas au fond du droit, mais à la procédure; il soutient que l'instance a été engagée devant un tribunal incompétent et demande à ce tribunal de se déclarer incompétent.

La nullité de l'assignation.

Troisième catégorie d'exceptions: les exceptions de nullité (art. 173). Le défendeur soutient par exemple que l'assignation devant le tribunal est entachée de nullité et qu'il y a lieu, pour le tribunal de déclarer purement et simplement l'assignation nulle.

La suspension de l'instance pour l'observation d'un délai.

Quatrième catégorie d'exceptions: les exceptions dilatoires (art. 174 et suiv.) dont le but est d'observer un délai jusqu'à l'expiration duquel l'instance doit être suspendue; c'est le cas de l'héritier qui oppose le délai de trois mois et quarante jours qui lui est donné pour faire inventaire et délibérer, et demande que l'instance soit suspendue jusqu'à ce que ce délai soit expiré; ou le cas de la femme commune en biens qui, à la dissolution de la communauté invoque le délai qui lui est accordé pour faire l'inventaire et délibérer.

L'exception de garantie.

C'est encore le cas de l'exception dite de garantie, accordée au défendeur pour mettre en cause ou faire intervenir celui qui doit garantie; par exemple, l'acheteur menacé d'éviction par un tiers demandera un délai fixé par la loi au tribunal pour mettre en cause son vendeur lequel lui doit garantie et l'instance sera suspendue pendant ce délai.

Enfin, dernière exception, (art. 188 du Code de

procédure) c'est l'exception de communication de pièces par laquelle l'une des parties demande qu'il lui soit donné communication des pièces invoquées par son adversaire et que la marche du procès soit suspendue jusqu'à là .

Intérêts pratiques de la distinction de la défense au fond et des exceptions

Quels sont maintenant les intérêts pratiques attachés à la distinction de la défense au fond et des exceptions ?

1°- Lorsqu'une défense au fond est accueillie par le tribunal, le demandeur perd son procès, il est débouté de sa demande qu'il ne peut plus renouveler sous peine de se voir opposer l'autorité de la chose jugée. Si, au contraire, le défendeur s'est contenté d'opposer une exception et que le juge accueille cette exception, rien n'est perdu pour le demandeur qui pourra soit attendre l'expiration d'un certain délai pour continuer sa procédure ou refaire un acte nul, ou assigner devant le tribunal compétent, car il y a chose jugée sur l'exception et non sur le fond.

2°- Le jugement rendu contre un défendeur qui a conclu au fond est un jugement contradictoire: par conséquent, le défendeur ne pourra pas y faire opposition. Si, au contraire, le défendeur a simplement conclu sur une exception, l'affaire est contradictoire sur l'exception, mais elle pourra être jugée par défaut sur le fond et le défendeur jugé par défaut sur le fond pourra faire opposition au jugement par défaut.

3°- En ce qui concerne le délai jusqu'auquel la défense et l'exception peuvent être invoquées, la défense au fond peut être opposée en tout état de cause, en première instance jusqu'à la clôture des débats et même pour la première fois en appel un défendeur peut opposer une défense qu'il n'a pas opposée en première instance ; Le principe est posé dans le Code de procédure, art. 464 et dans le Code civil, l'art. 2224 applique cette règle lorsqu'il décide que l'on peut invoquer la prescription pour la première fois en appel. Devant la Cour de Cassation, on ne pourra pas opposer, pour la première fois une défense au fond, parce que le moyen serait nouveau et qu'on ne peut pas opposer, pour la première fois, devant la Cour de Cassation, un moyen nouveau.

L'exception doit en principe être opposée "in limine litis".

Pour ce qui concerne les exceptions, le principe est que l'exception doit être opposée "in limine litis" c'est-à-dire avant toute défense au fond. Si le défendeur se défend au fond, il ne pourra plus invoquer d'exception. art. 169, 173 et 186 du Code de procédure.

Cependant, il est des cas où l'exception peut être soulevée en tout état de cause; il en est ainsi lorsque l'exception intéresse l'ordre public; ainsi l'exception

fondée sur l'incompétence " *ratione materiae* " du tribunal. On verra en effet, que les règles de la compétence " *ratione materiae* " sont généralement d'ordre public; dans ce cas l'exception pourra être proposée, pour la première fois, devant la Cour d'Appel, et même devant la Cour de Cassation, car on peut opposer, pour la première fois, les moyens fondés sur une disposition d'ordre public.

Le principe admis par la loi en ce qui concerne les exceptions est un principe sage, parce que c'eut été encourager l'esprit de chicane que d'autoriser un plaideur à attendre la fin des débats pour proposer une exception qu'il pouvait proposer immédiatement.

A côté des défenses et des exceptions, un grand nombre d'auteurs et d'arrêts admettent qu'il y a place pour une troisième catégorie de moyens opposables par le défendeur; ce sont les fins de non recevoir. La loi n'en parle pas, mais on considère que certaines dispositions impliquent leur existence.

Définition de
la fin de non
recevoir.

La fin de non recevoir est un moyen de nature mixte qui participe tout à la fois de la défense en ce qu'elle aboutit à l'échec définitif de la demande et de l'exception, en ce qu'elle ne contredit pas la demande au fond. Elle diffère de la défense, parce que, comme l'exception, elle ne s'attaque pas à la prétention du demandeur; elle est fondée généralement sur le défaut de qualité ou le défaut d'intérêt du demandeur; pas d'intérêt, pas d'action. Si on dit au demandeur votre action est irrecevable, parce que vous n'avez pas qualité ou vous n'avez pas d'intérêt... c'est une fin de non recevoir. On opposera aussi une fin de non recevoir à celui qui aura formé un appel tardif; sans chercher si l'appel est ou non justifié, on se contentera de dire que l'appel n'a pas été formé dans le délai fixé par la loi; c'est une fin de non recevoir.

Certains voient une fin de non recevoir dans le moyen tiré de l'incapacité du demandeur, mais la jurisprudence considère que le défaut de capacité chez le demandeur donne naissance à une exception.

La question de
l'existence des
fins de non
recevoir.

Opinion de
M. TISSIER.

Doit-on admettre l'existence de la catégorie des fins de non recevoir, est-elle exacte en théorie ?

M. TISSIER a très bien montré ce qui différencie les défenses, les exceptions et les fins de non recevoir. la défense, nous dit-il, s'attaque au droit prétendu; l'exception s'attaque à la procédure; la fin de non recevoir s'attaque au droit d'action.

Ce criterium est théoriquement exact; reste à savoir s'il y a une utilité pratique à distinguer les fins de non recevoir des défenses ou des exceptions.

C'est très douteux; en général, la jurisprudence traite les fins de non recevoir comme des défenses en décidant qu'elles peuvent être proposées pour la première fois en appel ou devant la Cour de Cassation si elles sont d'ordre public; ici, par conséquent, la jurisprudence traite les fins de non recevoir comme des défenses, donc pas d'intérêt à la distinction.

A un autre point de vue, si la fin de non recevoir ne se distingue pas de la défense au fond, on peut dire que le défendeur qui a conclu sur une fin de non recevoir a rendu l'instance contradictoire; si, au contraire, il faut rapprocher la fin de non recevoir de l'exception, on pourra dire qu'après avoir conclu contradictoirement sur une fin de non recevoir il pourra encore faire défaut sur le fond.

Opinion de
M. MOREL.

Selon M. MOREL, il faut traiter les fins de non recevoir comme des moyens de défense et dire que l'instance est devenue contradictoire.

La jurisprudence n'a pas statué directement sur la question que l'on vient d'examiner, mais elle tend cependant à distinguer deux sortes de fins de non recevoir, celles qui sont liées au fond (défaut de capacité ou d'intérêt) et celles qui se rapprochent de l'exception, expiration du délai dans lequel un acte doit être fait). En réalité, l'important, c'est la distinction des défenses et des exceptions.

La compétence.

La loi a morcelé la juridiction en un certain nombre de tribunaux, il n'existe pas un tribunal unique, statuant sur tous les procès; la fonction juridictionnelle est morcelée entre un certain nombre de tribunaux et la loi a établi pour chaque catégorie des attributions qui varient d'après la nature des affaires ; tribunaux de première instance, tribunaux de commerce, justice de paix, Conseils des prudhommes, tribunaux des référés, Cours d'Appel , Cour de Cassation.

A l'exception de la Cour de Cassation qui est unique, il existe un certain nombre de tribunaux de chaque catégorie, répartis sur les différentes parties du territoire; il y a, en principe, et sauf quelques exceptions, un tribunal de première instance, un tribunal de commerce par arrondissement, une justice de paix par canton.

D'où cette double répartition des tribunaux; répartition par attributions et répartition territoriale. Il faut donc savoir pour chaque procès quel est le tribunal qui est compétent.

Définition de
la compétence.

La compétence peut être définie: l'aptitude du

La compétence
ratione mate-
riae.

juge à connaître d'un procès, la mesure dans laquelle un tribunal donné peut exercer sa fonction juridictionnelle. La loi détermine, d'après la nature du litige, quelle est la juridiction de tribunaux compétente pour un litige donné : tribunal de première instance, de commerce, etc... C'est ce que l'on appelle la compétence d'attribution ou compétence ratione materiae.

La compétence
ratione personae
vel loci.

Une fois déterminé le tribunal compétent pour une affaire donnée, il faut déterminer, parmi les tribunaux de même catégorie, celui qui devra être saisi du procès; c'est la compétence territoriale appelée aussi compétence ratione personae vel loci.

Lorsque d'après les règles de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale, un tribunal n'a pas qualité pour juger d'un procès, on dit que ce tribunal est incompetent, soit à raison de la matière, soit à raison de sa situation territoriale.

L'incompétence d'un tribunal entraîne un certain nombre de conséquences dont la principale est que le tribunal n'a pas le droit de connaître de l'affaire pour laquelle il est incompetent, mais les conditions dans lesquelles cette incompétence peut être soulevée varient suivant le caractère de la règle de compétence qu'il s'agit d'observer.

Caractère des
règles de com-
pétence.

Quel est le caractère des dispositions de lois relatives à la compétence; sont-elles des dispositions d'ordre public ou des dispositions de simple intérêt privé? Cette question est capitale.

On peut dire que toute disposition en matière de procédure intéresse, dans une certaine mesure, l'ordre public, puisqu'il s'agit du bon fonctionnement de la justice, mais aussi elle intéresse l'intérêt privé des plaideurs. Le tout est de savoir quel est l'intérêt prédominant.

L'incompétence
absolue et l'in-
compétence
relative.

Il n'y a pas de réponse uniforme; tantôt les règles de compétence ont été édictées dans un but d'intérêt général, tantôt pour sauvegarder l'intérêt des parties; et, suivant le cas, la sanction de leur violation sera différente. Si un tribunal est saisi d'un litige, au mépris d'une règle de compétence d'ordre public, on dit que son incompétence est absolue.

Si, au contraire, un tribunal est saisi d'un litige au mépris d'une règle d'intérêt privé, son incompétence est dite relative. La distinction est analogue à celle faite par la théorie classique des nullités; nullités relatives et nullités absolues; incompétence relative et incompétence absolue.

Ceci n'est pas une simple coïncidence; il y a d'étroits rapports entre la théorie de la nullité et celle

de l'incompétence. En cas d'incompétence, il y a violation d'une règle et nullité de la procédure engagée et il peut y avoir nullité du jugement à intervenir. Dans les deux cas, il y a violation de la loi qui appelle une sanction, laquelle sera plus ou moins énergique selon que la règle dont il s'agit sera d'intérêt privé ou d'intérêt public.

Intérêt de la distinction entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative.

Quel intérêt y a-t-il à savoir si l'incompétence présente un caractère absolu ou un caractère relatif?

Lorsqu'il y a incompétence absolue, celle-ci peut être invoquée par l'une ou l'autre des parties, même par celle qui a assigné devant une juridiction incompétente, de même que la nullité absolue peut être invoquée par l'une quelconque des parties. D'autre part, l'incompétence absolue peut être invoquée par le Ministère public, qui peut demander au tribunal de se déclarer incompétent; et enfin cette incompétence doit être soulevée par le tribunal lui-même, qui se déclarera incompétent, alors même que le défendeur ne le sollicite pas de le faire.

De plus, l'incompétence absolue peut être soulevée en tout état de cause, même pour la première fois, devant la Cour d'Appel et même devant la Cour de Cassation, puisqu'il s'agit d'une question d'ordre public.

Lorsqu'une règle de compétence est d'ordre public, il ne peut pas y être dérogé par la convention des parties, par conséquent les parties ne peuvent pas attribuer conventionnellement compétence à un tribunal autre que celui qui est désigné par la loi. Enfin, il n'y a pas d'acquiescement possible, de la part des plaideurs, à un jugement rendu par un tribunal, qui était radicalement incompétent.

L'incompétence relative, au contraire, entraîne des conséquences opposées à celles-ci. C'est une incompétence d'intérêt privé, elle ne peut donc être invoquée que par celui des plaideurs en faveur de qui la règle a été instituée; le défendeur, seul, peut invoquer l'incompétence relative. S'il ne le fait pas, nul ne peut le faire, ni la partie adverse, ni le tribunal, ni le ministère public; cette incompétence relative ne peut être invoquée en tout état de cause. Comme toute exception, elle doit être invoquée " in limine litis ", c'est-à-dire, avant toute exception et toute défense au fond.

Enfin, lorsqu'une règle de compétence a été édictée dans un intérêt simplement privé, il peut y être dérogé par la convention des parties; celles-ci peuvent convenir, notamment dans un contrat, que, pour les contestations à naître de ce contrat, elles s'adresseront à un tribunal autre que celui qui aurait été normalement compétent; il y a là une prorogation volontaire de compétence

qui est possible du moment que la règle à laquelle on déroge est une règle d'intérêt privé.

On peut acquiescer à un jugement rendu par un tribunal dont l'incompétence est simplement relative. La question de savoir quand les règles de compétence sont d'ordre public ou simplement d'ordre privé, présente de sérieuses difficultés.

Criterium de la distinction

Opinion de certains auteurs.

D'après une certaine doctrine, soutenue par un bon nombre d'auteurs, encore aujourd'hui, bien qu'elle ne corresponde plus aux solutions généralement admises, le départ entre l'incompétence d'ordre public et d'ordre privé est facile à faire: toutes les règles de compétence d'attribution seraient d'ordre public; seules, les règles de compétence territoriale seraient d'ordre privé, parce qu'elles ont été écrites avant tout dans l'intérêt du défendeur, à qui la loi entend qu'on cause le moins de gêne possible.

Au contraire, s'il s'agit d'assurer le bon fonctionnement de l'autorité judiciaire, toutes les règles sont d'ordre public et, par conséquent, les règles de compétence d'attribution rentrent dans cette catégorie. Telle est la doctrine soutenue par certains et qui trouve un fondement dans la loi elle-même. (art. 168 et S. du Code de procédure).

Opinion de la jurisprudence.

La pratique est loin d'avoir ratifié cette distinction. En général la jurisprudence reconnaît que les règles de la compétence territoriale sont simplement d'intérêt privé, mais elle n'admet pas que toutes les règles de compétence d'attribution soient d'intérêt public; un certain nombre d'entre elles lui paraissent simplement d'intérêt privé, et, par conséquent, n'entraînent qu'une incompétence relative (V. plus loin.)

ERRATUM: page 88 dernière ligne,

après: au moins huit membres;

ajouter:

pour éviter que le juge ne soit placé entre son devoir

LES REGLES DE LA COMPETENCE .

Chapitre Ier

Compétence d'attribution.

§ I.- La compétence des tribunaux du premier degré.

Comme tribunaux du premier degré, il y a les tribunaux de première instance, les justices de paix, les tribunaux de commerce, les Conseils de prudhommes, la juridiction des référés civils et commerciaux; en outre, le Président du tribunal exerce encore une juridiction sous la forme des ordonnances rendues sur requête.

Le tribunal de première instance est compétent pour toutes les affaires qui ne sont pas réservées aux juridictions d'exception.

Comment se répartissent les affaires entre ces différents tribunaux ? Tout d'abord, le tribunal de première instance, est le tribunal le plus important, et dont la détermination de la compétence est la plus facile. Il suffirait, en effet, de dire que le tribunal de première instance est compétent pour toutes les affaires que la loi n'a pas expressément réservées aux juridictions d'exception. Le tribunal de première instance est le tribunal de droit commun, compétent pour toutes les affaires qui ne relèvent pas d'une juridiction spéciale. En outre, le tribunal civil est compétent exceptionnellement pour les affaires de la compétence des tribunaux de commerce, dans les arrondissements où n'a pas été institué un tribunal de commerce.

Si le tribunal civil est compétent en général, il y a lieu de signaler toutefois que, pour certaines catégories d'affaires, le tribunal de première instance a une compétence véritablement exclusive de toute autre juridiction. Il a ici des attributions qui lui sont véritablement propres, tandis que pour les autres affaires, elles se répartissent entre le tribunal civil et les juridictions d'exception. Les affaires, dont on va parler sont toujours et exclusivement du ressort du tribunal de première instance. Ces affaires ont paru tellement importantes, qu'il n'y a pas ici de partage possible entre le tribunal civil et les juridictions d'exception.

Ce sont d'abord les questions concernant l'état

Les affaires
qui sont de la
compétence ex
clusive du tri
bunal de premi
ère instance :
Les questions
d'état des per
sonnes.

des personnes, nationalité, mariage, filiation. Cette compétence est ici tellement exclusive que lorsqu'une question d'état se pose, même incidemment, devant une juridiction civile d'exception ou devant une juridiction administrative ou même devant une juridiction criminelle, ces juridictions doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil ait résolu la question. Ce sont, en effet, des questions préjudicielles, qui ne peuvent être tranchées que par le tribunal de première instance.

On peut en dire autant des actions pétitoires immobilières, qui sont exclusivement, en principe, de la compétence du tribunal civil.

L'exécution
du jugement.

En matière d'exécution de jugement, le tribunal de première instance est encore exclusivement compétent, comme il l'est, d'une façon générale, pour tout ce qui concerne les procédures d'exécution forcée. C'est, en effet, un principe dans notre droit français, principe qui a son origine dans l'ancien droit, que le tribunal de première instance a, non seulement compétence pour l'exécution de ses jugements et toutes les difficultés pratiques qui peuvent en découler, mais encore pour l'exécution des jugements des tribunaux d'exception. Le principe est posé à deux reprises par le Code de procédure en ce qui concerne les jugements des tribunaux de commerce. Il est posé d'abord, sous une forme négative, par l'art. 442 :

" Les tribunaux de commerce ne connaîtront point de l'exécution de leurs jugements. L'art. 553 du Code de procédure pose le principe sous une forme positive; " Les contestations élevées sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce seront portées devant le tribunal de première instance du lieu où l'exécution se poursuivra". C'est le tribunal de première instance, qui est compétent pour en connaître; et il faut généraliser cette disposition et décider que toutes les fois qu'il y a contestation au sujet de l'exécution d'un jugement de tribunal d'exception, c'est le tribunal de première instance qui doit en connaître. Toutefois, ce principe n'est pas aussi absolu que celui que l'on a rencontré en matière de questions d'état de personnes. Notamment, il existe une dérogation

Dérogations à
la compétence
du tribunal de
première instan
ce en ce qui
concerne l'exé
cution des juge
ments.

au principe de la compétence des tribunaux de première instance, en ce qui concerne l'exécution des jugements; les tribunaux de commerce sont compétents pour tout ce qui concerne les faillites. D'autre part, les lois sur les justices de paix, et plus particulièrement, la dernière loi qui a augmenté la compétence du juge de paix, la loi du 13 Juillet 1905, a attribué compétence au juge de paix en ce qui concerne la validité de certaines saisies (saisie arrêt, saisie gagerie, saisie revendication, saisie foraine), toutes les fois que les causes de la saisie

c'est-à-dire la créance de celui qui veut faire pratiquer la saisie n'excèdent pas le taux de la compétence du juge de paix, qui est actuellement de 3.000 frs. Le juge de paix est alors compétent, non seulement pour faire pratiquer la saisie, mais encore pour statuer sur la validité de ces saisies.

Ces exceptions mises à part, il est toujours exact de dire que les questions d'exécution des jugements relèvent du tribunal de première instance.

Les autres affaires de la compétence du tribunal de première instance.

D'autres questions, de moindre envergure, sont de la compétence exclusive du tribunal de première instance; par exemple, les actions relatives à la propriété des brevets d'invention, les actions en nullité ou en déchéance de ces brevets (loi du 5 Juillet 1844). La loi du 9 Avril 1918 sur les accidents du travail attribue compétence exclusive au tribunal de première instance pour juger les demandes de rentes formées par les victimes des accidents pour incapacité permanente ou en cas de décès. De même, en matière de revendication de titres au porteur, perdus ou volés, le tribunal de première instance est compétent comme aussi pour les demandes en matière d'enregistrement et de contributions indirectes.

En dehors de ces cas, pour lesquels il y a compétence exclusive, le tribunal de première instance est la juridiction de droit commun, qui connaît de toutes les affaires, sauf celles qu'un texte exprès a réservées aux juridictions d'exception.

Le tribunal de première instance a-t-il la plénitude de juridiction?

Mais on rencontre une difficulté; le tribunal de première instance, à en croire certains auteurs et certains arrêts, serait plus que la juridiction de droit commun; il aurait la plénitude de juridiction. A ce sujet il importe de préciser la question, et de se garder d'une confusion, à laquelle les arrêts et les auteurs n'ont pas toujours échappé.

Dire que le tribunal de première instance est le tribunal de droit commun, qu'il est compétent pour toutes les affaires, toutes les fois qu'un texte exprès ne lui retire pas compétence pour l'attribuer à une autre juridiction; cela ne veut pas dire qu'il ait la plénitude de juridiction.

Qu'on entend par plénitude de juridiction

Qu'entend-on par avoir plénitude de juridiction? Il faut supposer qu'un tribunal de première instance est saisi d'une affaire, que la loi attribue expressément à une juridiction d'exception. Si le tribunal de première instance a la plénitude de juridiction, par rapport à la juridiction d'exception, il en résultera que l'incompétence du tribunal civil saisi de cette affaire ne sera qu'une incompétence relative. On dira que la loi, lorsqu'elle établit une juridiction d'exception, le fait, avant

tout, dans l'intérêt privé des justiciables, qui peuvent renoncer à ce bénéfice et s'en tenir à la juridiction du tribunal civil. Le tribunal civil n'aura pas à se déclarer incompétent d'office il devra attendre que l'incompétence soit soulevée par le défendeur, qui devra la soulever avant tout autre exception ou défense. Et, d'autre part, les parties pourraient déroger à la règle, qui attribue compétence à une juridiction d'exception et convenir de porter leur procès devant le tribunal civil. En un mot, si le tribunal civil a la plénitude de juridiction, il est compétent pour toutes les affaires; mais vis-à-vis des affaires, qui ressortissent aux juridictions d'exception, sa compétence n'est que subsidiaire, subordonnée à la convention des parties, ou au fait que le défendeur assigné devant le tribunal de première instance ne proteste pas et ne demande pas son renvoi devant la juridiction d'exception compétente. Par conséquent, la juridiction d'exception serait compétente par priorité, mais le tribunal de première instance resterait compétent subsidiairement, sa compétence serait subordonnée à la volonté des parties.

Si, au contraire, on admet que le tribunal civil n'a pas la plénitude de juridiction, on aboutit à une solution diamétralement opposée; pour les affaires qui sont du ressort des juridictions d'exception, il y aura incompétence absolue du tribunal de première instance.

Opinion de la doctrine et de la jurisprudence.

La doctrine est divisée et beaucoup d'auteurs sont défavorables à la plénitude de juridiction. La jurisprudence a posé ce principe, à plusieurs reprises, mais elle ne l'applique pas dans tous les cas et finalement on peut dire qu'elle est, elle aussi, défavorable au principe de la plénitude de juridiction. Cependant, il y a flottement, la jurisprudence n'est pas unanime.

Avantages que présenterait la solution attribuant plénitude de juridiction au tribunal de première instance.

La meilleure solution en législation serait évidemment celle qui attribue la compétence subsidiaire au tribunal de première instance, la solution de la plénitude de juridiction, parce qu'elle évite des procès sur la compétence. En tout cas, elle oblige le défendeur à se prononcer immédiatement sur la question et à demander le renvoi in limine litis, tandis que dans l'autre système le défendeur peut soulever l'incompétence, pour la première fois, devant la Cour de Cassation, peut-être plusieurs années après le début du procès.

L'ancien droit et le Code de procédure se prononcent contre le système de la plénitude de juridiction.

Ce système qui serait le meilleur, ne semble pas être celui de la loi française. Il semble bien que les rédacteurs du Code de procédure se soient prononcés contre le système de la plénitude de juridiction. Sur ce point, quelques explications historiques sont nécessaires; Les rédacteurs du Code de procédure n'ont fait qu'adapter ici, le système qui était déjà admis dans

l'ancien droit. On se demandait déjà, à ce moment, si certaines juridictions n'avaient pas la plénitude de juridiction; Cette question se posait dans les rapports des juridictions seigneuriales et des juridictions royales; On a admis, à partir d'une certaine époque, que les juridictions royales avaient la plénitude de juridiction, par rapport aux juridictions seigneuriales; Les juges royaux étaient les juges naturels de tous les sujets du roi et pouvaient naturellement connaître d'un litige entre personnes justiciables des juridictions seigneuriales, tant que le seigneur, qui recevait des droits fiscaux, ne réclamait pas ses justiciables.

Mais, dans les rapports des juridictions royales entre elles (elles se divisaient, comme aujourd'hui, en juridictions ordinaires et en juridictions spéciales), on s'était demandé si les juridictions ordinaires n'avaient pas la plénitude de juridiction vis-à-vis des tribunaux spéciaux; La question avait été discutée d'autant plus âprement que les juges royaux ordinaires, titulaires d'offices et rémunérés par les plaideurs, prétendaient retenir les litiges, qui étaient de la compétence des juridictions spéciales notamment des tribunaux de commerce.

L'ordonnance de 1667 fit défense exprès à tous juges royaux de retenir les causes, dont la connaissance ne leur appartenait pas. On ruinait ainsi la thèse de la plénitude de juridiction, et c'est pourquoi les auteurs de la fin de l'ancien régime, tels que POTHIER, dans leurs Commentaires de l'ordonnance de 1667, décident que les juridictions ordinaires n'ont pas la plénitude de juridiction. On reconnaissait cependant, par exception, la plénitude de juridiction aux Parlements et autres cours souveraines.

La question de la plénitude de juridiction des tribunaux de première instance dans le régime actuel.

La loi des 16-24 Août 1790 attribue bien compétence générale aux tribunaux de district, qui correspondent à nos tribunaux d'arrondissement, mais elle fait exception expresse pour les affaires de la compétence du juge de paix et les affaires commerciales. Par conséquent, elle refusait la plénitude de juridiction aux tribunaux de district. Lors de la rédaction du Code de procédure, la Cour de Cassation avait établi un projet tendant à reconnaître la plénitude de juridiction aux tribunaux de première instance par rapport aux tribunaux d'exception, mais les rédacteurs du Code de procédure rejetèrent ce projet. Cela tend bien à montrer que, dans leur esprit, il y avait lieu de maintenir les solutions de l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire que les tribunaux de droit commun, n'ont pas la plénitude de juridiction par rapport aux juridictions d'exception. Il semble donc bien que l'on doive s'en tenir là aujourd'hui et admettre l'incompétence absolue des tribunaux

de première instance dans les affaires ressortissant des tribunaux d'exception.

La jurisprudence n'applique le système de la plénitude de juridiction que dans les rapports des tribunaux de commerce avec les tribunaux de première instance.

La jurisprudence fait des distinctions dans les rapports des tribunaux civils et des juridictions d'exception; Elle applique, dans une certaine mesure seulement, le principe de la plénitude de juridiction des tribunaux civils. En ce qui concerne les affaires commerciales, la jurisprudence décide que, l'incompétence du tribunal civil n'est qu'une incompétence relative. Il faut supposer qu'un tribunal de première instance est saisi d'un litige de la compétence du tribunal de commerce, dans une circonscription où existe un tribunal de commerce, (autrement, le tribunal civil serait compétent); sur la nature de cette incompétence, la jurisprudence a décidé maintes fois que le tribunal de première instance n'est incompétent que d'une manière relative. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 15 Mai 1876 (S. 1876-I-305). Il n'y a qu'une exception, c'est en cas de faillite, pour lequel la jurisprudence décide que les tribunaux de commerce ont une compétence exclusive et d'ordre public. La jurisprudence n'applique le système de la plénitude de juridiction que dans les rapports entre les tribunaux de commerce et les tribunaux de première instance; elle ne l'applique plus entre les tribunaux de première instance et les autres juridictions d'exception, notamment, elle refuse d'admettre la plénitude de juridiction du tribunal civil pour les affaires de la compétence du Conseil de prudhommes ou de la compétence des juges de paix; ce n'est donc pas la plénitude de juridiction véritable.

La question se complique d'un élément nouveau dans ce dernier cas; porter devant un tribunal de première instance une affaire de la compétence du juge de paix, ou de Conseil de prudhommes, ce n'est pas seulement saisir un tribunal incompétent, mais c'est encore porter immédiatement au second degré une affaire, qui n'a pas franchi le premier. Il ne faut pas oublier, en effet, que le tribunal de première instance est juge d'appel des décisions du juge de paix et du Conseil de prudhommes; aller directement devant le tribunal de première instance, ce serait franchir un degré, et c'est une des raisons qui ont incliné la Cour de Cassation à décider que, lorsqu'il s'agit d'une affaire de la compétence du juge de paix, le tribunal de première instance est d'une incompétence absolue; Voir arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 28 Juillet 1927 (S. 1927 - P. 101).

La compétence du tribunal de première instance

La jurisprudence fait une autre application de la règle de la plénitude de juridiction lorsqu'elle

s'étend par pro décide qu'un tribunal civil, saisi d'une affaire qui n'est pas de sa compétence acquiert compétence par une prorogation légale de juridiction pour statuer sur une autre demande, liée à la première par un lien de connexité quand bien même cette seconde demande serait de la compétence de la juridiction d'exception. Ici la connexité élargit la compétence du tribunal de première instance et proroge sa juridiction (V. plus loin).

Telle est la position prise par la jurisprudence. La jurisprudence admet la plénitude de juridiction dans les rapports des tribunaux de commerce et des tribunaux de première instance, mais pas dans les rapports entre les tribunaux de première instance et les autres juridictions d'exception. M. MOREL croit cette jurisprudence bien fondée; elle mérité approbation, malgré les protestations d'une partie de la doctrine. Mais l'erreur est ici de recourir au système de la plénitude de juridiction pour expliquer que les tribunaux de première instance ne sont incompetents que d'une manière relative dans les affaires commerciales; Il n'y a là, en vérité, qu'une incompétence relative, parce que ce n'est pas à raison de la matière que les tribunaux de première instance sont incompetents pour les affaires commerciales, puisque dans les arrondissements où n'existent pas de tribunaux de commerce le tribunal de première instance est compétent; il n'y a donc pas là d'incompétence absolue. Et, au contraire, lorsqu'il s'agit d'affaires du Conseil de Prudhommes ou de la justice de paix, le tribunal de première instance n'est jamais compétent, parce qu'il joue en ce cas le rôle de juridiction d'appel, et ne peut être, par conséquent, juge au premier degré.

Voilà l'explication rationnelle, et point n'est besoin de faire appel au système de la plénitude de juridiction.

Compétence d'attribution des tribunaux de commerce.

La compétence d'attribution des tribunaux de commerce.

La loi a déterminé la compétence des tribunaux de commerce en raison du caractère du litige et plus spécialement de sa cause génératrice. La compétence des tribunaux de commerce est fixée, non par le Code de procédure, mais par le Code de Commerce, art. 631 et suivants. Il résulte, d'une façon générale, de ces dispositions, notamment de l'art. 631, que les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur les procès qui ont leur cause dans un acte de commerce.

Le tribunal de commerce est compétent : Par conséquent, c'est à la nature de l'acte que s'attache la loi pour attribuer compétence à la juridiction consulaire. Du moment que l'acte est commercial, le

1°- Quand l'acte est commercial.

tribunal de commerce est compétent pour en connaître, quelle que soit la qualité des parties et quand bien même elles ne seraient pas commerçantes. Il suffit que le litige soit né à l'occasion d'un acte de commerce pour que le tribunal soit compétent pour en connaître. Le droit commercial est un droit objectif, applicable moins aux personnes qu'aux actes ; c'est le droit applicable aux actes de commerce.

2°- Quand il s'agit de contestations relatives aux actes de commerce

C'est pourquoi l'art. 631 3° nous dit : que les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives aux actes de commerce, entre toutes personnes.

L'art. 631, 1°- décide encore que les tribunaux de commerce connaîtront des litiges relatifs aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers, c'est-à-dire de tous les litiges qui naissent entre commerçants. La loi fait ici allusion à cette catégorie d'actes de commerce qu'on appelle les actes de commerce accessoiries.

3°- Quand il s'agit de contestations entre associés.

Le tribunal a encore compétence pour d'autres matières plus spéciales ; d'abord (art. 631, alinéa 2) pour toutes contestations entre associés, pour raison d'une société commerciale. Formule très large qui englobe toutes les demandes de la société contre un associé, ou d'un associé contre la société, ou d'un associé contre les administrateurs ou gérants ; ou encore, les actions en nullité ou en dissolution de la société formées par l'un des associés.

4°- En matière de faillite.

Les tribunaux de commerce sont encore compétents (art. 635) en matière de faillite : " les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre 3 du présent Code ". " Qu'est-ce que le Code entend par là ? Est-ce à dire que tout procès quelconque, dans lequel une faillite serait intéressée sera de la compétence du tribunal de commerce ? Ce n'est pas ainsi que l'on a interprété le Code de Commerce. On décide seulement que le tribunal de commerce a compétence pour toute action, même civile de sa nature, qui a sa cause exclusive dans la faillite, c'est-à-dire qui ne se serait pas produite sans la faillite. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris, 6 Juin 1929, dit qu'est de la compétence commerciale tout litige causé par l'évènement de la faillite ou par son administration ; il suffit que l'action ait avec la faillite une corrélation directe. Toute action, qui naît de la faillite, qui ne se serait pas produite sans la faillite, est de la compétence du tribunal de commerce ; par ex. un acte, même civil, tel qu'une vente d'immeubles, effectué par le failli, pendant cette période qu'on appelle la période suspecte ; cet acte peut être annulé par le tribunal

de commerce. De même, tous les actes qui naissent de l'administration de la faillite sont de la compétence du tribunal de commerce.

L'action civile qui n'a pas sa cause dans la faillite échappe à la compétence du tribunal de commerce.

Par contre, échappe à la compétence du tribunal de commerce, l'action civile, qui n'a pas sa cause dans la faillite, c'est-à-dire qui aurait pu naître, même si le débiteur était resté " in bonis ", ou si ce débiteur n'avait pas été un commerçant; l'action paulienne, par exemple n'est pas une action en nullité spéciale à la faillite; de même, une demande en partage de succession dans laquelle un failli serait intéressé ; c'est une action purement civile, qui se serait produite même si le commerçant n'avait pas été en faillite et c'est donc le tribunal civil qui sera compétent. De même la demande d'indemnité pour brusque renvoi, qui est formée contre le syndic par un employé du failli; c'est ici le Conseil de Prudhommes qui aura la compétence. Voyez arrêt de la Cour de Cassation de Février 1907 (Gaz. Pal. du 9 Avril 1907). Toutes les règles que l'on vient de citer sont applicables à la liquidation judiciaire comme à la faillite.

5°- Quand il s'agit de vente de fonds de commerce.

Le tribunal de commerce est encore compétent dans certaines matières spéciales : ventes volontaires ou forcées de fonds de commerce, loi du 17 Mars 1909.

6°- Quand il s'agit de certaines obligations civiles.

Enfin, le tribunal de commerce est compétent, à titre tout à fait exceptionnel, à l'égard de certaines obligations civiles; il en est ainsi, (art. 634, 1°- du Code de commerce) des actions contre les facteurs, commis et marchands ou leurs serviteurs, pour faits du trafic du marchand, auquel ils sont attachés; Il semblerait que ces actions doivent être spécialement de la compétence du tribunal de première instance, car l'engagement du commis, en ce qui concerne le commis lui-même, est un acte purement civil ; le commis sera cependant justiciable du tribunal de commerce, mais il y a lieu d'ajouter que depuis la loi du 27 Mars 1907, qui a créé des prudhommes en matière commerciale, cette disposition a perdu beaucoup de son intérêt, puisque c'est maintenant le Conseil de prudhommes, qui connaîtra du conflit entre les commis et les marchands auxquels ils sont attachés.

7°- Quand il s'agit de billets à ordre signés à la fois par des commerçants et des non commerçants.

Lorsqu'il s'agit de billets à ordre portant en même temps des signatures d'individus commerçants et non commerçants, c'est encore le tribunal de commerce qui en connaîtra.

Tels sont les principaux chefs de la compétence du tribunal de commerce.

La compétence du tribunal de commerce ne dépend pas de la valeur de l'affaire; cette valeur n'a d'importance qu'en ce qui concerne l'appel.

Pour les actes mixtes la jurisprudence envisage la situation du défendeur.

Reste une difficulté que la loi n'a pas prévue, bien qu'elle soit de nature à se poser fréquemment. C'est celle de l'acte mixte, c'est-à-dire commercial pour une partie et civil pour l'autre. C'est le cas d'une vente faite par un commerçant à une personne non commerçante, ou encore, d'une expédition faite par un individu non commerçant etc.

La jurisprudence envisage la situation du défendeur; Si l'acte est civil pour le défendeur, le demandeur pour qui l'acte est commercial, ne peut assigner que devant une juridiction civile et non devant un tribunal de commerce. Si l'acte est commercial pour le défendeur, et civil pour le demandeur, on s'accorde à reconnaître au demandeur le choix; il peut assigner le défendeur, soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal de commerce. On est parti de cette idée que celui pour qui l'acte n'est pas commercial ne peut pas être obligé de plaider devant les juges consulaires, qui ne sont pas ses juges naturels, qui sont des juges qu'il n'a pas élus; mais s'il est demandeur et préfère assigner devant le tribunal de commerce, on ne le lui interdit pas. La jurisprudence est constante en ce sens; Voir arrêt de la Cour de Cassation 6 Mai 1930 (Gaz. Pal. 26 Juin 1930).

Le tribunal de commerce étant une juridiction d'exception, est absolument incompétent pour toute autre matière que celles indiquées, et son incompétence est absolue, avec toutes les conséquences qu'entraîne le caractère absolu de l'incompétence.

Compétence du Conseil des prudhommes.

La compétence du Conseil de Prudhommes.

La compétence du Conseil de Prudhommes a été fixée par la loi du 27 Mars 1907 qui est aujourd'hui codifiée au Code du Travail et de la Prévoyance sociale.

Les Conseils de Prudhommes sont compétents pour les différends entre patrons et ouvriers ou employés.

Le livre 4 art. I du C. Tr. dit : Les Conseils de Prudhommes sont compétents pour concilier et, à défaut de conciliation, pour juger les différends s'élevant à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage dans le commerce et l'industrie, entre patrons ou leurs représentants, d'une part, et les ouvriers, employés ou apprentis, d'autre part.

Chaque Conseil de Prudhommes n'étant créé que pour les industries ou commerces visés au décret d'institution, le Conseil n'est compétent que pour les différends nés entre patrons et employés ou ouvriers appartenant

à l'une de ces industries ou à l'un de ces commerces. Pour les autres industries ou commerces, la compétence appartient, soit au juge de paix, soit au tribunal de commerce, ou encore au tribunal civil.

La compétence des Conseils de Prudhommes étant exceptionnelle doit être restreinte dans les limites indiquées par l'art. précité.

Il résulte de là que les différends, qui naissent du louage de service dans les professions non commerciales, échappent complètement à la compétence des Prudhommes; ainsi les différends entre patrons et domestiques sont de la compétence du juge de paix. C'est aussi le cas des différends entre patrons et ouvriers des professions agricoles, qui ne sont pas commerciales. On avait proposé d'instituer des prudhommes agricoles, mais cela est resté à l'état de projet.

Pour que les Conseils de Prudhommes soient compétents, il faut encore que la contestation prenne naissance à l'occasion du contrat individuel de louage d'ouvrage ou du contrat d'apprentissage à l'exclusion des contestations qui naissent à l'occasion de conventions collectives de travail. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation dans son arrêt du 4 Janvier 1928 (Gaz. Pal. 26 Février 28). La plupart des questions qu'a à connaître le Conseil de Prudhommes sont des questions de paiement de salaires ou des questions relatives aux indemnités de brusque renvoi. La compétence du Conseil de Prudhommes n'est pas fixée d'après la valeur du litige ; la loi ne prend en considération que la nature du litige pour déterminer sa compétence; il s'agit ici d'une juridiction professionnelle; du moment que le litige est d'une certaine nature, il est de la compétence du tribunal. Cependant, il y a ici une dérogation au principe, dérogation tout à fait particulière, qui ne s'applique qu'aux litiges entre patrons et employés de commerce. Pour les litiges entre patrons et ouvriers, le Conseil de Prudhommes est toujours compétent, quelle que soit la valeur du litige.

Pour les litiges entre patrons et employés de commerce, l'art. 80 du livre 4 du Code du travail, dit que " ces litiges peuvent (c'est facultatif) être portés par les demandeurs devant les tribunaux ordinaires, lorsque le chiffre de la demande est supérieur à deux mille francs ou est supérieur en capital. Dans ce cas, le demandeur, patron ou employé, a le choix et peut s'adresser, soit au conseil de prudhommes, soit au tribunal ordinaire. Le Conseil de Prudhommes est compétent, mais concurremment avec les tribunaux ordinaires.

La raison d'être de cette disposition c'est que le législateur a considéré qu'un litige portant sur une

somme de plus de deux mille francs suppose un employé ayant une situation sociale supérieure à celle d'un salarié (ce n'est plus guère vrai à l'heure actuelle, mais ces chiffres ont été fixés en 1919) et n'ayant pas absolument besoin de la protection des Conseils de Prudhommes. Du reste, le texte ne s'applique qu'aux employés et non aux ouvriers. C'est un des cas, assez rares, d'ailleurs, où il y a intérêt à faire la distinction entre un employé et un ouvrier.

Le demandeur, dit le texte, pourra alors porter sa demande devant les tribunaux ordinaires. Que faut-il entendre par là ? Il y a une distinction à faire. Si c'est le patron qui est demandeur contre son employé, il faut appliquer l'art. 634 I^o, du Code de Commerce (actions contre les commis et facteurs des marchands); c'est alors le tribunal de commerce, qui est compétent; On a soutenu que l'art. 80 du livre 4 du Code de Travail, lorsqu'il parle de tribunaux ordinaires, a voulu donner compétence aux tribunaux de droit commun, mais le législateur a voulu simplement revenir au droit commun, c'est-à-dire à l'art. 634 I^o. Ainsi en a jugé d'ailleurs la Cour de Cassation, Voir arrêt du 19 Avril 1928 (S. 1928-I-283).

Si c'est l'employé qui est demandeur contre son patron, il peut assigner son patron, même s'il s'agit d'une somme de plus de deux mille francs, devant le Conseil de Prudhommes et c'est généralement ce qu'il fera; mais il peut aussi l'assigner devant le tribunal de commerce, l'acte étant commercial pour le patron. Et il peut enfin s'adresser au tribunal civil (au juge de paix si la demande ne dépasse pas 3.000 francs, puisque ce dernier est compétent, en matière personnelle mobilière, si la demande ne dépasse pas 3.000 francs).

Le Conseil de Prudhommes est compétent pour juger les différends qui naissent entre ouvriers à l'occasion du travail.

Le Conseil de Prudhommes est compétent pour l'application de certaines lois ouvrières. Il est incompétent en matière

Le Conseil de Prudhommes est encore compétent pour juger les différends qui naissent entre ouvriers à l'occasion du travail. Ici, la loi ne parle que de différends entre ouvriers et par conséquent, le Conseil des Prudhommes ne serait pas compétent pour les différends entre employés.

Le Conseil des Prudhommes a encore compétence pour certaines lois ouvrières : loi du 19 Juillet 1915, sur le minimum de salaire dans l'industrie du vêtement et dans certaines autres industries ; pour l'application de la loi du 18 Octobre 1917, sur les cautionnements d'ouvriers ou employés. Il est, par contre, une matière qui échappe complètement à la compétence des Prudhommes, et la loi a pris soin de le préciser, c'est la matière des accidents du travail, pour laquelle ils ne sont jamais compétents.

C'est le tribunal civil qui est compétent pour

d'accidents du travail.

les rentes allouées en cas de mort ou d'incapacité permanente, résultant des accidents du travail et le juge de paix, pour les indemnités temporaires.

Compétence du Juge de paix.

La compétence des juges de paix.

Les justices de paix, sont une autre juridiction d'exception, dont la compétence est déterminée sans doute d'après la nature des affaires, mais aussi et surtout d'après leur valeur. En instituant les justices de paix, la Révolution avait entendu instaurer la justice simple rapide et peu coûteuse; il faut reconnaître qu'elle y a réussi et que l'institution a répondu, dans une large mesure, à la pensée de ses créateurs.

Les juges de paix sont compétents pour les affaires de moindre importance ou exigeant une solution rapide.

Dès lors, sont tout naturellement de la compétence des juges de paix, d'une part, les affaires de moindre importance, pour lesquelles les frais doivent être aussi peu élevés que possible et, d'autre part, les affaires qui exigent une solution aussi rapide que possible. C'est cette double idée qui a guidé le législateur, quand il a fixé la compétence des juges de paix.

Il faut laisser de côté le rôle de la justice de paix en matière de conciliation; ce rôle avait été une des grandes espérances de la Révolution, mais une espérance qui s'est révélée complètement vaine; Il s'agit là de juridiction gracieuse et on ne s'occupe ici que de juridiction contentieuse.

Lois qui ont augmenté la compétence des juges de paix.

Le législateur a augmenté, à différentes reprises, la compétence des juges de paix d'abord par la loi du 25 Mai 1838, puis par la loi du 12 Juillet 1905 qui régit actuellement, en principe, la compétence des juges de paix.

Depuis la guerre, à plusieurs reprises, on a augmenté cette compétence. D'abord par la loi du 1er Janvier 1926; la dernière extension date du décret de réforme judiciaire du 5 Novembre 1926, qui a été ratifié par la loi du 22 Août 1929. Mais ces extensions, on les a toujours marchandées aux justices de paix, parce que toute augmentation de la compétence du juge de paix rencontre une résistance de la part des officiers ministériels établis près des tribunaux de première instance.

La loi a établi deux sortes de règles concernant la compétence des juges de paix. D'une part, la règle fixant la compétence générale du juge de paix et, d'autre part, un certain nombre de cas dans lesquels le juge de paix est compétent par extension de sa compétence générale.

La compétence générale, qu'on appelle aussi sa compétence ordinaire, a son principe dans l'art. 1er de

La compétence générale ou ordinaire du juge de paix.

la loi du 12 Juillet 1905, dont les chiffres ont été modifiés par le décret du 5 Novembre 1926, ratifié par la loi du 22 Août 1929.

Le texte nous dit : " Les juges de paix connaissent, en matière civile, de toute action personnelle ou mobilière en dernier ressort, jusqu'à la valeur de 1.000 francs et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 3.000 francs.

Il faut laisser de côté, pour le moment, la compétence à charge d'appel et retenir simplement qu'en matière personnelle et mobilière, le juge de paix est compétent jusqu'à la valeur de 3.000 francs.

D'après le texte de l'art. 1er, la loi a pris en considération la nature du litige et sa valeur. " En matière civile," dit le texte, ce qui exclut par conséquent toutes les matières commerciales quelque minime qu'en soit la valeur. D'autre part, le juge de paix ne connaît que les actions purement personnelles et mobilières ; les actions personnelles immobilières, fort peu nombreuses en général, seraient de la compétence du tribunal de première instance. Voilà pour la nature des litiges. Pour leur valeur, le juge de paix n'est compétent que jusqu'à la somme de 3.000 francs.

La compétence du juge de paix en raison de la nature du litige.

Outre la compétence générale ou ordinaire, le juge de paix a encore compétence pour un très grand nombre d'affaires, pour lesquelles la loi a pris en considération la nature du litige et aussi quelquefois sa valeur. Mais la valeur ici, n'est pas considérée comme dans l'art. 1er. Il peut y avoir des cas où le juge de paix est compétent, quelle que soit la valeur de l'affaire.

La compétence du juge de paix, est, en effet, très vaste et on ne peut en donner ici qu'une notion assez sommaire, d'autant plus que le législateur, pris entre le désir d'augmenter la compétence des juges de paix et le souci de ne pas nuire aux intérêts des officiers ministériels, a adopté des solutions un peu byzantines.

La compétence spéciale des Juges de paix est indiquée dans les articles 2 et suivants de la loi du 12 Juillet 1905 et dans un certain nombre de lois spéciales.

La loi de 1905 a réuni la question de compétence et celle du dernier ressort. En laissant de côté pour le moment cette dernière question, il faut étudier les différents textes, qui régissent seulement la compétence.

Art. 2 : " La loi attribue compétence aux juges de paix pour certaines contestations notamment entre les hôteliers, aubergistes, logeurs et les voyageurs ou locataires en garni, ou entre les voyageurs et les entrepreneurs de transports pour retards, frais de transports

avaries d'effets accompagnant les voyageurs. Le juge de paix prononce en dernier ressort jusqu'à la valeur de 1.000 francs, et à charge d'appel jusqu'au taux de la compétence, en dernier ressort, des tribunaux de première instance.

En décidant cela, la loi de 1905 avait entendu réaliser une extension de la compétence des juges de paix, car, à ce moment là, la compétence des juges de paix en matière personnelle ou mobilière n'allait que jusqu'à 600 francs, et celle des tribunaux de première instance allait jusqu'à 1.500 francs en dernier ressort; c'était donc, pour les juges de paix, réaliser une extension de leur compétence dans les cas prévus par l'art. 2.

Mais aujourd'hui qu'on a réalisé une augmentation de la compétence ordinaire des juges de paix, qui va jusqu'à 3.000 francs et qu'on n'a pas touché à la compétence en dernier ressort des tribunaux civils, qui reste fixé, à 1.500 francs (comme en 1838) il se passe ce fait singulier que les décrets de 1926 n'ayant pas modifié l'art. 2, le juge de paix a une compétence inférieure pour les affaires entre les voyageurs, hôteliers, etc, alors qu'on aurait voulu lui en donner une supérieure.

Art. 3 et 4 : Les Juges de paix sont compétents pour les litiges entre bailleurs et locataires ou fermiers; Mais ces litiges doivent être eux-mêmes divisés en deux catégories. L'art. 3 prévoit la compétence du juge de paix en cette matière, si la location verbale ou écrite n'excède pas 1.500 francs par an et ces chiffres n'ont pas été modifiés par le décret de 1926. La loi, ici, ne prend pas en considération la valeur du litige, qui peut être très supérieure à 3.000 francs, mais elle prend la valeur du loyer annuel ; actions en paiement de loyer, insuffisance des meubles garnissant la maison, main-levée de saisie gagerie.... Dans tous ces cas, le juge de paix est compétent exceptionnellement; c'est ainsi que la loi indique les causes de résiliation qu'il pourra connaître, mais son énumération est limitative et , notamment, l'abus de jouissance n'est pas prévu par la loi. Par conséquent le juge de paix ne serait pas compétent, même s'il s'agissait d'une location inférieure à 1.500 francs, si l'on demandait l'expulsion pour abus de jouissance.

D'autre part, d'après une jurisprudence constante, même lorsqu'il s'agit d'une affaire de sa compétence, toutes les fois qu'il se présente une difficulté sur l'existence du bail ou sur son interprétation, le juge de paix n'a pas le droit de statuer. Il faut renvoyer l'affaire devant le tribunal civil.

Par l'art. 4, le juge de paix est encore compétent pour certaines contestations entre bailleurs et locataires

et, quel que soit le montant du loyer, lorsqu'il s'agit de réparations locatives ou lorsqu'il s'agit des indemnités réclamées par le locataire ou fermier pour non jouissance provenant du fait du bailleur ou lorsqu'il s'agit des dégradations prévues par les art. 1732 et 1733.

L'art. 5 de la loi de 1905.

D'après l'art. 5 de la loi du 12 Juillet 1905, les juges de paix connaissent des contestations relatives aux engagements respectifs des gens qui travaillent au jour, au mois ou à l'année, ou de ceux qui les emploient. Etant donné qu'il existe des Conseils de Prudhommes pour les ouvriers et les employés, ceci ne peut guère s'appliquer qu'à certains journaliers agricoles ou encore à certains artisans, à la condition qu'ils soient payés au jour, au mois ou à l'année ; s'ils étaient payés à la tâche ou à forfait, ils ne seraient plus justiciables du juge de paix, à moins que la contestation ne rentre dans la compétence générale de ce dernier, comme demande personnelle mobilière ne dépassant pas 3.000 francs. Cet article concerne aussi les contestations entre maîtres et domestiques à gages attachés à la personne, quel que soit le montant du litige, et enfin tout ce qui concerne les contestations entre patrons et ouvriers, lorsqu'il n'existe pas de Conseil de Prudhommes.

L'art. 6 de la loi de 1905.

L'art. 6 donne compétence au juge de paix, à quel que valeur que la demande puisse s'élever, pour un certain nombre de contestations : actions pour dommages causés aux champs ou aux récoltes, soit par les animaux, soit autrement, dans les conditions prévues par les articles 1382 et 1384 du Code civil, il faut que le dommage résulte d'un délit ou d'un quasi-délit ; si ce dommage résultait de la violation d'un contrat, ce ne serait plus le juge de paix qui serait compétent.

Le juge de paix connaît aussi des contestations résultant des actions relatives à l'égallage des arbres, ou des haies, au curage des fossés, etc... Tout cela suppose d'ailleurs qu'il n'y a pas de contestation sur la propriété ; autrement, l'action deviendrait pétitoire, immobilière et serait de la compétence du tribunal civil.

L'art. 7 de la loi de 1905.

Les juges de paix connaissent encore, art. 7, sans limitation de valeur, de certaines demandes en pension alimentaire, prévues par les articles 205, 206 et 207 du Code civil, à la condition que la pension alimentaire annuelle n'excède pas 1.500 francs.

Les juges de paix connaissent encore de tout ce qui concerne les actions possessoires, les actions en bornage, toujours à la condition dans ce dernier cas, qu'il n'y ait pas de contestation sur la propriété, sinon l'affaire serait du ressort du tribunal civil.

La loi de 1905 donne encore compétence au juge

Les articles
13 et suivants
de la loi de
1905.

de paix, en matières de saisies conservatoires, art. 13 et suivants. Enfin, un certain nombre de lois ont attribué compétence aux Juges de paix en matière d'accidents du travail, pour tout ce qui concerne les indemnités de demi salaire, frais médicaux, pharmaceutiques...etc...

Mais ici, se présente une difficulté. On a vu que le Juge de paix est compétent en matière personnelle mobilière, pour tous les litiges qui n'excèdent pas 3000 francs. Suivant quelle règle déterminera-t-on si le litige a une valeur n'excédant pas 3.000 francs ? Cette question ne se pose pas seulement dans le cas de la compétence du juge de paix mais encore lorsqu'il s'agit de déterminer le taux du dernier ressort, quand il faut savoir si le tribunal statue ou non à charge d'appel, car la juridiction du second degré a une compétence quantitative.

Quand peut-on dire que le litige n'excède pas la valeur de 3.000 francs ? Voici un certain nombre de principes.

1°- C'est le chiffre de la demande qu'il faut considérer pour évaluer le litige et non la somme allouée par le juge. Du moment que la demande est supérieure à 3.000 francs, le juge de paix est incompétent.

2°- Pour déterminer le chiffre de la demande, il faut tenir compte uniquement de ce qui est dû au jour de cette demande en capital et intérêts échus ; il ne faut pas tenir compte des frais du procès auxquels une des parties sera condamnée, ni des intérêts moratoires qui courront depuis la demande.

3°- Le chiffre de la demande est déterminé, non par la citation, mais d'après les dernières conclusions du demandeur ; en particulier, si le demandeur élève sa demande, par des conclusions additionnelles, au-dessus du chiffre de la compétence du juge de paix, celui-ci devient incompétent et doit se désaisir. Si le demandeur a formé une demande de 2.000 francs et que, par des conclusions additionnelles, il arrive à un total de 3.100 francs, le juge de paix devient incompétent.

4°- La loi du 12 Juillet 1905, art. 8, suppose que plusieurs demandes ont été formées par une même partie, contre un même défendeur, et que ces demandes ont été réunies dans la même instance, demandes qui peuvent n'avoir entre elles aucune connexité. Dans ce cas, elle décide (règle assez injustifiable) que le juge de paix sera incompétent sur le tout, si ces demandes, par leur réunion, excèdent les limites de sa juridiction. Et ceci alors même que ces demandes ne sont pas de même nature, et que chacune d'elles, prise isolément, est inférieure

Principes qui
servent à dé-
terminer la
valeur du li-
tège.

au taux de la compétence du juge de paix.

5°- La loi de 1905, art. 9, envisage le cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, agissant en vertu d'un titre commun; un demandeur contre plusieurs défendeurs ou un défendeur contre plusieurs défendeurs ou plusieurs demandeurs contre plusieurs défendeurs. S'il y a solidarité entre les demandeurs ou les défendeurs, c'est le chiffre total de la demande qu'il faut envisager, puisque, s'il y a plusieurs débiteurs solidaires, on peut demander le montant total de la dette à l'un d'eux. Si l'on demande 4.000 francs à deux débiteurs solidaires, le juge de paix est incompétent, parce que le chiffre total, 4.000 francs, est supérieur à sa compétence ordinaire. Si, au contraire, il n'y a pas solidarité entre les débiteurs et que la créance ou la dette se divise, il faut envisager alors la demande formée par le demandeur, qui a droit à la part la plus forte, ou la somme réclamée au défendeur auquel on réclame le plus. Si on réclame une somme de 4.000 francs à deux défendeurs, par parts égales, le juge de paix sera compétent, puisque la dette se divise en parts de 2.000 francs; mais si les parts ne sont pas égales et que la part de celui auquel on réclame le plus excède trois mille francs, le juge de paix est incompétent sur le tout : si la part de celui auquel on réclame le plus ne dépasse pas 3.000 francs, le juge de paix sera compétent sur le tout.

6°- Il faut envisager le cas des demandes reconventionnelles; Si l'on a formé une demande principale de la compétence du juge de paix et que le défendeur forme une demande reconventionnelle ou en compensation, on considère ces deux demandes séparément et si elles sont, l'une et l'autre, de la compétence du juge de paix, il est compétent pour les juger. Mais si la demande reconventionnelle est supérieure au taux de la compétence du juge de paix, alors que la demande principale ne dépasse pas ce taux, alors le juge de paix a le choix; ou bien il peut retenir simplement la demande principale pour la juger et renvoyer la demande reconventionnelle devant le tribunal civil, ou bien il peut renvoyer le tout devant le tribunal de première instance.

Il est une demande reconventionnelle que le juge de paix a toujours compétence pour juger quel que soit son montant, art. 10 alinéa 2 ; c'est la demande reconventionnelle fondée exclusivement sur la demande principale, et basée sur le préjudice que cause au défendeur la demande principale dirigée contre lui. Ces demandes qui se produisent très fréquemment, sont en général abusivement élevées et peu sérieuses et le

Le juge de paix est toujours compétent quelle qu'en soit la valeur pour juger la demande reconventionnelle basée sur le préjudice

causé par la demande principale.

jugement les réduit considérablement. Il a paru, dès lors, que le juge de paix pourrait en connaître, d'autant plus que c'eût été, pour le défendeur, un moyen d'échapper à la compétence du juge de paix.

Nature de l'incompétence du juge de paix vis-à-vis des affaires qui échappent à sa juridiction.

En dehors des cas prévus par la loi, le juge de paix est incompétent. Le juge de paix exerce une juridiction d'exception, par conséquent sa compétence doit être strictement limitée aux cas expressément prévus par la loi ; Suivant une opinion admise par une partie de la doctrine, toutes les règles de compétence " *ratione materiae* " sont d'ordre public ; il en résulterait que toutes les fois qu'un juge de paix serait saisi d'une affaire, qui n'est pas expressément de sa compétence, il serait incompétent d'une manière absolue, avec toutes les conséquences qui en découlent et le juge de paix devrait se déclarer incompétent d'office. Mais la jurisprudence a fait, en cette matière, des distinctions ; il est des cas où elle admet une incompétence simplement relative.

Cas où l'incompétence est relative.

Si un juge de paix est saisi d'une affaire de la compétence du tribunal de commerce, pas de doute, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour décider que le juge de paix est incompétent d'une manière absolue en matière commerciale. Maintenant supposons un juge de paix saisi d'une affaire de la compétence du Conseil de Prudhommes ; si l'affaire échappe complètement à la compétence du juge de paix, même s'il n'existe pas de Conseil de Prudhommes, comme c'est le cas pour les contestations entre patrons et employés de commerce, le juge de paix est incompétent d'une manière absolue. Mais que décider lorsqu'il s'agit d'une affaire dont le juge de paix aurait eu à connaître s'il n'avait pas existé de Conseil de Prudhommes dans l'arrondissement ? Alors la jurisprudence va tenir un raisonnement analogue à celui qu'elle tient lorsque dans une circonscription où existe un tribunal de commerce, le tribunal de première instance est saisi d'une affaire commerciale ; la jurisprudence dira qu'il n'y a pas incompétence " *ratione materiae* " du juge de paix, puisque celui-ci serait compétent, pour cette affaire, s'il n'existait pas de Conseil de Prudhommes dans la circonscription ; il s'agit alors d'une incompétence relative, qui devra être invoquée " *in limine litis* " ; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 14 Novembre 1922 (D.1923-I-180).

Si enfin, un juge de paix est saisi d'une affaire de la compétence du tribunal civil, la doctrine décide que c'est une incompétence absolue, mais la jurisprudence de la Cour de Cassation fait une distinction. On ne peut, décide-t-elle, saisir un juge de paix

d'une demande qui, par sa nature, échappe à la compétence de ce magistrat. (action pétitoire immobilière ou action concernant l'état des personnes....) pour lesquelles il y a nécessairement incompétence absolue d'ordre public; c'est ce qu'on explique quelquefois en disant qu'on ne peut proroger la compétence du juge de paix " de re ad rem ". Mais, décide la Cour de Cassation, la compétence peut être prorogée. " quantitate ad quantitatem " c'est-à-dire qu'un juge de paix, s'il est saisi d'une affaire, pour laquelle il est incompétent uniquement en raison de la valeur du litige, n'est incompétent que d'une manière relative, et la juridiction du juge de paix peut être alors prorogée ; le juge de paix, dit la Cour de Cassation, a un germe de compétence; son incompétence n'est pas " *ratione materiae* ", c'est une incompétence relative, qu'il faut faire valoir " *in limine litis* ".

La juridiction présidentielle.

La compétence des présidents des tribunaux civils et de commerce.

On arrive maintenant à la juridiction des Présidents des tribunaux civils et de commerce, qu'on peut appeler, d'une façon générale, la juridiction présidentielle.

Dans certains cas, la loi attribue compétence aux présidents des différentes juridictions pour statuer sur certaines questions, les unes présentant un caractère simple et purement administratif, les autres exigeant une décision urgente. Le Président statue ici comme juge unique, suivant une procédure simple et rapide; il constitue une véritable juridiction différente de celle de son tribunal. Ce sont surtout le Président du tribunal civil et le Président du tribunal de commerce qui, à ce point de vue, ont des attributions juridictionnelles importantes.

De quelle manière s'exerce cette juridiction.

Cette juridiction s'exerce de deux manières ; par la voie des référés et sous la forme des ordonnances sur requêtes. C'est sous ces deux formes que la juridiction présidentielle et principalement celle du Président du tribunal civil a pris un développement considérable, car elle permet d'obtenir sans retard la solution de certaines questions urgentes et de sauvegarder ainsi les droits des plaideurs, qui pourraient être compromis, si l'on était obligé d'attendre une décision du tribunal sur le fond de l'affaire.

Les avantages de cette juridiction expliquent son développement.

C'est un palliatif à la lenteur de la procédure et à l'encombrement des tribunaux; c'est ce qui explique que cette juridiction présidentielle se soit surtout développée devant les grands tribunaux, tels que le tribunal de la Seine :

Les caractères de cette juridiction.

Ce qui caractérise cette juridiction c'est : 1°- que le Président ne doit jamais dans sa décision préjuger

le fond; il peut prendre une mesure d'administration, de précaution, une mesure purement provisoire, telle que la mise sous séquestre, ou donner certaines autorisations, mais la solution du fond du procès reste exclusivement de la compétence du tribunal.

2°- que la décision du président n'a jamais qu'un caractère provisoire ; Cela ne veut pas dire qu'elle n'ait pas l'autorité de la chose jugée, en ce sens que le Président ne peut pas l'abroger, si les circonstances ne se modifient pas. Mais la décision prise est essentiellement provisoire, en ce sens que, si les circonstances se modifient, le Président peut lui-même rapporter la mesure prise et en prendre une seconde, même opposée. De plus cette décision ne lie jamais les juges du fond.

Cela est vrai pour la procédure des référés comme pour celle des ordonnances sur requêtes. Mais ces deux procédures diffèrent l'une de l'autre par différents points :

Différences entre la procédure des référés et la procédure des ordonnances sur requêtes. La procédure des référés est une procédure contradictoire, dans laquelle les deux parties comparaissent devant le juge et où, en tous cas, le défendeur a été dûment assigné. Dans la procédure des ordonnances sur requêtes, le Président statue presque toujours à la demande d'une seule des parties, hors de la présence de la partie adverse, qui n'est pas officiellement avertie.

La juridiction des référés. La juridiction des référés a son origine dans les anciens usages du lieutenant civil, du prévôt de Paris. C'est donc une juridiction parisienne dans son origine. Elle est restée très parisienne dans ses applications, parce que c'est surtout devant les grands tribunaux comme celui de la Seine, nécessairement très encombrés, qu'on en use davantage; néanmoins, elle n'est pas spéciale à Paris et s'applique à tous les tribunaux de première instance.

Les articles 806 et suivants du Code de Procédure traitent de la procédure des référés. Le Code de Procédure traite de la procédure des référés dans ses articles 806 et suivants; il lui a fait une part très modeste, ne se doutant pas de l'extension qu'elle prendrait et qu'elle prend de plus en plus. Le Code indique un certain nombre de cas particuliers, dans lesquels les juges des référés sont compétents, par exemple en matière de scellés, d'inventaires. Mais l'art. 806 attribue d'une façon générale compétence au juge des référés dans tous les cas d'urgence et lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement.

Donc deux chefs de compétence pour le juge des référés; le plus général: dans les cas d'urgence, ensuite pour toutes les difficultés en matière d'exécution des jugements et autres titres exécutoires.

Pretons le second chef de compétence. Les référés

sur procès verbaux sont très fréquents. En cas de saisie exécution, par exemple, on va immédiatement, s'il y a une difficulté, devant le juge des référés, qui ordonne l'arrêt ou la continuation des poursuites. On peut dire que toutes les fois que le juge statue en matière d'exécution il y a urgence; néanmoins, c'est un chef de compétence distinct; c'est pourquoi la Cour de Cassation a décidé que, même lorsqu'il n'y a pas urgence, on peut s'adresser au juge des référés pour toutes les difficultés provenant de l'exécution d'un jugement.

Conditions exigées pour que le juge des référés soit compétent.

Le juge des référés est toujours compétent en cas d'urgence, mais sa compétence a des limites. La compétence du juge des référés doit réunir trois conditions :

- 1°- l'urgence.
- 2°- la décision prise ne doit pas préjudicier au principal (art. 809).
- 3°- La mesure à prendre doit se rapporter à un litige qui est de la compétence du tribunal de première instance.

Ce qu'il faut entendre par urgence.

1°- Il faut qu'il y ait urgence ; la loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par là, et il est difficile d'ailleurs de donner une définition précise de l'urgence. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a urgence toutes les fois qu'un retard entraînerait pour un plaideur un préjudice irréparable; la Cour de Cassation décide que le point de savoir s'il y a urgence est une question de fait, qui échappe à son contrôle.

Les cas d'urgence sont très nombreux; Par exemple un accident se produit dans la rue ; les traces vont disparaître; il faut prendre d'urgence des mesures de constatations. On obtiendra du juge des référés, la nomination d'un expert, qui fera les constatations nécessaires avant que la preuve soit effacée. Ou encore, le juge des référés prendra des mesures urgentes pour parer à la chute imminente d'un édifice, ou pour l'expulsion d'un locataire; ou encore il fera mettre sous séquestre des objets litigieux, ou il nommera d'urgence un administrateur pour une succession etc.... Voir arrêt de la Cour de Cassation qui, en Novembre 1930 a jugé qu'un juge des référés peut nommer un liquidateur séquestre, chargé de conserver les biens de la femme qui est en instance de divorce, et de lui verser les arrérages de sa pension alimentaire. La Cour de Cassation a également décidé qu'un juge des référés peut ordonner la nomination d'un séquestre pour assurer provisoirement le chauffage d'un immeuble, dont le propriétaire se désintéresse.

Mais il faut, 2°- que toutes ces mesures ne portent pas préjudice au principal (art. 809); le juge des référés n'a pas compétence pour statuer sur le fond du

droit. Il ne peut pas prononcer une condamnation à des dommages-intérêts, il ne peut même pas prononcer une astreinte, ni interpréter la clause d'un contrat, du moment qu'il y a litige sur cette interprétation; il ne peut préjuger de la validité ou de l'existence d'un contrat, du moment qu'il y a discussion sur cette existence de cette validité, pas plus qu'il ne pourrait statuer sur la résiliation d'un contrat ou sur un droit de propriété ou sur un droit d'héritier. Cela c'est le fond du droit, qu'il ne peut pas préjuger. Toutes les fois qu'une question de fond se pose devant le juge des référés, il doit se déclarer incompétent et renvoyer les parties à se pourvoir au principal.

La jurisprudence décide que le juge des référés peut prendre des mesures constituant une atteinte irréparable aux intérêts d'une des parties.

Du moment que le juge des référés ne préjudicie pas au fond, la jurisprudence décide qu'il peut prendre des mesures qui constituent une atteinte même irréparable aux intérêts de l'une des parties; on est ici dans un domaine extrêmement mal limité. Il est admis qu'un juge des référés peut expulser une personne, qui s'est installée dans un local sans bail ou qui persiste à y rester, alors que son bail est expiré. Mais la jurisprudence va plus loin et admet qu'un juge des référés peut prononcer l'expulsion d'un locataire qui exploite, d'une façon scandaleuse ou abusive les lieux loués; mesure provisoire qui ne lie pas les juges du fond, lesquels diront ensuite que le locataire n'exploitait pas d'une façon abusive, mais le locataire n'en aura pas moins été expulsé; on lui attribuera des dommages intérêts. La Cour de Cassation admet très bien que l'expulsion puisse être ordonnée si le bail écrit contient une clause de résiliation de plein droit en raison de non paiement des loyers Voir arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 Janvier 1928 (D. hebdomadaire 1928-185).

La jurisprudence décide également que le fait qu'il y a une instance au principal n'empêche pas le juge des référés de prendre une mesure provisoire, s'il y a urgence à le faire.

3°- Il faut que le litige soit au fond de la compétence du tribunal de première instance. Cependant, il y a eu une controverse sur ce point. Certains auteurs considéraient autrefois que le juge des référés avait compétence pour statuer d'urgence sur toute affaire, quand bien même elle était de la compétence du juge de paix ou du tribunal de commerce. Cette conception n'a pas eu de succès en pratique; la jurisprudence a toujours considéré que le juge des référés n'est compétent que lorsqu'il s'agit d'une affaire de la compétence du tribunal civil; actuellement, la question est moins intéressante, puisqu'en principe le litige soumis au juge des référés doit être de la compétence du tribunal de première instance.

une loi récente a créé des référés commerciaux. Pour les affaires de la compétence du juge de paix, la question est moins pratique, parce que, devant cette juridiction les affaires sont en général résolues assez rapidement et les mesures provisoires n'ont pas grande raison d'être. En tous cas, la jurisprudence dénie toute compétence au juge des référés pour les affaires ressortissant à la justice de paix.

Admettre la compétence du juge des référés en matière administrative est contraire au principe de la séparation des pouvoirs

Pour certaines affaires administratives, on avait proposé d'admettre la compétence des juges des référés, pour constater certains dommages, notamment en matière de travaux publics, occupation de terrains. Mais le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge des référés puisse intervenir en matière administrative, et la jurisprudence s'est fixée dans ce sens. Il y a cependant des cas, expropriation pour cause d'utilité publique, où le juge des référés aurait à intervenir en cas d'urgence.

Cas dans lesquels on l'admet.

On admet encore qu'un juge des référés peut ordonner la discontinuation de travaux et faire cesser l'occupation temporaire d'une propriété, lorsque les formalités préalables n'ont pas été remplies. Voir arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 Avril 1900 (S. 1901 -I- 129).

Il reste à faire une dernière remarque ; lorsque l'affaire paraît particulièrement délicate au juge des référés, le Président peut la renvoyer devant le tribunal en état de référé; faculté dont il est très rarement fait usage. Art. 60 du décret du 30 Mars 1808: le tribunal chargé d'une affaire en référé statue exactement comme le juge des référés et ne peut prendre qu'une mesure provisoire sans préjuger le fond.

Les référés en matière commerciale.

Une loi du 11 Mars 1924 a institué la procédure des référés en matière commerciale, en ajoutant une disposition très brève à l'art. 417 du Code de procédure : " Le président du tribunal de commerce ou le juge qui le remplace pourra prendre la voie des référés en cas d'urgence, à la condition que l'affaire soit de la compétence du tribunal de commerce, les art. 807 et suivants du Code de procédure sont applicables aux référés commerciaux. " Tous les textes sont applicables à l'exception de l'art. 806).

Conditions de compétence du juge des référés commerciaux.

La compétence du juge des référés commerciaux doit répondre à trois conditions : l'urgence, pas de préjudice au fond, et que l'affaire soit de la compétence des tribunaux de commerce. L'art. 806 n'est pas applicable aux tribunaux de commerce, parce qu'il vise les difficultés auxquelles donne lieu l'exécution des jugements et que le tribunal de commerce n'est jamais compétent en cette matière, qui est exclusivement du ressort des tribunaux civils.

Le Président
du tribunal
statuant par
voie d'ordon-
nances sur
requête.

Traits communs
de l'ordonnance
sur requête et
du référé.

Différences en-
tre le référé
et l'ordonnan-
ce sur requête.

Cas où le prési-
dent rend des
ordonnances
sur requêtes.

La juridiction du président du Tribunal Civil et celle du président du Tribunal de commerce s'exerce sous une seconde forme : celle des ordonnances sur requête.

Il importe d'abord de bien distinguer le rôle du président du Tribunal statuant par voie d'ordonnances sur requêtes, avec le rôle de ce même Président en matière de référés; évidemment, il y a des traits communs, en particulier le président, dans l'un et l'autre cas, ne peut jamais statuer qu'en cas d'urgence; il ne peut ja- mais faire préjudice au principal et ses décisions n'ont qu'un caractère provisoire.

En dehors de ces traits communs, il y a plusieurs différences; alors que le référé suppose un débat, le ju- ge des référés statuant contradictoirement, en tous cas, après que l'adversaire a été dûment cité, le président statue par voie d'ordonnance sur requête sans avoir enten- du l'adversaire. Saisi d'une demande sur une requête, qui lui est présentée par l'avoué du demandeur, et après a- voir entendu les explications très brèves, qui lui sont données par cet avoué, le président statue séance tenante; il refuse de rendre l'ordonnance ou, au contraire, il la rend. C'est là une différence essentielle entre le prési- dent statuant en référé et le président statuant par voie d'ordonnance sur requête.

Il y a un très grand nombre de cas où le président du Tribunal Civil est appelé à rendre ces ordonnances sur requêtes; ces cas sont indiqués par la loi.

A titre d'exemples: 1°- en matière extra-judicial- re, le président est appelé à rectifier un acte de l'état civil (art. 99 du Code Civil, modifié par la loi du 20 Nov. 1919); s'il estime, d'ailleurs, que la question qui lui est posée est complexe et délicate, il peut se refu- ser à faire cette rectification et renvoyer la partie de- vant le tribunal.

En matière de succession, le président du Tribunal a un rôle important à jouer; il autorise les créanciers munis d'actes exécutoires à faire apposer les scellés, art. 909 du Code de procédure; il ordonne la levée des scellés avant l'expiration des délais fixés par la loi, lorsqu'il y a urgence, art. 923. Il autorise un héritier à vendre le mobilier de la succession avant d'avoir pris qualité, art. 986. Il prescrit le dépôt d'un testament olographe ou d'un testament mystique entre les mains d'un notaire commis. C'est encore le président du Tribunal qui, dans le même cas de testament olographe ou mystique, envoie en possessi- on le légataire universel, art. 1007, 1008, du Code Civil.

C'est toujours le président du Tribunal Civil qui envoie en possession spéciale des biens mobiliers ou immobiliers existant à l'étranger, art. 52 de la loi du 13 Juillet 1925.

En matière judiciaire, les cas dans lesquels le président du Tribunal Civil est appelé à rendre des ordonnances sont encore plus nombreux. Il est appelé à rendre des ordonnances préliminaires à une instance; il peut autoriser un plaideur à assigner à bref délai. Il autorise la femme à assigner son mari en séparation de biens. Au cours d'une instance en divorce, il y a d'importantes mesures à prendre.

Pour toute autre instance, il en est de même: le président commet un huissier pour réassigner un défendeur défaillant; il nomme un juge pour procéder à une enquête en remplacement du juge commissaire empêché. De même, il nomme un expert pour remplacer celui que le tribunal a nommé et qui ne peut remplir sa mission.

A la fin d'une instance, c'est le président qui taxe les frais des officiers ministériels. C'est encore lui qui rend exécutoires les sentences arbitrales (ordonnances d'exequatur).

En matière de voies d'exécution, le président du Tribunal Civil rend de nombreuses ordonnances. Il est appelé à autoriser, dans certains cas, les saisies conservatoires; il permet notamment la saisie arrêt de la part d'un créancier qui n'a pas de titre; il autorise un créancier à pratiquer une saisie gagerie, sans commandement, une saisie foraine, etc...

Le président du Tribunal peut prendre toutes les mesures nécessaires par l'urgence.

En dehors des cas très nombreux, où la loi autorise expressément les ordonnances sur requêtes, on s'est demandé si le président pourrait prendre, par voie d'ordonnances sur requêtes, toutes mesures nécessitées par l'urgence, alors même qu'aucun texte ne le lui permet ? On estime que le président peut prendre toute espèce de mesures d'urgence et pour cela on se fonde sur l'art. 54 du décret du 30 mars 1808 rendu en exécution du Code de procédure.

Il résulte de là, qu'en mettant à part les cas dans lesquels la loi prescrit une ordonnance sur requête lorsqu'un plaideur a une mesure d'urgence à obtenir, il se voit ouvrir deux moyens, deux procédures : celle des référés et celle des ordonnances sur requêtes. La pratique nous montre que certaines mesures d'urgence sont prises, tantôt par voie d'ordonnance sur requête, tantôt par voie de référé. Mais il faut remarquer que la voie de l'ordonnance sur requête est beaucoup plus dangereuse pour l'adversaire, puisque cette ordonnance est généralement rendue sans contradictoire.

On recourt plus volontiers à l'ordonnance sur requête lorsqu'il s'agit d'un acte qu'il y a urgence à faire à l'insu de l'adversaire pour éviter que celui-ci ne puisse se dérober à la mesure dont il va être l'objet; c'est le cas notamment de certaines saisies conservatoires, qu'il faut faire sans délai, ou du cas où il s'agit d'empêcher l'enlèvement de certains objets.

Cette voie est assez dangereuse parce que le président n'entend que l'avoué du demandeur, et que la mesure qu'il prendra peut causer un préjudice considérable à l'adversaire. Le président a, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire, et s'il estime que la mesure n'est pas motivée par un intérêt grave, il a le droit de refuser de la prendre.

Le président du Tribunal de Commerce statue sur les ordonnances sur requêtes.

Le président du Tribunal de Commerce a, lui aussi, à prendre des mesures par voie d'ordonnance sur requête dans un grand nombre de cas, mais il semble qu'à ce point de vue, les attributions du président du Tribunal de Commerce soient moins larges que celles du président du Tribunal Civil. On admet qu'en cette matière, la compétence du président du Tribunal de Commerce est limitée aux seuls cas prévus par la loi; mais ce principe semble abandonné en pratique et l'on demande au président du Tribunal de Commerce de prendre toute espèce de mesures d'urgence, qui n'ont pas été prévues par la loi.

Les ordonnances sur requêtes prévues par la loi en matière commerciale

Voici un certain nombre de cas dans lesquels un texte exprès prévoit une ordonnance sur requête, rendue par le président du Tribunal de Commerce.

L'art. 417 du Code de procédure permet au président du Tribunal de Commerce d'autoriser une assignation à bref délai et aussi d'autoriser une saisie conservatoire des meubles du défendeur.

L'art. 106 du Code de Commerce permet au président du Tribunal de Commerce de nommer des experts en cas de refus de recevoir des objets transportés et en cas de contestation relative à la réception des dits objets. Il y a en effet urgence à examiner la marchandise transportée et refusée; il peut aussi autoriser la mise en vente d'un gage à la condition que ce gage soit commercial...etc

La nature des ordonnances sur requêtes.

Il reste à examiner une question très délicate; c'est la question de la nature des ordonnances sur requêtes. Cette question est intimement liée à celle des voies de recours, dont les ordonnances sur requête sont susceptibles.

L'ordonnance sur requête est-elle un acte de juridiction ou un acte d'administration? Est-ce un acte de juridiction gracieuse ou un acte de juridiction contentieuse?

Les différentes opinions.

A en croire certains auteurs, les ordonnances sur requête sont des actes de juridiction gracieuse. Lors que le président prend une mesure, autorise une saisie conservatoire, lorsqu'il autorise un légataire universel institué par un testament olographe à entrer en possession de la succession, etc... c'est une mesure de juridiction gracieuse, disent ces auteurs. M. MOREL ne le croit pas. Lorsque les tribunaux sont appelés à statuer en matière gracieuse, ils sont, ou bien les témoins solennels, ou bien les collaborateurs, plus ou moins actifs d'un acte juridique intéressant les particuliers; c'est le cas du juge qui reçoit un acte d'adoption, ou qui émancipe ou qui homologue une délibération du conseil de famille ... Le juge agit, dans ces cas là, dans l'intérêt de celui qui demande son autorisation ou sa collaboration.

Lorsqu'il s'agit d'une ordonnance sur requête, la situation est toute différente; évidemment, il n'y a pas de litige à trancher, pas plus que dans les actes de juridiction gracieuse, et le juge intervient, non pour résoudre une question de droit, mais pour permettre l'exercice d'un acte; par exemple d'assigner à bref délai, de pratiquer une saisie conservatoire. Le juge agit ici en administrateur, tout comme dans la juridiction gracieuse, en se décidant d'après des considérations d'opportunité; mais, par contre, la mesure sollicitée du juge est en général dirigée contre un adversaire et elle est de nature à faire grief à quelqu'un. L'ordonnance qui envoie un légataire universel en possession est de nature à faire grief à l'héritier légitime; celle qui autorise à pratiquer une saisie conservatoire est de nature à causer un préjudice au débiteur. On n'est donc plus en présence d'un acte de juridiction gracieuse.

Ceci explique que certains auteurs et certains arrêts voient dans les ordonnances sur requêtes des actes de juridiction contentieuse. Sans doute, il n'y a pas de débats contradictoires, le plus souvent, le président statue sans avoir entendu le contradicteur éventuel; mais l'existence de ce contradicteur suffit pour que ces actes n'appartiennent pas à la juridiction gracieuse.

Néanmoins, cette dernière solution ne paraît pas satisfaisante à M. MOREL parce qu'il estime que le président qui rend une ordonnance sur requête agit en administrateur ayant pour guide, non pas la rigueur de la loi, mais la prudence et l'utilité pratique; il se décide d'après des considérations d'opportunité.

C'est pourquoi M. MOREL serait partisan d'une solution mixte. Les ordonnances sur requête appartiendraient

ent

à une troisième catégorie d'actes, ayant un caractère administratif et de police. On pourrait appeler cette troisième catégorie celle des actes d'administration judiciaire, et on reviendrait, en somme, à une distinction qui était déjà admise en droit romain.

Le droit romain, en effet, distinguait, à côté des actes de juridiction contentieuse, d'une part, les actes de juridiction volontaire, dans lesquels le juge recevait un acte, collaborait à un acte intéressant un particulier et, d'autre part, les cas dans lesquels le juge donnait des ordres ou des autorisations, non plus en vertu de son pouvoir de juridiction, mais en vertu de son "imperium", de son pouvoir de commandement ; les actes d'administration judiciaire sont des actes que le juge rend en vertu de son imperium, actes de nature à faire grief à quelqu'un, mais qui n'ont qu'un caractère purement provisoire.

Les ordonnances sur requêtes ne préjugent pas le fond.

Par ces actes administratifs d'une nature particulière, le juge n'est pas dessaisi ; il peut revenir sur la décision qu'il a prise, si les circonstances se modifient ; d'autre part, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux actes d'administration judiciaire, puisqu'ils sont provisoires et que le président ne préjuge nullement le fond.

Si le président a envoyé en possession un légataire universel, le tribunal pourra décider par la suite que cet individu n'était pas un légataire universel, que le testament était faux ou nul. De même, si le président a autorisé à pratiquer une saisie conservatoire sans titre, il peut être décidé par le juge du fond que l'individu autorisé n'était nullement créancier.

Voies de recours contre les ordonnances sur requêtes.

La question la plus délicate est celle des voies de recours contre les ordonnances sur requête. La question se pose dans les termes suivants : Existe-t-il une voie de recours ouverte, soit au requérant qui présente la requête contre le refus opposé par le président de prendre la mesure sollicitée, soit aux tiers contre l'ordonnance ordonnant une mesure de nature à leur faire grief ?

Pas de difficulté lorsqu'il existe un texte qui admet ou qui refuse, dans un cas donné, une voie de recours contre l'ordonnance sur requête ; l'art. 417 du Code de procédure permet au président du Tribunal de Commerce d'autoriser une assignation à bref délai et permet la saisie conservatoire des meubles du défendeur ; il paraît bien admettre que l'ordonnance du président sera susceptible d'opposition ou d'appel.

D'autre part, il y a des cas où le Code décide,

au contraire, qu'il n'y aura pas de voie de recours possible, par exemple pour l'ordonnance prévue à l'art. 697 du Code de procédure, en cas de saisie immobilière, pour autoriser une publicité plus large que celle qui est prévue pour les saisies en général; Dans ce cas, le Code spécifie que cette mesure ne sera susceptible d'aucun recours.

La difficulté existe là où la loi n'a rien dit, et ce sont les cas les plus nombreux. Sur ce point règne la plus grande confusion tant, en doctrine qu'en jurisprudence; on peut dire que tout a été soutenu et jugé sur ce point.

Une des causes qui a contribué à obscurcir cette question, c'est qu'on a voulu faire intervenir ici la distinction entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse; ceux qui considèrent que ce sont des actes de juridiction gracieuse disent naturellement qu'ils ne sont susceptibles d'aucun recours, puisque la partie à laquelle l'ordonnance fait grief ne subit pas un préjudice définitif et qu'il lui restera toujours la possibilité de faire tomber la mesure en faisant juger que la demande est mal fondée.

Ceux qui considèrent, au contraire, que l'ordonnance sur requête est un acte de juridiction contentieuse sont disposés à admettre que ces actes sont susceptibles de voies de recours; mais là où ils ne s'entendent plus, c'est sur la nature de la voie de recours.

Maintenant, si l'on admet que ce sont des actes d'administration judiciaire, cette solution n'est pas un obstacle aux voies de recours; lorsqu'il s'agit d'actes d'administration, on peut en appeler de l'administrateur mal informé à l'administrateur mieux informé, et puis, il y a les recours administratifs.

Opinion de la
jurisprudence
en ce qui con-
cerne les voi-
es de recours
contre les or-
donnances sur
requêtes.

La jurisprudence a varié et s'est orientée en faveur des voies de recours contre les ordonnances sur requête. On s'est tout d'abord montré assez favorable au recours accordé au requérant contre le refus opposé par le président; si le président rend une ordonnance de refus, on pourra faire appel devant la Cour contre cette ordonnance de refus. Mais pratiquement, lorsque le président refuse de rendre une ordonnance sur requête, il dit à l'avoué qu'il ne rend pas de décision et ainsi il y a impossibilité pour le requérant de se pourvoir. Malgré tout quelquefois, à cause de l'insistance de l'avoué, le président est amené à rendre une ordonnance de refus, et alors cette ordonnance est susceptible d'appel; Voir arrêt de la Cour de Poitiers du 29 Janvier 1919 (Dalloz 1919 - 2 - 41).

La question la plus délicate est celle des voies

de recours ouvertes aux tiers, lorsque le président a rendu l'ordonnance sollicitée et que cette ordonnance fait grief à un tiers. Ce tiers a-t-il une voie de recours contre la décision qui lui porte préjudice ?

La Cour de Cassation a statué pour la première fois sur la question en 1895 et elle a décidé que lorsque l'ordonnance sur requête envoie en possession un légataire universel, ordonnance prévue par l'art. 1008 du Code Civil, cette ordonnance est susceptible d'opposition ou d'appel de la part de l'héritier légitime à qui cette ordonnance fait grief. En effet, dit la Cour, l'envoi en possession peut compromettre les droits et les intérêts des héritiers légitimes; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 3 Avril 1895 (Si. 1895 - I - 221).

La Cour de Cassation a admis également que l'ordonnance par laquelle le président du Tribunal a, conformément à l'art. 1007 du Code Civil, ordonné le dépôt d'un testament chez un notaire, est susceptible de voie de recours; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 13 Avril 1897 (S. 1897 - I - 401).

Certaines décisions de Cours d'Appel ont admis la possibilité de voies de recours contre l'ordonnance du président du Tribunal permettant une saisie conservatoire ou contre l'ordonnance du président qui permet d'assigner à bref délai.

Mais quelle est la voie de recours ouverte contre l'ordonnance ?

L'opposition.

La Cour de Cassation, dans ses arrêts de 1895 et de 1897 prévoit deux voies de recours possibles : l'opposition et l'appel. L'opposition quand l'ordonnance qui porte préjudice au tiers a été rendue sans que ce tiers ait été appelé, ce qui est le cas le plus général; l'opposition est alors portée devant le juge qui a rendu l'ordonnance. L'appel devant la Cour d'Appel, lorsque l'ordonnance a été rendue contradictoirement, ce qui est assez rare en pratique, mais arrive tout de même quelquefois; Voir arrêt de Paris du 6 Février 1925 (D. hebdomadaire 1925 - 246). L'opposition est donc la voie normale et l'appel la mesure exceptionnelle, qui suppose que la décision a été rendue contradictoirement.

L'Appel.

Certains auteurs prétendant que l'opposition n'est pas recevable.

Ici, on se heurte à une difficulté; s'agit-il bien d'une opposition ? Les auteurs critiquent la solution admise par la Cour de Cassation disant que l'opposition est la voie de recours ouverte contre les jugements par défaut et à la partie qui a été condamnée par défaut. Or ici, la partie à qui l'ordonnance porte préjudice n'a pas été assignée; elle n'avait pas à être assignée, on n'est donc pas dans un cas où l'opposition est recevable.

Certains préten-
dent qu'il n'y
a pas opposition,
mais tierce op-
position.

Pour d'autres auteurs, il ne s'agit pas ici d'une véritable opposition, mais d'une tierce opposition, une voie de recours extraordinaire qui, on le verra, est ouverte aux tiers qui n'ont pas été parties à une instance et à qui un jugement fait grief. Le tiers à qui l'ordonnance sur requête fait grief est bien dans la situation de faire opposition et la Cour de Cassation, dans son arrêt de 1895, considère bien en effet qu'il s'agit d'une tierce opposition.

Il y a cependant une difficulté ; c'est que la tierce opposition est une voie de recours extraordinaire ouverte dans des cas exceptionnels et que, d'autre part, le Code de procédure décide que la partie qui forme tierce opposition et qui voit sa tierce opposition rejetée encourt une amende ; or, en pratique, jamais la partie qui fait opposition à une ordonnance sur requête n'est frappée d'amende lorsque son opposition est rejetée.

Selon M. MOREL
il s'agit d'une
opposition à un
acte d'adminis-
tration.

M. MOREL croit que la Cour de Cassation dans son arrêt de 1895, a eu raison de dire opposition ; mais elle a eu tort de voir là l'application de la tierce opposition. Il ne s'agit pas d'une véritable opposition au jugement par défaut, mais d'une opposition d'une nature différente ; il s'agit d'une opposition à un acte d'administration judiciaire, à un acte d'exécution. On peut dire qu'ici l'opposition équivaut à la demande de rétractation, adressée à un administrateur pour lui demander de rapporter un de ses actes.

Qui est le juge
de l'opposition

Mais qui sera juge de cette opposition ? Les uns disent que c'est le tribunal. Cette solution ne tient pas ; le tribunal n'est pas, en principe, une juridiction supérieure à celle de son président. C'est le président lui-même qui est juge de l'opposition. Les autres disent que c'est le président statuant par voie de référé, contradictoirement. A cela, on fait une objection : le président en déféré n'est pas juge du président statuant par voie de requête, il y a là deux juridictions exercées par le même personnage, mais qui sont deux juridictions différentes. C'est pourquoi certains auteurs et certains arrêts décident que le magistrat compétent est ici le président statuant par voie d'ordonnance sur requête ; puisque c'est lui qui a pris la décision, c'est devant lui qu'il faut revenir.

M. MOREL croit que c'est l'autre solution qui est pratiquement la meilleure, c'est-à-dire le président statuant sur référé, parce que, lorsque le président statue en référé, il statue contradictoirement. Or c'est le rôle de l'opposition d'amener un débat contradictoire devant le président, et c'est dans ce sens que s'est orientée en général la pratique. L'opposition se présente

sous forme d'assignation en référé.

La clause du
président
Debelleyne.

Cette forme pratique a été imaginée par un président du tribunal de la Seine, le président Debelleyne, et elle est devenue courante (on est ici en pleine jurisprudence prétorienne); on insère dans l'ordonnance sur requête, rendue par le président, une clause aux termes de laquelle le président, en ordonnant la mesure sollicitée, subordonne cette mesure à cette condition qu'il lui en sera référé en cas de difficulté. Il est fréquent que lorsque le président, par exemple, ordonne une saisie arrêt, il ajoute en même temps dans son ordonnance, " il nous en sera référé en cas de difficulté ", ouvrant ainsi une voie de recours à la partie à laquelle la décision pourra faire grief.

On a fait des objections à l'insertion de cette clause dans l'ordonnance sur requête, en disant qu'un juge n'a pas le droit de rendre une sentence conditionnelle. On peut répondre que le principe, qui défend au juge de rendre des sentences conditionnelles, est un principe exclusivement applicable à la juridiction contentieuse. Or ici nous ne sommes pas en matière contentieuse mais en matière administrative, et il n'y a donc rien d'anormal à ce qu'un administrateur ou un juge, faisant acte d'administration, subordonne ses actes à certaines conditions; la pratique est courante et la jurisprudence l'a validée.

Cette clause, qui s'insère encore actuellement est-elle bien utile, puisque la Cour de Cassation a décidé que les ordonnances sur requête sont par elles-mêmes susceptibles de voies de recours de la part de ceux à qui elles font grief; il semble que cette clause est une précaution superflue; la pratique a continué à user de cette clause, imaginée par le président Debelleyne, dans un temps où les ordonnances sur requête étaient considérées comme des actes de juridiction gracieuse, non susceptibles de voie de recours.

§ 2 - La compétente " *ratione materiae* " des juridictions du second degré.

1°- Cours d'appel , 2°- Tribunaux de première instance.

La loi a posé le principe du double degré de juridiction, mais elle n'a pas fait de ce principe une règle absolue. Toute affaire n'est pas susceptible d'appel. Certaines affaires, soit à cause de leur peu d'importance, soit à cause de la célérité qu'elles requièrent, ne doivent être

soumises qu'à un degré de juridiction. L'appel n'est pas toujours possible.

Comment détermine-t-on la compétence des juridictions d'appel ? Comment est fixée la juridiction des Cours d'appel ? Comment est fixée la compétence des tribunaux de première instance, juges d'appel des juges de paix et des Conseil de Prudhommes ?

Il y a un certain nombre de principes communs aux cours d'appel et aux tribunaux de première instance.

La Cour d'appel est généralement juridiction d'appel.

Cas dans lesquels elle juge en premier et dernier ressort

Les cours d'appel sont appelées à connaître en appel des décisions des tribunaux de première instance, des tribunaux de commerce, des tribunaux des référés, et dans certains cas, des ordonnances sur requête rendues par les présidents des tribunaux civils ou de commerce. La Cour d'Appel est essentiellement une juridiction d'appel ; Elle est exceptionnellement appelée à statuer en première instance et en dernier ressort, par exemple, en cas de renvoi pour suspicion légitime ou encore en cas de prise à partie, ou de règlement de juges. Ces cas sont rares ; normalement la Cour d'Appel est une juridiction d'appel.

Sa compétence comme juridiction d'appel est déterminée dans certains cas par la nature de l'affaire ; ce sont des affaires qui, étant donné leur gravité, sont toujours susceptibles d'appel à quelque valeur que s'élève le litige ; c'est le cas notamment des litiges relatifs à la compétence, art. 454, quand bien même au fond le litige a propos duquel est soulevée la question de compétence ne serait pas lui-même susceptible d'appel.

La compétence de la Cour d'Appel est déterminée par la valeur du litige.

En règle générale, la compétence de la Cour d'appel est déterminée d'après la valeur du litige ; en un mot, la loi fixe un taux au-dessus duquel l'affaire n'est jugée par le tribunal qu'en premier ressort ; c'est ce qu'on appelle le taux du dernier ressort ; c'est-à-dire que si l'affaire ne dépasse pas ce taux, elle ne sera pas susceptible d'appel ; si, au contraire, la valeur du litige excède le taux du dernier ressort, l'appel sera possible.

La détermination du taux du dernier ressort.

Comment est déterminé le taux du dernier ressort en ce qui concerne les différentes juridictions, dont les jugements sont susceptibles d'appel devant la Cour ?

La loi du 11 Avril 1838 détermine le taux du dernier ressort des tribunaux de première instance.

Pour les tribunaux de première instance, le taux du dernier ressort est déterminé par la loi du 11 Avril 1838. L'art. 1 de cette loi décide que les tribunaux de première instance connaîtront en dernier ressort, c'est-à-dire sans appel possible, des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 1.500 frs de principal et des actions immobilières jusqu'à soixante francs de revenu déterminée soit en rentes, soit en bail.

Au-dessus de 1.500 frs l'affaire est susceptible d'appel, de même au-dessus de soixante francs de revenu en matière immobilière.

Pour les tribunaux de commerce, la règle est la même (art. 639 du Code de commerce), avec cette différence que les juges commerciaux n'ayant jamais à statuer en matière immobilière, la Cour d'Appel n'est compétente que pour les litiges commerciaux, excédant 1.500 frs de principal.

Pourquoi a-t-on évalué en capital pour les actions mobilières et en revenu pour les actions immobilières ? C'était une règle assez habituelle au commencement du XIXème siècle ; on évaluait les immeubles d'après leur revenu, notamment en matière fiscale. Ce n'est pas un bon système d'évaluation.

Le chiffre de 1.500 frs, qui a été fixé par une loi du 11 Avril 1838, n'est évidemment plus en rapport avec la valeur actuelle des choses et notamment avec les modifications qui se sont produites en matière monétaire ; il paraît donc raisonnable de l'augmenter en le multipliant par cinq. C'est ce qu'avait proposé le Gouvernement en 1926 ; le chiffre de six mille francs avait été proposé comme taux de dernier ressort des tribunaux de première instance. La Chambre des Députés a voté ce projet, mais le Sénat n'a pas encore statué. De sorte que depuis le décret de 1926, ratifié par les Chambres les juges de paix ont compétence en matière personnelle mobilière jusqu'à 3.000 frs tandis que le tribunal de première instance est compétent en dernier ressort jusqu'à 1.500 frs seulement. Si bien que les tribunaux d'instance en matière personnelle mobilière, ne statuent plus qu'à charge d'appel.

Voyons maintenant quel est le taux du dernier ressort en ce qui concerne les justices de paix et les conseils de prud'hommes. D'après le décret du 15 Novembre 1926, ratifié par la loi du 22 Août 1929, les juges de paix statuent en dernier ressort jusqu'à 1.000 francs et ce n'est qu'au delà de cette somme que leurs décisions sont susceptibles d'appel. Le chiffre est le même pour les Conseils de Prudhommes (décret du 20 Nov. 1926)

Il est certains cas, dans lesquels les affaires de la compétence du juge de paix sont toujours susceptibles d'appel, quelle que soit la valeur du litige, notamment les actes possessoires, les demandes de pension alimentaire, lorsque celles-ci sont de la compétence du juge de paix. Dans ces cas, le Juge de paix ne statue jamais qu'à charge d'appel.

On a vu que le taux du dernier ressort est fixé d'après la valeur du litige ; il faut donc savoir comment

Détermination
de la valeur
d'un litige.

est fixée la valeur d'un litige. Comment se fait l'évaluation ?

En matière immo-
bilière le taux
du dernier res-
sort est déter-
miné par la va-
leur de l'immeu-
ble.

En matière réelle immobilière, les tribunaux de première instance statuent sans appel possible jusqu'à soixante francs de revenus; au-dessus, ils ne statuent qu'à charge d'appel.

Ici, la loi s'attache au revenu de l'immeuble, car exemple, pour une action en revendication d'immeuble ou de servitude, pour savoir si l'affaire est, ou non, susceptible d'appel, on s'attachera au revenu. Pour déterminer la valeur du revenu de l'immeuble, la loi exige que le prix soit déterminé, soit en rente, soit par prix de bail. Il faut s'attacher soit au contrat de bail soit au contrat de rente perpétuelle, dont cet immeuble a été l'objet. Si l'immeuble n'a pas été loué ou s'il n'a pas été aliéné à charge de rente perpétuelle, en pareil cas, la jurisprudence, qui semble interpréter exactement la volonté du législateur décide que l'affaire a une valeur indéterminée et que, selon le principe du double degré de juridiction elle est susceptible d'appel.

En matière per-
sonnelle mobilière le taux du
dernier ressort
est déterminé
par le principal

Dans le cas d'une affaire personnelle mobilière, la loi s'attache au principal, au capital de l'affaire. Que faut-il entendre par principal ? Que comprend le principal ? Comment ce principal doit-il être évalué ?

Que faut-il entendre par 1.500 frs de principal ? Il faut d'abord tenir compte du chiffre de la demande et non du chiffre alloué par le juge; Pour connaître le chiffre de la demande, il faut d'abord regarder l'assignation; mais le chiffre de l'assignation peut-être modifié élevé ou abaissé par le demandeur; en pareil cas, ce qu'il faut considérer ce sont les dernières conclusions du demandeur et voir si le chiffre excède ou non 1.500 frs.

Le principal
comprend le ca-
pital et les in-
térêts échus au
jour de la deman-
de.

Si on demande le paiement d'un capital et des intérêts, il ne faut pas s'attacher exclusivement au capital, il faut additionner le capital et les intérêts, du moment qu'il s'agit d'intérêts qui, au jour de la demande, sont échus; Si le demandeur demande 1.000 frs, plus les intérêts échus au jour de la demande, il faut faire l'addition du capital et des intérêts. Mais, par contre, il ne faut pas tenir compte des intérêts qui viendront, à échéance au cours du procès, parce qu'alors il dépendrait de la longueur de l'instance qu'un jugement soit ou non susceptible d'appel.

Il ne faut pas
tenir compte des
dépens.

D'autre part, pour déterminer le taux du dernier ressort, il ne faut pas tenir compte non plus des frais auxquels sera condamnée la partie perdante, car ces

frais peuvent varier considérablement selon les instances.

Mais il est tenu compte des dommages-intérêts réclamés pour cause antérieure à la demande.

Les dommages-intérêts réclamés par le demandeur au défendeur, entrent-ils en ligne de compte. Oui s'il s'agit de dommages-intérêts ayant une cause antérieure à la demande; Mais la jurisprudence décide qu'il faut, dans le calcul du dernier ressort, tenir compte également des dommages-intérêts ayant une cause postérieure à la demande, en particulier de ceux que le demandeur réclame au défendeur pour sa résistance abusive. C'est une solution fâcheuse en pratique, parce que cela peut donner lieu à des abus, puisqu'il appartient au demandeur d'exagérer sa demande en dommages-intérêts pour rendre une affaire susceptible d'appel.

Au contraire, la demande en dommages-intérêts, fondée sur la demande abusive du demandeur et formée par le défendeur n'entrera pas en ligne de compte dans l'évaluation de la valeur du litige (loi 1838 art. 2 dernier alinéa).

Les droits de timbre et d'enregistrement peuvent figurer dans l'évaluation du litige.

Voici une question importante en pratique, parce qu'il s'agit d'un moyen employé par les praticiens pour rendre toute affaire susceptible d'appel. Les dépens n'entrent pas en ligne de compte dans l'évaluation du litige; dans ces dépens figurent les droits d'enregistrement de timbre perçus sur les actes de procédure. Or, il arrive souvent que le demandeur demande à titre de dommages-intérêts la condamnation de son adversaire aux droits de timbre et d'enregistrement perçus sur les actes (que ce demandeur a produits en justice à l'appui de sa demande). Fréquemment une partie produit en justice des actes, qui n'ont pas encore été enregistrés; or, tout acte produit en justice doit être préalablement enregistré, et la jurisprudence admet que les droits d'enregistrement ainsi perçus restent à la charge du demandeur et ne rentrent pas dans les dépens. Mais en pratique, le demandeur qui n'entend pas conserver à sa charge les frais de cet enregistrement, a pris l'habitude, par l'entremise de son avoué, de réclamer de l'adversaire, à titre de dommages-intérêts le remboursement des droits de timbre et d'enregistrement, perçus sur les actes produits. La jurisprudence a décidé que lorsqu'une partie demande le paiement des droits de timbre et d'enregistrement à titre de dommages-intérêts, il s'agit ici d'une demande indéterminée et que par conséquent cette demande serait de nature à rendre l'affaire susceptible d'appel quelle qu'en soit la valeur.

Quand il s'a-

git d'un capital heurte parfois à des difficultés, quand il ne s'agit pas tal autre que d'une somme d'argent ou de marchandises, dont la valeur est

de l'argent ou des marchandises, l'affaire est toujours susceptible d'appel.

déterminée par des mercuriales. Que décider quand la demande porte sur un objet dont la valeur est indéterminée ? Y a-t-il des cas où la demande ne porte pas sur une chose susceptible d'évaluation pécuniaire ; par exemple, elle porte sur une question d'état de personne, de capacité ou un droit de famille.... Il s'agit dans ce cas d'une affaire de valeur indéterminée et indéterminable ; par conséquent, elle est toujours susceptible d'appel. Mais il peut arriver que l'objet de l'instance, bien que sa valeur soit indéterminée, soit susceptible d'évaluation pécuniaire ; c'est le cas d'une obligation de faire ou de ne pas faire ; la valeur de ce travail n'est pas déterminée par des mercuriales, mais elle est susceptible d'évaluation pécuniaire. Certaines législations admettent que les tribunaux peuvent faire cette évaluation, mais en France, la Cour de Cassation, dont la décision a été critiquée par certains auteurs, décide que les juges ne peuvent d'office évaluer le montant d'une demande indéterminée ; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 1er Juillet 1896 (S. 1896 - I - 418) Donc, dans ce cas, l'affaire est toujours susceptible d'appel, puisque la valeur est indéterminée ; Voir arrêt de la Cour de Cassation du 10. Déc. 1916, qui déclare susceptible d'appel une demande tendant à l'insertion du jugement dans les journaux. Si on demande un franc de dommages-intérêts mais qu'on ajoute dans la demande que le jugement sera publié dans les journaux ; cela suffit pour que la demande soit susceptible d'appel. L'évaluation n'est possible dit la Cour de Cassation, que de la part des parties et à la condition que ces parties se mettent d'accord sur cette évaluation ; Si elles sont d'accord pour faire cette évaluation en-dessous du taux du dernier ressort, l'affaire ne sera pas susceptible d'appel.

Cas de pluralité

de demandes et demandeur ou pluralité de demandes émanant les unes du demandeur et les autres du défendeur.

parties. Voici un demandeur, qui forme contre son adversaire dans une même instance plusieurs demandes n'ayant peut-être entre elles aucun lien de connexité. Il y a plusieurs litiges entre Primus et Secundus. Primus pourrait faire plusieurs procès, mais il préfère les réunir tous dans une même instance. D'après la jurisprudence, il faut additionner ces demandes, et on n'a pas le droit de les considérer isolément, même si chacune d'elles est indépendante des autres. L'addition de ces demandes montrera si l'affaire est ou non susceptible d'appel. Cette solution de la jurisprudence a été consacrée expressément en ce qui concerne le taux du dernier ressort du

juge de paix par la loi du 12 Juillet 1915, art.8 :
Lorsque plusieurs demandes, formulées par la même partie contre le même défendeur, sont réunies dans la même instance, le juge de paix ne prononcera qu'en premier ressort, si leur valeur totale s'élève au-dessus de 1.000 francs.

Pour la détermination de la valeur du litige on n'ajoute pas le montant de la demande reconventionnelle à celui de la demande principale.

Lorsque l'on est en présence d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle, la loi de 1838, pour les tribunaux de première instance, et la loi de 1905, pour les juges de paix, admet une solution différente. On n'additionne pas la demande principale et la demande reconventionnelle, ce qui se comprend, car ces deux demandes tendent souvent à s'annihiler l'une l'autre; aussi, en principe, on les considère séparément. Si la demande principale et la demande reconventionnelle sont respectivement, l'une et l'autre, inférieures au taux du dernier ressort, elles seront jugées en dernier ressort et l'appel ne sera pas possible. Mais il suffit que l'une des demandes excède le taux du dernier ressort pour que l'affaire tout entière, demande principale et demande reconventionnelle, soit susceptible d'appel.

Cas où une demande reconventionnelle en dommages-intérêts ne rend pas l'affaire susceptible d'appel.

Mais il est une demande reconventionnelle qui, quel que soit son montant, ne rend jamais l'affaire susceptible d'appel, tout au moins lorsque la demande principale n'excède pas le taux du dernier ressort, c'est la demande reconventionnelle de dommages-intérêts, fondée exclusivement sur la demande principale elle-même, sur le tort ou le soi-disant tort que la demande principale cause au défendeur. Supposons que devant le juge de paix, à une demande principale de 1.000 frs, le défendeur ait opposé une demande reconventionnelle de 25.000 frs...; l'affaire n'est pas susceptible d'appel. C'est une solution raisonnable, car les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts sont généralement abusives et elles sont le plus souvent réduites à quelques francs de dommages-intérêts et encore le tribunal ne consent pas toujours à les allouer. Supposons maintenant, que plusieurs demandeurs agissent contre un seul défendeur; Si ces demandeurs agissent chacun en vertu d'une créance distincte et propre à chacun d'eux (par exemple plusieurs personnes demandent des dommages-intérêts à une autre pour un même accident), il faut considérer la demande de chacun isolément; il y a autant de procès qu'il y a de demandes, bien que toutes soient réunies dans la même instance.

Si plusieurs demandeurs agissent collectivement

Mais si plusieurs demandeurs agissent collectivement, en vertu d'un même titre ou d'une même cause juridique (cohéritiers agissant au nom d'un défunt)

on considère
la part de
chacun isolé
ment.

contre un défendeur, depuis un arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation (25 Janvier 1860) la jurisprudence est fixée en ce sens qu'il faut considérer la part de créance revenant à chaque héritier. Ainsi trois héritiers demandent le paiement d'une créance de 3.000 francs à un débiteur; En raison du principe de la division des dettes héréditaires, il faut considérer la part revenant à chaque héritier; si ces parts sont égales, chacun d'eux aura droit à mille francs, l'affaire ne sera pas susceptible d'appel. Cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 12 Juillet 1905 pour les justices de paix, et la jurisprudence a étendu cette disposition à toutes les juridictions; Il n'est fait exception à ce principe qu'en cas de créance indivisible ou solidaire; si les créanciers sont solidaires, on est obligé de considérer la créance totale.

Le même raisonnement est tenu par la Cour de Cassation lorsqu'il y a pluralité de défendeurs. Un créancier demande le paiement d'une créance de trois mille francs à trois héritiers, par parts égales; en vertu du principe de la division des dettes héréditaires, l'affaire ne sera pas susceptible d'appel, chaque héritier devant la somme de 1.000 francs qui n'excède pas le taux du dernier ressort.

En législation ce mode de fixation de taux de dernier ressort n'est pas à l'abri de toute critique; la législation de 1905, comme la jurisprudence, ont perdu de vue, en effet, que si l'intérêt du litige peut-être divisé entre les demandeurs et les défendeurs, il n'est pas divisible contre l'adversaire. Trois héritiers demandent le paiement d'une somme à un défendeur; pour les héritiers, la somme se divise, mais pour le défendeur, elle ne se divise pas.

Chapitre II -

La Compétence Territoriale.

La compétence territoriale correspond à la répartition des différents tribunaux sur tout le territoire. Quand il est établi qu'une affaire donnée est de la compétence de tel ou tel ordre de tribunaux, il reste à déterminer quel sera celui de tous ces tribunaux qui connaîtra de l'affaire. Si par exemple cette affaire est de la compétence du tribunal de première instance, quel est le tribunal de première instance qui en connaîtra ? Ce sont les règles de la compétence territoriale qui vont le déterminer.

Idées qui doivent guider le législateur en matière de compétence territoriale.

En législation, pour la fixation de la compétence territoriale, l'idée qui doit guider le législateur, c'est qu'il faut attribuer compétence au tribunal qui est le mieux placé pour instruire la cause avec le minimum de frais et de dérangement pour les plaideurs.

Selon le cas, le législateur a le choix entre différentes solutions. Si on n'envisage que les parties, on donne compétence au tribunal du domicile ou de la résidence de l'une d'elles, généralement du défendeur; ce sera une règle de compétence personnelle.

Si l'on envisage l'objet du procès, on attribue compétence au tribunal dans le ressort duquel se trouve l'objet litigieux; ce sera une règle de compétence réelle. On peut envisager aussi la cause du procès, le fait qui a donné naissance au litige; il arrive alors que le législateur attribue compétence au tribunal dans le ressort duquel le contrat a été passé; c'est une compétence causale.

Enfin le législateur peut attribuer compétence au tribunal du lieu dans lequel un contrat doit être exécuté; c'est la compétence finale.

La compétence territoriale est réglée de manière différente selon les cas. C'est une législation assez compliquée.

Textes qui établissent la compétence territoriale des différentes juridictions.

Les textes varient selon les juridictions; la compétence territoriale du juge de paix est fixée dans les art. 2 et suivants du Code de procédure. La compétence territoriale du tribunal de première instance est fixée dans l'art. 59 du Code de procédure, texte d'ailleurs applicable en partie aux tribunaux de commerce.

En ce qui concerne les tribunaux de commerce, la compétence territoriale est réglée, soit par l'art. 59, soit par l'art. 420 du Code de procédure. Enfin le Code de travail règle la compétence territoriale du Conseil de Prudhommes; Il n'y a pas de texte en ce qui concerne les référés.

La règle "actor sequitur forum rei".

Le texte principal, l'art. 59, a posé un principe, que l'on tend à considérer comme applicable toutes les fois qu'une disposition contraire n'y a pas dérogé. C'est le principe qui attribue normalement compétence au tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur. C'est la règle : "actor sequitur forum rei". A ce principe il y a d'ailleurs de très nombreuses exceptions.

L'art. 59 du Code de procédure a paru donner à ce principe une portée très stricte, qu'il n'a pas en réalité. Cet article dit, dans son alinéa 1er : En matière

personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile, et, s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence. Ce texte paraît ne s'appliquer qu'en matière personnelle; en réalité, la formule est trop étroite. Ce n'est pas seulement en matière personnelle que le tribunal du domicile du défendeur est compétent, c'est aussi en matière réelle mobilière. Finalement, il n'exclut que les matières réelles immobilières et mixtes immobilières.

Il y a d'autre part, des actions qu'il est difficile d'introduire dans la classification des actions réelles et personnelles; ce sont les actions concernant l'état des personnes, et cependant il faut appliquer le principe de la compétence du domicile du défendeur. En somme, on est arrivé à donner une portée générale à la règle de l'art. 59; C'était déjà la solution romaine : "actor sequitur forum rei".

Raisons d'être
de ce principe.

Ce principe se défend par d'assez bonnes raisons puisque le demandeur a l'initiative du procès et que rien ne démontre que sa demande soit fondée, il faut que le procès cause le moins de frais et le moins de dérangement possibles au défendeur, et il est naturel que la demande soit portée devant le tribunal de son domicile, afin qu'il ait plus de facilités pour se défendre. Ce principe s'applique à toutes les juridictions; l'art. 2 du Code de procédure l'a posé en ce qui concerne les juges de paix.

Il semblerait que ce principe ne s'applique pas aux tribunaux de commerce, avec la même envergure. En effet, nous verrons que l'art. 420 du Code de procédure donne, en ce qui concerne les procès commerciaux, au demandeur, le droit de choisir entre trois tribunaux, tribunal du domicile du demandeur. Mais, tout de même, le principe : "actor sequitur forum rei", doit être considéré, même pour le tribunal de commerce, comme le principe général.

Cas où le tribunal compétent est celui du domicile du demandeur.

Cependant, le Conseil de prudhommes obéit à un principe tout à fait différent; la règle : "actor sequitur forum rei" a été écartée.

Ce principe appelle quelques explications; Si le défendeur n'a pas de domicile connu, c'est, d'après l'art. 59, le tribunal de sa résidence, qui est compétent. On n'a envisagé le cas, assez rare mais qui se présente tout de même, où le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus. (marchands forains, bateliers...) La jurisprudence est divisée sur le point de savoir quel est alors le tribunal compétent; on attribue souvent compétence au tribunal du domicile du demandeur. D'autres disent que c'est

le tribunal du lieu où se trouve le défendeur à titre passager ou encore qu'il faut laisser le choix au demandeur. La Cour de Cassation s'est prononcée pour le tribunal du domicile du demandeur. Voir arrêt du 1er Février 1916 (S. 1918 - I - 137).

Le principe s'applique aux personnes morales.

Le principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur s'applique, non seulement aux personnes physiques, mais encore aux personnes morales, aux associations, aux sociétés. L'art. 59 dit : " En matière de société, tant qu'elle existe, le défendeur sera assigné devant le juge du lieu où la société est établie, c'est-à-dire le siège social.

Les auteurs considèrent que cette règle est une exception au principe : " actor sequitur forum rei ". Ce n'est pas tout à fait exact. La règle est tout à fait normale lorsque la société est défenderesse, puisque le siège social est son domicile.

Dans un procès entre associés le tribunal compétent est celui du siège social de la société.

Mais la disposition de l'art. 59 devient exceptionnelle, d'abord s'il s'agit d'une affaire dans laquelle la société est demanderesse. Il en est de même dans le cas de procès entre associés; en ce cas, il faudra appliquer la règle de la compétence du siège social, quel que soit le domicile des associés défendeurs.

Les grandes Sociétés peuvent être assignées devant le tribunal de l'un des principaux établissements.

Une difficulté se présente, lorsqu'il s'agit de plaider contre une société; car il est des sociétés comme les compagnies de chemin de fer, les grandes Banques, certaines entreprises industrielles et commerciales, dont les opérations s'étendent à travers le territoire français et qui ont de nombreuses succursales; le siège social est à Paris; Toutes les fois qu'une affaire intéressera une de ces sociétés, sera-t-il nécessaire de l'assigner devant le tribunal de son siège social, qui est généralement établi à Paris ? S'il en était ainsi, les tribunaux parisiens seraient absolument débordés; C'est pourquoi une jurisprudence constante a décidé que les grandes sociétés peuvent avoir plusieurs établissements principaux en dehors de leur siège social et, dès lors, elles peuvent être assignées devant le tribunal d'un de leurs principaux établissements; c'est la jurisprudence connue sous le nom de : jurisprudence des gares principales, parce qu'elle a été établie d'abord pour les compagnies de Chemins de fer; On l'applique d'une manière générale à toutes les entreprises industrielles ou commerciales ayant des succursales.

La jurisprudence dite des gares principales est soumise à deux conditions :
1ère Condition.

La jurisprudence subordonne l'exécution de cette solution à deux conditions :

1°- qu'il s'agisse d'une succursale ou d'une gare, pourvue d'un personnel pouvant représenter la Société et négocier en son nom.

2ème Condition

2°- Qu'il s'agisse d'une affaire traitée par la succursale ou la gare ou de la réparation de préjudice résultant de faits survenus dans le rayon de cette succursale ou de cette gare. Voir arrêt de la Cour de Cassation (Da. Hebd. 1929).

Critiques soulevées par cette solution.

Cette solution a soulevé des critiques; on a dit que le domicile est unique qu'il n'y a qu'un siège social; On peut répondre à cela que le principe de l'unité de domicile est déjà contestable pour les individus; en tous cas, il ne vise pas les sociétés. On peut invoquer encore, que la loi commerciale prescrit la publicité des sociétés dans tous les lieux où elles ont des maisons de commerce, ce qui prouve bien que les différentes succursales ont une valeur juridique propre, distincte de celle du siège social.

Arguments à l'appui de cette solution.

Cette jurisprudence des gares principales constitue d'ailleurs un palliatif aux inconvénients de l'unité de domicile admise en France, inconvénients qui se manifestent en procédure, lorsqu'une personne, qui réside dans un lieu, a conservé son domicile originaire, qui est peut-être très éloigné de celui où elle réside actuellement. En pareil cas, les fournisseurs, par exemple, sont obligés d'assigner cette personne devant le tribunal de son domicile.

Le défendeur peut être assigné devant le tribunal de son domicile apparent.

La jurisprudence a parfois essayé de tourner la loi en attribuant compétence au tribunal de la résidence. La Cour de Cassation a décidé que le défendeur peut être valablement assigné devant le tribunal de son domicile apparent, s'il est prouvé que le demandeur pouvait se tromper de bonne foi sur le lieu du principal établissement. Arrêt du 4 Août 1897 (D. 1897-I-505).

En Allemagne on peut assigner le défendeur devant le tribunal de sa résidence prolongée.

Il faudrait admettre en France, comme dans l'article 20 du Code de procédure allemand, une disposition, qui attribuerait compétence au tribunal de la résidence prolongée, lorsqu'il s'agirait tout au moins de certaines personnes, telles que les étudiants, les ouvriers, les militaires et ne pas s'en tenir exclusivement au domicile.

La règle " actor sequitur forum rei " comporte de nombreuses exceptions. D'ailleurs, en législation, on tend, sinon à abandonner, du moins à restreindre, de plus en plus, le domaine de la compétence du tribunal de domicile du défendeur. En un mot, la règle : " actor sequitur forum rei ", est battue en brèche. Cette tendance se manifeste surtout dans les législations étrangères, avec plus de timidité dans la législation française. C'est ainsi que toutes les fois que la solution d'un procès dépend de l'examen d'un objet litigieux, on tend à admettre la compétence du tribunal de la situation de

cet objet, alors même qu'on n'est pas en matière réelle.

Les législations étrangères donnent compétence facultative au tribunal du lieu d'exécution de l'obligation.

En second lieu, les législations étrangères attribuent, d'une façon générale, compétence au moins facultative, au tribunal du lieu dans lequel l'obligation doit être exécutée, ou bien encore, on attribue compétence au tribunal du lieu où le contrat est né, ou bien où s'est produit le fait dédommageable, s'il s'agit d'une obligation délictuelle ou quasi délictuelle.

En France, on reste traditionnellement attaché à la règle "actor sequitur forum rei".

En droit français, notre législation est assez peu avancée sur ce point. Il est exceptionnel qu'on attribue compétence au tribunal soit du lieu de l'exécution d'un contrat, soit du lieu où l'obligation est née. On devrait, sur ce point, suivre les législations étrangères, mais le législateur français est timoré et reste attaché autant que possible, à cet égard, à la règle de la compétence du tribunal du domicile du défendeur.

Dans l'ancien droit, on était particulièrement attaché à la compétence personnelle ; la règle "actor sequitur forum rei" était étroitement unie à la patrimonialité des offices de judicature ; la justice était un droit lucratif pour ceux qui la rendaient ; ils considéraient que les justiciables étaient en quelque sorte, leur propriété et on avait décidé que seraient justiciables d'un tribunal tous ceux qui avaient leur domicile dans le ressort de ce tribunal. On avait donc alors une raison pécuniaire pour maintenir la règle : "actor sequitur forum rei".

On va voir, à propos des différentes juridictions, quelles exceptions la loi a apporté à la règle : "actor sequitur forum rei".

Pour les tribunaux de première instance, l'art. 59 du Code de procédure pose le principe que le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile ou, à défaut de domicile connu, devant le tribunal de sa résidence. Les très nombreuses exceptions à ce principe peuvent être classées en deux groupes pour la clarté de l'exposition.

Premier groupe : ce sont les cas où la loi attribue, d'une manière ferme, compétence à un tribunal autre que celui du domicile du défendeur ; ici, la loi exclut la règle "actor sequitur forum rei".

Deuxième groupe : ce sont les cas où la loi donne au demandeur le choix entre plusieurs tribunaux, parmi lesquels figurera généralement le tribunal du domicile du défendeur.

Premier groupe de cas ; ce sont ceux dans

le 1er groupe de cas.

lesquels la loi attribue, d'une manière ferme, compétence à un tribunal autre que celui du domicile du défendeur; ici, le demandeur n'a pas le choix, ce n'est pas le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent. Il en est ainsi dans un assez grand nombre de cas.

Cas d'un procès entre un Français et un étranger pour exécution d'une obligation contractée en France.

Tout d'abord, et par renversement, peut-on dire de la règle : "actor sequitur forum rei", la loi a attribué dans un certain nombre de cas, par faveur pour le demandeur, compétence au tribunal de ce demandeur. Il en est ainsi, tout d'abord, dans le cas où le demandeur est français et le défendeur étranger cas prévu par l'art. 14 du Code Civil; ce texte dit que "l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France, ou à l'étranger avec un Français". En conséquence, l'étranger, même résidant à l'étranger, peut être cité devant un tribunal français, pour l'exécution d'une obligation qu'il a contractée vis-à-vis d'un Français, soit en France, soit à l'étranger. On s'est demandé quel était le tribunal français compétent sur ce point? Les auteurs de Droit international en discutent, mais il semble bien que l'opinion la meilleure soit celle qui attribue la compétence au tribunal du domicile du demandeur français, c'est la meilleure interprétation. En droit international privé, la règle posée par l'art. 14, laquelle, au point de vue international, est assez contestable, comporte de nombreuses exceptions.

Cas du contrat d'assurances.

Un second cas dans lequel la loi attribue compétence au tribunal du domicile du demandeur, concerne les litiges qui naissent du contrat d'assurances. Il résultait d'une loi du 2 Janvier 1902, et il résulte aujourd'hui de la loi du 13 Juillet 1930, art. 3, qui a abrogé la loi de 1902, que dans toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités d'assurance, le défendeur, qu'il soit l'assureur ou l'assuré, devra être assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré. La loi, par faveur pour l'assuré, attribue compétence, pour la fixation et le règlement des indemnités au tribunal du domicile de l'assuré.

Pas d'exception à la règle : "actor sequitur forum rei", si c'est l'assuré qui est défendeur, c'est le cas le moins fréquent. Au contraire, exception très nette à la règle : "actor sequitur forum rei" si c'est la compagnie d'assurances qui est défendresse, en pareil cas, elle aurait dû être assignée devant le

tribunal de son domicile, mais, en faveur pour l'assuré, la loi a décidé que ce serait le tribunal du domicile de l'assuré qui connaîtrait de la question.

Cas d'actions
relatives à un
immeuble.

Troisième cas : la loi attribue compétence au tribunal de la situation du bien litigieux lorsqu'il s'agit d'actions relatives à un immeuble; on a estimé que le tribunal de la situation était mieux placé pour faire les expertises, transports sur les lieux, qui apparaîtraient nécessaires et ainsi s'explique que le tribunal de la situation d'un immeuble soit compétent pour les actions réelles immobilières; c'est ce que nous dit l'art. 59, alinéa 3 : " En matière réelle immobilière, le défendeur sera assigné devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux "; c'est donc exclusivement le tribunal de la situation de l'objet litigieux qui est compétent, mais il est d'autres cas que ceux des actions réelles immobilières où un litige appelle le tribunal à procéder à l'examen d'un immeuble; il peut y avoir d'autres difficultés relatives à un immeuble que celles que soulèvent les actions pétitoires; par exemple, difficultés entre propriétaires et locataires relativement à un bail d'immeuble; ici, on constate la timidité du législateur français; il serait plus normal d'attribuer compétence au moins facultative, pour les difficultés entre propriétaire et locataire, au tribunal de la situation de l'immeuble, par exemple, pour les difficultés provenant des réparations locatives; il serait mieux placé pour examiner la question. Mais, malgré tout, comme la loi ne déclare compétent le tribunal de la situation de l'immeuble que dans le cas de l'action réelle immobilière, on est obligé de décider que lorsqu'il s'agit d'une action personnelle, on doit s'en tenir à la règle : " actor sequitur forum rei ". La loi s'est montrée plus libérale lorsqu'il s'agit du tribunal civil, le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux n'est compétent que lorsqu'il s'agit de l'action réelle immobilière.

Il est cependant un autre cas où le tribunal de la situation de l'objet litigieux sera compétent, même s'il s'agit de meubles et à plus forte raison d'immeubles. C'est en matière d'assurances. La loi de 1930 attribue compétence au tribunal du domicile de l'assuré, mais, à ce principe, la loi fait une exception; lorsqu'il s'agit d'assurance de choses, d'immeubles ou de meubles par nature, notamment, en cas d'incendie, lorsqu'il y aura difficultés entre l'assureur et l'assuré, le tribunal compétent ne sera pas celui de l'assuré, mais celui de la situation de l'immeuble

Cas de liquidation d'une succession.

ou des immeubles assurés.

Autre cas où la loi attribue compétence à un autre tribunal que celui du domicile du défendeur; c'est le cas de la liquidation d'une succession. En matière de succession, l'art. 59 alinéa 6, attribue compétence exclusive pour un certain nombre de litiges, au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, c'est-à-dire du lieu du dernier domicile du défunt. On a expliqué parfois cette solution en disant que la succession constituerait une sorte de personne morale qui serait domiciliée au lieu d'ouverture de la succession, mais c'est une explication beaucoup trop complexe; il est beaucoup plus simple de l'expliquer en disant que la loi a entendu centraliser devant une même juridiction, toutes les opérations nécessitées par une succession.

D'après l'art. 6, trois sortes de demandes en matière de succession doivent être portées devant le tribunal du lieu de la succession:

a) Demandes entre héritiers jusqu'au partage inclus.

a) En premier lieu, les demandes entre héritiers jusqu'au partage inclusivement; par conséquent toutes les demandes entre héritiers sont de la compétence du tribunal de l'ouverture de la succession, sans qu'on ait à se préoccuper du domicile respectif des héritiers. Que faut-il entendre par héritiers? Il faut entendre le mot dans un sens large, c'est-à-dire pas seulement les successeurs ab intestat, mais encore les légataires universels ou à titre universel ou les donataires de biens à venir, dans les cas, assez rares d'ailleurs, où la donation de biens à venir est valable dans notre droit. On portera donc devant le tribunal de l'ouverture de la succession les demandes en partage, les demandes en délivrance d'un legs universel et à titre universel, les demandes en rapport ou en réduction de donations faites à un des héritiers.

La pétition d'hérédité est-elle de la compétence du tribunal du lieu d'ouverture de la succession?

Faut-il comprendre dans les demandes entre héritiers, la pétition d'hérédité? Une personne conteste à une autre sa qualité d'héritier et soutient que c'est elle, demanderesse, qui est héritière; elle réclame la restitution des biens héréditaires dont le défendeur s'est emparé. Est-ce que l'action en pétition d'hérédité doit être portée devant le tribunal d'ouverture de la succession ou devant le tribunal du domicile du défendeur? Beaucoup d'auteurs décident qu'il faut s'en tenir ici à la règle: "actor sequitur forum rei", parce que, disent-ils, l'art. 59 n'attribue compétence au tribunal d'ouverture de la succession que pour les actions entre héritiers; or

ici, précisément, le demandeur conteste au défendeur sa qualité d'héritier; il ne s'agit donc pas d'une demande entre héritiers. Cette interprétation un peu étroite, peut se défendre; mais il est certain que si le demandeur, sans contester la qualité d'héritier du défendeur, se contentait de prétendre que lui-même, demandeur, est cohéritier du défendeur, on serait bien en présence d'une demande entre héritiers et par conséquent, on serait bien dans le cas de l'art. 59.

Le Code déclare le tribunal d'ouverture de la succession compétent jusqu'au partage inclusivement; que faut-il entendre par là ? Il faut entendre tant que le partage n'est pas devenu irrévocable; en conséquence, sont également de la compétence du tribunal de la succession, la demande en rescision du partage pour lésion de plus du quart, ou encore les actions en garantie formées entre cohéritiers. Bien qu'elles soient postérieures au partage, comme elles tendent à remettre en question le partage, on peut les considérer comme rentrant dans la disposition de l'art. 59 alinéa 6, et dire qu'elles sont de la compétence du tribunal de l'ouverture de la succession; cette solution est d'ailleurs admise par le Code civil dans son art. 822 qui attribue compétence au tribunal de l'ouverture de la succession pour toutes les actions qui tendent à remettre le partage en question.

b) Demandes intentées par les créanciers du défunt avant le partage.

Il y a une deuxième catégorie d'actions héréditaires; ce sont les demandes qui sont intentées par les créanciers du défunt avant le partage; elles sont également de la compétence du tribunal de l'ouverture de la succession; sans cette disposition, les créanciers auraient dû porter leur action devant le tribunal du domicile de chaque héritier. Toute difficulté est supprimée sur ce point; les créanciers assigneront, avant le partage, devant le tribunal d'ouverture de la succession. Mais la loi dit, avant le partage; si le partage est fait, chaque héritier devra être assigné devant le tribunal de son domicile. D'autre part, en prenant le texte à la lettre, on admet que le texte ne s'applique que lorsqu'il y a pluralité d'héritiers; car s'il n'y a qu'un seul héritier, il n'y a pas de partage; c'est le tribunal du domicile de l'héritier qui sera compétent pour juger de l'action intentée par le créancier du défunt contre cet héritier. Sauf cependant dans un

Cas d'un héritier unique ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.

cas; si cet héritier unique avait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, son patrimoine personnel ne se confondrait pas avec le patrimoine de la succession et comme c'est le patrimoine de la succession qui est assigné, l'assignation doit être lancée devant le tribunal du dernier domicile du défunt.

c) Actions relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

Le tribunal d'ouverture de la succession est compétent dans une troisième catégorie d'actions; celles relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort jusqu'au jugement définitif. Ce sont par exemple, les actions en délivrance des legs particuliers ou encore les actions en nullité ou en révocation d'une disposition à cause de mort. Par exemple, l'action exercée par les héritiers, en révocation du legs pour inexécution des charges imposées au légataire; cette action sera de la compétence du tribunal d'ouverture de la succession " jusqu'au jugement définitif " et non plus " jusqu'au partage ". Les auteurs décident généralement que le changement de rédaction n'a aucune portée et que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu répéter toujours les mêmes mots, c'est pourquoi ils ont pris des mots dont la signification est la même. Tel n'est pas l'avis de la jurisprudence qui considère que ce changement de mots a une portée; que le tribunal du lieu d'ouverture de la succession reste compétent pour les actions relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, même après le partage consommé, jusqu'au moment définitif. Donc, dans l'interprétation de la jurisprudence, jusqu'à ce que la contestation relative aux dispositions à cause de mort soit terminée, c'est le tribunal de l'ouverture de la succession qui est compétent.

En pratique, cette jurisprudence entraîne cette conséquence que l'héritier qui agit en révocation d'un legs pour inexécution des charges, très longtemps après le partage, doit néanmoins assigner le légataire devant le tribunal de l'ouverture de la succession. Voir arrêt de la Cour de Poitiers du 23 Octobre 1922 (D. 1923 - 2 - 145).

Demandes des officiers ministériels pour frais de charges.

Il existe encore un autre cas dans lequel la loi attribue compétence à un tribunal autre que celui du tribunal du défendeur. L'art. 60 du Code de procédure décide que les demandes formées pour les frais des officiers ministériels sont portées au tribunal où les frais ont été faits; par conséquent, lorsqu'il y a une demande de frais formée par un officier ministériel (huissier, avocat) contre son client, la demande sera de la compétence du

tribunal de première instance où les frais ont été faits, quel que soit le domicile de ce client. On a voulu ici que ce soit le tribunal devant lequel ces frais ont été faits qui connaisse de cette action et, d'une manière générale, tous les litiges relatifs à des faits de charge imputables à des officiers ministériels sont de la compétence du tribunal auprès duquel cet officier exerce ses fonctions.

Dans un second groupe de cas, la loi déroge, en ce qui concerne le tribunal civil, à la règle : "actor sequitur forum rei". Dans ces cas, la loi donne le choix au demandeur entre deux ou plusieurs tribunaux.

Premier cas : pluralité de défendeurs ayant des domiciles situés dans des arrondissements différents. "S'il y a plusieurs défendeurs, dit l'art. 59 ils seront assignés devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur". Si, dans une même affaire, il y a plusieurs défendeurs, domiciliés dans des arrondissements différents, il serait fâcheux d'obliger le demandeur à assigner chacun des défendeurs devant le tribunal de son domicile; cela pourrait amener dans la solution de l'affaire des contrariétés de jugements; il faut concentrer l'affaire devant un seul tribunal compétent qui sera le tribunal du domicile de l'un des défendeurs au choix du demandeur. Pour le défendeur domicilié dans le ressort du tribunal saisi, il n'y a pas d'exception à la règle : "actor sequitur forum rei", mais il y aura exception pour les autres défendeurs. Quand cet article s'applique-t-il ? Il en est ainsi, dit la jurisprudence, toutes les fois qu'il y a connexité, ou un simple rapport entre les demandes formées contre plusieurs défendeurs, de telle sorte qu'il est nécessaire d'éviter les contrariétés de jugements.

Un deuxième cas est celui de la matière mixte immobilière; on a déjà vu ce qu'il faut entendre par matière mixte; le demandeur a alors le choix entre le tribunal du domicile du défendeur et le tribunal de la situation de l'immeuble.

Enfin, dernier cas dans lequel la loi donne le choix au demandeur. D'après la loi du 26 Novembre 1923, qui a complété l'art. 59 et l'article 2 du Code de procédure, la demande en réparation du dommage causé par un délit ou un quasi délit ou une contravention pourra être portée devant le tribunal du lieu où le fait dédommageable s'est produit. Il faut donc supposer une demande en réparation du dommage causé par un délit, une contravention ou un quasi délit (texte

2ème groupe de cas.
Le demandeur a le choix entre deux ou plusieurs tribunaux.

Cas de pluralité de défendeurs.

Cas de matière mixte immobilière.

Cas de la demande en réparation d'un dommage causé par un délit, une contravention, ou un quasi délit

mal rédigé, où l'on mêle les infractions pénales et les délits civils; il aurait mieux valu dire délit ou quasi délit) le demandeur a le choix. Il peut assigner l'auteur du délit ou du quasi délit devant le tribunal du domicile du défendeur, mais il peut aussi porter son action devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. Il peut être, en effet, avantageux pour la victime du délit ou du quasi délit de porter son action devant le tribunal du lieu où les faits se sont passés, parce qu'il est mieux placé que tout autre pour ordonner les mesures d'instructions nécessaires; telle est l'utilité de cette disposition de la loi du 26 Novembre 1923.

D'après la loi du 13 Juillet 1930, art. 3, lorsqu'il s'agit d'assurances contre les accidents de toutes natures, l'assuré pourra assigner l'assureur devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable. Il a le choix d'assigner ou devant le tribunal de son domicile ou devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable.

Telles sont les exceptions que la loi apporte à la règle : "actor sequitur forum rei" en ce qui concerne les tribunaux de première instance.

Exceptions à la règle "actor sequitur" pour les juges de paix.

Les exceptions que la loi apporte à cette même règle en ce qui concerne les juges de paix sont moins nombreuses et appellent des explications moins étendues. Le juge de paix, qui est en principe, compétent, est celui du domicile du défendeur (art. 2 du Code de procédure). Le Code de procédure lui-même a apporté des exceptions à la règle : "actor sequitur forum rei" l'art. 3 attribue compétence au juge de la situation de l'objet litigieux, lorsqu'il s'agit d'un certain nombre d'actions personnelles relatives à un immeuble; actions pour dommages aux champs et récoltes, déplacements de bornes, usurpation de terres, réparations locatives et indemnités prétendues par le fermier ou locataires non pour jouissance, lorsque le droit n'est pas contesté. Ici, la loi s'est montrée plus large que pour le tribunal civil. Lorsqu'il s'agit d'actions personnelles relatives à un immeuble, le juge de paix de la situation de l'immeuble litigieux sera compétent.

Exceptions apportées par le Code de procédure.

En matière possessoire, le juge de paix compétent est celui de l'immeuble litigieux.

Exceptions résultant de lois plus récentes.

Voici, d'autre part, quelques exceptions résultant de lois plus récentes; la loi du 8 Juillet 1916 en matière de ventes d'engrais attribue compétence au juge de paix du domicile de l'acheteur d'engrais il y a en effet souvent des difficultés entre les

cultivateurs et les marchands d'engrais; par faveur pour les cultivateurs, la loi a décidé que le juge de paix compétent serait celui du domicile de l'acheteur.

En matière d'accidents du travail, le juge de paix compétent est celui du lieu où s'est produit l'accident. De même, pour les dits accidents, le tribunal civil compétent est celui du lieu où s'est produit l'accident, la règle est la même pour le juge de paix et pour le tribunal de première instance.

De même en matière de délits, la loi du 26 Nov. 1923 a ajouté une disposition à l'art. 2 du Code de procédure disant que la demande pourra être portée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. En outre, d'une manière générale, il faut appliquer aux juges de paix toutes les exceptions que l'art. 59 apporte au principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur; c'est ainsi que le juge de paix qui sera compétent en matière de succession, pour une action formée contre plusieurs héritiers, sera celui de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire du dernier domicile du défunt.

La compétence territoriale du tribunal de commerce.

En ce qui concerne la compétence territoriale du tribunal de commerce, on se trouve en présence d'une disposition spéciale à ce tribunal, disposition qui appelle des explications.

L'art. 420 du Code de procédure est ainsi conçu : Le demandeur pourra assigner, à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui de l'arrondissement duquel la promesse a été faite, et la marchandise livrée, devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement devra être effectué". Tels sont les trois tribunaux que l'art. 420 paraît offrir, d'une manière générale, à tous les demandeurs.

Portée exacte de l'art. 420 C. Pr. Civ.

En réalité, ce texte n'a pas une portée aussi générale qu'on pourrait le croire. Le choix entre trois tribunaux n'est offert au demandeur que dans certains cas. Il semble même ne s'appliquer qu'à la vente: le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite, la marchandise a été livrée. Néanmoins, on est d'accord pour étendre ce texte à tous les contrats commerciaux, contrats de transport, de représentation commerciale .. etc..

Inapplicabilité de l'art. 420 en cas d'obligation née d'un

Par contre, le texte ne s'applique pas dans tous les cas où l'obligation naît d'un délit ou d'un quasi délit commercial. S'il s'agit d'un délit ou d'un quasi délit commercial, le tribunal compétent est

délit ou quasi
délit commerci
al.

La loi du 26
Novembre 1923.

celui du domicile du défendeur: "actor sequitur forum rei", on revient au principe général. Mais, depuis la loi du 26 Novembre 1923, qui, en matière de délit et de quasi délit, a attribué compétence facultative au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit, on se demande si cette disposition nouvelle s'applique également aux tribunaux de commerce. La difficulté provient de ce que la loi du 26 Novembre 1923 a été insérée dans l'art. 2 spécial aux Justices de paix et dans l'art. 59 du Code de procédure, "or, disent certains auteurs, la loi du 26 Novembre 1923, n'a pas été insérée dans l'art. 420 spécial aux tribunaux de commerce"; certains tribunaux ont conclu avec ces auteurs que cette loi n'est pas applicable aux tribunaux de commerce et que, par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un délit ou d'un quasi délit commercial, le demandeur ne pourrait assigner que devant un seul tribunal, le tribunal du domicile du défendeur.

D'après M. MOREL, l'art. 59 du Code de procédure est en réalité une disposition générale, applicable aux tribunaux de commerce et aux tribunaux civils. Lorsqu'on consulte un Code de procédure, on s'aperçoit que l'art. 59 a une portée générale; c'est un texte qui est placé dans le livre II du Code de procédure qui s'occupe des tribunaux inférieurs. Par tribunal inférieur, le Code de procédure entend non seulement les tribunaux de première instance, mais encore les tribunaux de commerce et ce qui le prouve c'est que les textes spéciaux des tribunaux de commerce sont placés dans ce livre II; On peut donc dire que l'art. 59 est la règle pour tous les tribunaux inférieurs, règle qui reçoit certaines exceptions dans l'art. 420 pour les tribunaux de commerce; mais toutes les fois que l'art. 420 n'est pas applicable (et il ne s'applique qu'aux contrats), il faut revenir à la règle de l'art. 59. En particulier lorsqu'il s'agit d'un délit ou d'un quasi délit de matière civile ou commerciale, le choix appartient au demandeur entre le tribunal du domicile du défendeur et le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit.

Inapplicabilité
en cas de litige
portant sur
la validité ou l'
existence d'un
contrat.

D'autre part, l'art. 420, malgré sa généralité apparente, d'après une jurisprudence constante, ne s'applique pas toutes les fois que le procès, bien qu'ayant son origine dans un contrat, porte sur la validité ou l'existence de ce contrat.

En un mot, il s'applique seulement lorsque le litige porte sur l'exécution d'un contrat, à la condition que la validité ou l'existence du contrat ne soit pas en jeu; si la validité ou l'existence du contrat est en jeu, il faut s'en tenir à la règle :

" actor sequitur forum rei ". La jurisprudence est absolument formelle sur ce point. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 17 Juillet 1928.

Tribunaux entre
lesquels le de-
mandeur peut
choisir .

1°- Le tribunal
du domicile
du défendeur.

Voyons maintenant quels sont les trois tribunaux entre lesquels le demandeur peut choisir. L'art. 420 nous dit qu'il peut assigner devant le tribunal du domicile du défendeur : " actor sequitur forum rei " sauf que la compétence est ici simplement facultative. Si le défendeur n'a pas de domicile connu, devant le tribunal de sa résidence, il faut appliquer ici, à la compétence du tribunal du domicile du défendeur toutes les modalités dont cette compétence est susceptible, d'après l'art. 59; en particulier, s'il y a pluralité de défendeurs, le demandeur pourra assigner à son choix tous les défendeurs devant le tribunal du domicile de l'un d'eux; s'il s'agit d'une société, on appliquera ici la jurisprudence dite des " gares principales ".

2°- Le tribunal
où la promesse
a été faite et
la marchandise
livrée.

En second lieu, le demandeur peut assigner s'il lui plaît, devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée; Le lieu où la promesse a été faite, ce sera le lieu de la conclusion du contrat. Or il est parfois délicat de déterminer le lieu et le moment où une promesse a été faite; c'est une question qui se pose notamment pour les contrats entre absents, et en particulier pour les contrats par correspondance. Un des intérêts de la question de savoir en quel lieu un contrat a été conclu est la question de la compétence de l'art. 420. Le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée... ici la loi se place évidemment dans le contrat de vente, qui est le contrat le plus fréquent en matière commerciale. Mais on applique, d'une manière générale, la triple compétence de l'art. 420 à tous les contrats commerciaux et il a fallu évidemment interpréter la loi. Le lieu où la marchandise est livrée, c'est le lieu où le contrat est exécuté par la livraison de la marchandise, on applique cela " mutatis mutandis " aux autres contrats commerciaux. Le législateur n'a envisagé que la vente commerciale, on a jugé bon d'étendre cette triple compétence à tous les contrats commerciaux, mais on éprouve parfois de la difficulté à trouver le lieu de la marchandise livrée; par exemple, quand il y aura exécution d'un mandat commercial ou exécution d'un transport, à quel lieu le contrat devra-t-il être exécuté? La Cour de Cassation a décidé, en matière de transport (23 Octobre 1929) que le lieu de la marchandise livrée est celui, non de la remise au

transporteur, mais de la remise au destinataire.

La loi ici attribue compétence au tribunal dans la circonscription duquel la promesse a été faite, c'est-à-dire le contrat conclu et la marchandise livrée, c'est-à-dire le contrat exécuté. Il faut que les deux conditions soient réunies; Il faut que, dans la même circonscription du tribunal, le contrat soit conclu et exécuté.

C'est une condition qui paraît assez singulière aujourd'hui où, en législation, on reconnaît compétence soit au tribunal du lieu d'exécution, soit au tribunal du lieu du contrat. Si le contrat a été ou doit être exécuté dans une autre circonscription que celle du tribunal de l'arrondissement dans lequel le contrat a été conclu, ni l'un ni l'autre de ces tribunaux ne sera compétent. La seule raison, ici encore, est une raison historique.

Origine de l'art. 420 du Code de procédure.

Il faut connaître en effet l'origine de l'art. 420, du Code de procédure; les rédacteurs du Code de procédure ont tiré leur art. 420 d'un texte de l'ordonnance de 1673 sur le commerce, mais le texte de l'ordonnance de 1673 ne faisait que répéter des textes antérieurs; donc, l'article 420 a une origine lointaine; il faut remonter au Moyen-Age où le commerce se faisait surtout dans les grandes foires; pour juger les différends auxquels donnaient lieu les marchés conclus dans ces grandes foires, on créa, des juges spéciaux qui sont à l'origine des tribunaux de commerce, des juges consulaires, des consuls des corporations qui statuaient dans des conditions de rapidité et d'économie sans rapport avec la justice lente et coûteuse de l'époque. On créa des juges spéciaux, mais on limita la compétence de ces consuls aux seuls cas où le contrat s'exécutait en foire, c'est-à-dire aux cas où la marchandise était livrée là où elle avait été vendue; il fallait que les contrats fussent conclus en foire et que les marchandises fussent livrées en foire. Au XVI^{ème} siècle, lorsqu'on créa les tribunaux de commerce, on détermina leur compétence d'après les mêmes principes; ces tribunaux n'étaient déclarés compétents que si la promesse avait été faite et la marchandise livrée dans la ville où ils siégeaient; de là, la règle a passé dans l'ordonnance de 1673 sur le commerce, ordonnance dont le Code de procédure n'est sur ce point, que la reproduction textuelle. Lors de la rédaction du Code de procédure, on avait bien proposé de disjoindre la double condition, d'attribuer compétence, soit au tribunal du lieu de la promesse, soit au tribunal du lieu de l'exécution, mais cette rédaction fut critiquée par les rédacteurs du Co

de procédure qui étaient peut-être d'excellents juristes, mais très routiniers et l'on s'en tint à la formule traditionnelle de l'ordonnance de 1673, formule qui provenait de textes antérieurs, bons peut-être au moment des foires de Champagne et de Brie, mais qui n'a plus de raison d'être aujourd'hui. Il est certain que depuis longtemps on aurait dû, non seulement en matière commerciale, mais aussi en matière civile, attribuer compétence, soit au tribunal du lieu du contrat, soit au tribunal du lieu de l'exécution au choix du demandeur.

3°- Le tribunal du lieu du paiement.

Le troisième tribunal qui est compétent au choix du demandeur, c'est le tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué.

Ici, une difficulté; il semble qu'il y a une contradiction entre l'alinéa 3 et l'alinéa 2 du texte. Si on prend, en effet, le mot paiement dans le sens où on l'entend généralement en droit civil, c'est-à-dire exécution d'une obligation, il semble que le texte attribue compétence au tribunal du lieu d'exécution. Mais ce n'est pas ainsi qu'il faut entendre le texte, sans cela il y aurait contradiction entre l'alinéa 3 et l'alinéa 2; puisqu'il faut qu'il y ait concordance entre le lieu de la promesse et le lieu de l'exécution le troisième tribunal ne peut pas être exclusivement le tribunal du lieu de l'exécution. Il faut prendre ici le mot paiement dans le sens étroit de versement d'une somme d'argent. La question s'est posée de savoir s'il fallait entendre aussi par là le paiement par chèque; la Cour de Cassation a décidé assez récemment qu'en cas de paiement par chèque, c'est le lieu dans lequel doit se faire l'encaissement qui est le lieu du paiement (Voir arrêt de la Cour de Cassation du 17 Décembre 1924 (D. hebdomadaire, 1925- 99).

Il existe, en ce qui concerne la compétence territoriale des tribunaux de commerce, une règle particulière en matière de faillite; la compétence est alors réglée d'une manière uniforme; il n'y a pas de choix possible en matière de faillite; on revient, sur ce point, à l'art. 59, texte qui est commun aux tribunaux de première instance, et aux tribunaux de commerce, quoiqu'on en pense, et auquel il faut revenir toutes les fois que la loi commerciale n'y a pas dérogé.

En matière de faillite le tribunal compétent est celui du domicile du failli.

En matière de faillite, l'art. 59 nous dit que le tribunal compétent sera celui du domicile du failli. Par conséquent, pour ce qui concerne la déclaration, et l'administration de la faillite, et, d'une manière générale, pour tous les procès qui sont de la compétence

cc

du tribunal de commerce; le tribunal compétent sera celui du domicile du failli; ce sera le tribunal de l'ouverture et de l'administration de la faillite. On a voulu grouper devant le tribunal de l'ouverture de la faillite, tout ce qui concerne l'administration de la faillite, de même qu'on a voulu grouper devant le tribunal de l'ouverture de la succession l'administration du patrimoine du défunt.

3°- Pour les Conseils de Prudhommes.

Le tribunal compétent est celui de la situation de l'établissement où s'exécute le travail ou celui du lieu du contrat.

La compétence du Conseil des Prudhommes est déterminée par l'art. 79 du Livre 4 du Code du travail qui fait abstraction complète de la règle "actor sequitur forum rei". Par conséquent, d'une façon générale, le Conseil des Prudhommes est un tribunal dont la compétence est déterminée en faisant abstraction de cette règle qui ne s'applique pas ou ne s'applique que dans les hypothèses exceptionnelles; l'art 79 dit, en effet, que la compétence du Conseil des Prudhommes est fixée par la situation de l'établissement où s'exécute le travail; peu importe le domicile du défendeur.

Pour le travail qui a lieu en dehors de tout établissement, comme le travail à domicile, c'est le Conseil des Prudhommes du lieu où l'engagement a été contracté qui est compétent. La loi a attribué compétence au tribunal du lieu de l'établissement, soit au Conseil des Prudhommes du lieu du contrat, parce qu'on a estimé avec raison que le Conseil de Prudhommes du lieu de l'établissement ou de l'enregistrement du travail est le mieux placé pour connaître les usages locaux qui ont une importance considérable en matière de contrat de travail.

Pour le contrat d'apprentissage maintien de la règle "actor sequitur forum rei".

Par contre, en matière de contrat d'apprentissage, l'art. 17 a maintenu la règle : "actor sequitur forum rei", mais c'est exceptionnel. Dans la plupart des cas, c'est la compétence de l'art. 79 du livre 4 qui est suivie.

Pour les référés, aucun texte ne fixe la compétence territoriale du juge des référés, soit civils soit commerciaux. Voici à quelle solution on s'est arrêté, solution admise par un arrêt de la Cour de Cassation du 4 Mai 1910 (D. 1919-I-385). Cette solution de la Cour de Cassation a été consacrée à différentes reprises; elle a posé les règles suivantes: en principe, le juge appelé à statuer sur un référé doit appartenir à la juridiction qualifiée pour statuer sur le fond. Mais la Cour de Cassation apporte immédiatement une exception importante qui laisse aux plaideurs une très grande latitude. "Cette compétence, dit la Cour de Cassation, n'exclut pas pour les mesures urgentes et conservatoires, la compétence du

4°- Pour les référés.

Le juge compétent est celui dans le ressort duquel est né l'incident qui nécessite le référé.

juge dans le ressort duquel est né l'incident qui nécessite le recours en référé." Par conséquent, la Cour de Cassation dit qu'en cas d'urgence, et il y a toujours urgence en référé, on pourra assigner devant le juge dans le ressort duquel est né l'incident qui nécessite le recours en référé, quand bien même ce ne serait pas le Président du tribunal appelé à statuer sur le fond. La Cour de Cassation se fonde, pour attribuer compétence au juge des référés du lieu de l'incident, sur l'art. 554 du Code de procédure qui dit que le tribunal du lieu statuera provisoirement et renverra la connaissance du fond au tribunal compétent.

D'après la Cour de Cassation, la solution contraire exposerait les parties à des retards préjudiciables et compromettrait l'intérêt de célérité qui sert de fondement à la procédure des référés. Pratiquement le demandeur a le choix ou d'assigner devant le Président de la juridiction appelée à statuer sur le fond ou devant le juge des référés du lieu où est né l'incident.

Par exemple, s'il s'agit d'ordonner une mesure urgente relativement à un immeuble, on peut s'adresser au juge de la situation de l'immeuble ou au juge du domicile du défendeur. Le même principe doit s'appliquer au juge des référés commerciaux.

Nature des règles de la compétence territoriale.
Elles ne sont pas d'ordre public.

Il reste maintenant à examiner la question de savoir quelle est la nature des règles de la compétence territoriale. Ces règles sont-elles d'ordre public? D'une façon générale, on considère que les règles de la compétence territoriale ne sont pas d'ordre public; elles sont faites, avant tout, pour la commodité des plaideurs; par conséquent, la violation d'une de ces règles n'entraîne qu'une incompétence relative avec toutes ses conséquences, et notamment la nécessité pour le défendeur d'opposer l'exception d'incompétence avant toute autre exception ou défense et même avant, l'exception d'incompétence "ratione materiae".

Cas dans lesquels les règles de compétence territoriale ont un caractère d'ordre public.

Tel est le principe; mais à ce principe général il y a quelques exceptions; il est des cas certains, d'autres plus douteux, où la compétence territoriale a un caractère d'ordre public. En matière d'accidents du travail, la compétence est d'ordre public; la raison, c'est que toutes les dispositions de la loi du 9 Avril 1898 sont d'ordre public, il y a donc impossibilité de déroger sur ce point à la loi.

De même, en matière d'assurances. Les dispositions de la loi du 13 Juillet 1930, sur la compétence en matière d'assurances, échappent à la convention des parties, nous dit l'art. 2 de la loi du 13 Juillet 1930.

Elles sont d'ordre public.

Cas d'attribution exclusive de compétence.

Il est d'autres cas plus douteux où la compétence territoriale peut être considérée comme d'ordre public; ces cas peuvent être réunis sous une même rubrique: ce sont les cas dans lesquels on dit qu'il y a attribution exclusive, de juridiction. Ce sont des cas dans lesquels la loi a attribué compétence exclusive à tel tribunal et non pas à tel autre. Ici, l'on peut dire que les règles de la compétence "ratione materiae" et "ratione personae" se confondent; il n'y a qu'un seul tribunal, en France, qui soit compétent pour statuer sur les affaires dont on va parler. Cela s'applique certainement d'abord à la compétence de juridiction du second degré. Toute juridiction d'appel n'est compétente que pour statuer sur l'appel des jugements rendus par les tribunaux de son ressort.

En ce qui concerne les juridictions du premier degré, il y a des cas, dans lesquels un tribunal se voit attribuer compétence exclusive pour statuer sur une catégorie d'affaires.

1er cas d'attribution exclusive de juridiction.

Il en est ainsi certainement dans le cas prévu par l'art. 60 du Code de procédure: "Les demandes formées pour frais par les officiers ministériels seront portées au tribunal où les frais ont été faits". Le seul tribunal compétent est le tribunal près duquel l'officier ministériel exerce ses fonctions. D'une manière générale, tout procès qui a son origine dans un fait de charge doit être formé devant le tribunal près duquel l'officier ministériel exerce ses fonctions. Ce tribunal est spécialement désigné pour exercer la surveillance des officiers ministériels placés auprès de lui.

Autres cas d'attribution exclusive de juridiction.

Voici d'autres cas où l'on admet généralement et sauf controverse, une attribution exclusive de juridiction à un tribunal déterminé; C'est d'abord le cas de la faillite. L'art. 59, en matière de faillite, attribue compétence au tribunal du domicile du failli: le tribunal de commerce qui a compétence pour prononcer la faillite, est le tribunal de commerce du domicile du failli. D'après l'interprétation qui est généralement donnée, il y a là une attribution exclusive de juridiction au tribunal de commerce du domicile du failli. D'après un certain nombre d'auteurs, le tribunal de commerce du domicile du failli est exclusivement compétent, et la règle est d'ordre public, pour tout procès relatif à la faillite. M. MOREL ne croit pas que l'on doive admettre cette solution d'une manière aussi générale; il y a lieu de faire une distinction qui paraît bien d'ailleurs être faite par la Cour de

Cassation. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 20 Juin 1870 qui dit que la compétence attribuée au tribunal du domicile du failli ne peut être modifiée par aucune convention contraire mais, aussi arrêt du 22 Novembre 1910 (D. 1910 - I - 95) où la Cour de Cassation dit que l'art. 59 ne crée pas un ordre spécial de compétence " *ratione materiae* " et décide que le syndic de la faillite qui avait été assigné par un employé du failli qui lui demandait des dommages intérêts pour brusque renvoi, mais qui n'avait pas opposé l'incompétence " *in limine litis* " était déchu du droit d'opposer cette incompétence. Donc l'arrêt de 1870 admet l'incompétence absolue et l'arrêt de 1910 l'incompétence relative.

Les deux solutions sont cependant conciliables; il semble bien que l'on doive faire la distinction suivante : il y a attribution exclusive au tribunal du domicile en tant qu'il s'agit de prononcer la faillite et d'effectuer les opérations de la faillite, en un mot, compétence du tribunal du domicile du failli, est d'ordre public pour tout ce qui concerne l'ouverture et les opérations de la faillite; mais par contre, la règle de l'art. 59 n'est plus qu'une simple règle de compétence territoriale lorsqu'il s'agit de demandes qui se rattachent bien à la faillite, mais qui ne soulèvent pas une question relative aux opérations de la faillite. Ceci explique l'arrêt de 1910; l'employé assigne le syndic de la faillite pour brusque rupture; ce n'est pas une question relative aux opérations de la faillite, l'employé cherche à se procurer un titre exécutoire, au moyen duquel il produira ensuite à la faillite; ici la compétence du tribunal a un caractère d'intérêt privé, elle n'est pas d'ordre public comme la compétence en matière d'ouverture ou d'administration de la faillite.

Y a-t-il attribution exclusive au tribunal d'ouverture de la succession ?

On se demande encore s'il y a attribution exclusive de juridiction au tribunal d'ouverture de la succession, si la règle d'après laquelle le tribunal de l'ouverture de la succession est compétent, est une règle d'ordre public? La jurisprudence a d'abord répondu par la négative; puis, vers la fin du XIXème siècle, elle a décidé que l'attribution de la compétence au tribunal d'ouverture de la succession pour les demandes entre héritiers était une attribution absolue, d'ordre public; il semble bien qu'on ne devrait pas admettre cette solution pour les actions formées par les créanciers, contre les héritiers.

En ce qui concerne les demandes entre héritiers,

la Cour de Cassation a jugé à plusieurs reprises, qu'il s'agissait d'une compétence absolue. La jurisprudence de la Cour de Cassation a été consacrée sur ce point par une loi du 15 Mars 1928, qui a modifié l'art. 822 du Code civil et qui décide que l'action en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations sont à peine de nullité, soumises au seul tribunal du lieu d'ouverture de la succession; c'est devant ce tribunal que doivent être portées les demandes en rescision de partage et celles relatives à la garantie des lots.

Chapitre III -

ETENDUE DE LA COMPÉTENCE D'UN TRIBUNAL

SAISI D'UN LITIGE.

Le tribunal saisi d'un litige est compétent pour statuer sur tous les incidents de la procédure.

Un premier principe, que l'on étudiera tout d'abord, c'est que le tribunal compétent pour statuer sur une demande, est compétent pour connaître de toutes les questions propres à assurer la solution de l'instance. Il est compétent pour statuer sur tous les moyens de défense opposés par le défendeur et sur tous les incidents de procédure auxquels donne lieu cette instance ; en un mot, le tribunal est saisi du procès tout entier; voilà un premier principe.

La prorogation de compétence de juridiction.

Dans certains cas, la compétence du tribunal s'étend plus loin encore. Le premier principe marque l'étendue normale de la compétence; la règle à laquelle on arrive marque une extension de la compétence normale du tribunal; le tribunal saisi d'une demande de sa compétence, se trouve ici, devenir compétent pour d'autres demandes qui, normalement échapperaient à sa juridiction, mais qui, en raison d'un rapport de connexité avec la demande originaire, peuvent lui être valablement soumises. C'est ce que l'on appelle une prorogation de compétence ou de juridiction et comme cette prorogation de juridiction résulte de la loi, on dit qu'il y a prorogation légale de la juridiction.

Prorogation légale.

Prorogation volontaire.

Enfin, et ici c'est le maximum d'extension possible, il y a des cas où un tribunal peut être compétent pour une affaire qui n'est pas de sa compétence, parce que c'est la volonté des parties de la lui soumettre. Ici, le tribunal peut être appelé à statuer sur une affaire pour laquelle il n'a aucune compétence et qui n'est liée à aucune autre affaire par un lien

de connexité; c'est ce que l'on appelle la prorogation volontaire de la juridiction ou de la compétence d'un tribunal. Cette prorogation n'est admise que dans certains cas.

Le juge de l'action est juge de l'exception.

Commençons par la première règle qui nous permet de déterminer l'étendue normale de la compétence du tribunal saisi d'un litige. Il existe, à cet égard, une règle qui n'est posée expressément dans aucun texte; mais qui est admise traditionnellement (on l'admettait déjà dans l'ancien droit) on la formule ainsi : Le juge de l'action est juge de l'exception.

Dans cette formule, le mot exception n'est pas pris dans le sens où on l'entend en procédure, mais dans un sens très large, puisqu'il comprend les défenses proprement dites, les exceptions de procédure et les fins de non recevoir. En un mot, le juge saisi d'une demande est compétent pour statuer sur tous les moyens de défense quels qu'ils soient et sur tous les incidents de procédure qui viennent se greffer sur l'instance.

Signification de la règle.

Tout d'abord, la règle : le juge de l'action est juge de l'exception, signifie que le juge saisi d'une demande est compétent pour statuer sur tous les moyens de défense opposés à cette demande, quand bien même ces moyens de défense exigeraient la solution d'une question préalable qui échapperait à la compétence du tribunal saisi de la demande. Cette règle est nécessitée par le souci d'une bonne administration de la justice. Le juge doit être saisi du procès tout entier afin qu'il puisse statuer sur tous ses éléments, parce qu'il serait inadmissible qu'un procès puisse être morcelé en plusieurs questions, soumises à des tribunaux différents. Si devant un tribunal civil on soulève un moyen de défense qui soit de la compétence du tribunal de commerce, faudrait-il que le tribunal civil s'arrête de juger jusqu'à ce que le tribunal de commerce ait statué sur le moyen de défense ? Les procès traîneraient en longueur, c'est pourquoi le tribunal civil sera compétent pour apprécier la validité du moyen de défense. Il faut appliquer la même règle aux juridictions d'exception.

Mais le tribunal ne statuera sur le moyen de défense qu'en tant qu'il se rapporte à la demande, c'est-à-dire que la décision du tribunal aura l'autorité de la chose jugée, seulement en ce qui se rapporte à la demande et la solution du tribunal en ce qui concerne le moyen de défense ne pourra être invoquée dans une autre instance.

Dérogation à la règle: les questions préjudicielles.

La règle: le juge de l'action est juge de l'exception reçoit une dérogation importante dans le cas où il y a question préjudicielle. La loi exige, en effet, dans des cas exceptionnels, par dérogation à la règle : le juge de l'action est juge de l'exception, qu'une question soulevée à titre de défense, fasse l'objet d'un examen et d'une solution préalable de façon que cette solution soit donnée une fois pour toutes et avec autorité de la chose jugée; il y a en pareil cas, ce que l'on appelle question préjudicielle.

Caractéristique de la question préjudicielle:

La caractéristique de la question préjudicielle ce n'est pas qu'elle doive être jugée au préalable car tout moyen de défense suppose la solution d'un certain nombre de questions préalables, mais ce qui caractérise la question préjudicielle, c'est qu'elle doit être résolue une fois pour toutes et non pas seulement à l'occasion de la demande, si bien que la décision à intervenir, ait autorité de chose jugée. Des questions préjudicielles se présentent devant la juridiction pénale, devant la juridiction administrative, devant la juridiction civile;

Sa solution doit avoir l'autorité de la chose jugée.

En matière civile, les questions préjudicielles peuvent être divisées en questions préjudicielles générales et en questions préjudicielles spéciales aux tribunaux d'exception.

Division des questions préjudicielles.

Les questions préjudicielles générales.

Les questions préjudicielles générales sont peu nombreuses mais fort importantes; la première est fondée sur le caractère administratif d'un acte. Si une question touchant l'interprétation ou la validité d'un acte administratif est soulevée comme moyen de défense, le tribunal civil est-il compétent pour apprécier ce moyen de défense? Cela dépend; les tribunaux judiciaires peuvent interpréter les règlements administratifs, mais ils sont incompétents pour apprécier la validité des actes administratifs individuels ou pour les interpréter; dans ce dernier cas, le tribunal doit surseoir à statuer sur la demande, jusqu'à ce que l'interprétation ait été donnée par les tribunaux compétents; d'après la jurisprudence la plus récente, les tribunaux judiciaires ne sont pas compétents sauf en matière répressive pour apprécier la validité des règlements administratifs; si donc une question de ce genre est soulevée devant un tribunal judiciaire comme moyen de défense, il y aurait question préjudicielle et le tribunal devrait surseoir.

La deuxième question préjudicielle générale, résulte de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle; c'est la règle : le criminel tient le civil en l'état

L'exercice d'une action civile résultant d'une infraction est suspendue devant la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile, dit l'art. 3 d'instruction criminelle; c'est-à-dire que si l'en forme devant un tribunal civil une action qui soit fondée sur un fait constituant une infraction pénale, il faudra surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction répressive se soit prononcée sur l'infraction.

Enfin, il est une question préjudicielle générale résultant de l'interprétation des traités internationaux; sur ce point, il y a des difficultés, il semble qu'une distinction doit être faite; les tribunaux judiciaires ont toujours le pouvoir d'interpréter un traité lorsqu'il s'agit d'une matière de leur compétence, par exemple d'une question de nationalité, ou de propriété littéraire ou industrielle. Mais si la solution du litige soumis au tribunal judiciaire suppose la solution d'une question de droit international public, il y aura question préjudicielle; le tribunal devra surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été tranchée par la juridiction compétente.

Application du principe par les tribunaux de première instance.

Devant le tribunal de première instance, le principe : le juge de l'action est juge de l'exception, s'applique d'abord aux défenses proprement dites; en un mot, quand bien même les défenses opposées par le défendeur comporteraient, pour le tribunal de première instance, l'examen d'une question qui serait de la compétence d'une autre juridiction, soit "ratione personae", soit "ratione materiae", le tribunal saisi de la demande se trouve, par cela même, compétent pour statuer sur la défense.

Exemple: le liquidateur d'une Société commerciale intente une certaine action devant le tribunal civil et le défendeur répond que l'action est irrecevable, parce que la société est nulle; le tribunal civil, a-t-il été jugé, peut statuer sur cette défense et trancher la question de nullité de la Société au point de vue de l'irrecevabilité de la demande; il ne la tranche pas définitivement, mais il déclare la demande irrecevable; parce que la société est nulle; si cette question avait été jugée isolément, elle aurait été de la compétence du tribunal de commerce, puisqu'il s'agit d'une société commerciale; de même, il est admis couramment que le tribunal civil, à

l'occasion d'une contestation dont il est valablement saisi, peut constater l'état de cessation de paiement d'un commerçant à une certaine époque et tirer les conséquences de cet état de cessation de paiement; il ne sera pas jugé, avec autorité de la chose jugée, en une autre matière, que le commerçant était en état de cessation de paiement, mais le tribunal civil pourra constater cet état de cessation de paiement et en tirer les conséquences au point de vue du rejet de la demande formée par le commerçant en cessation de paiement.

En second lieu, la règle : le juge de l'action est juge de l'exception, signifie encore que le tribunal a qualité pour juger toutes les exceptions, fins de non recevoir opposées à la demande.

Enfin, cette règle signifie encore que le tribunal de première instance a compétence pour statuer sur toutes les mesures d'instruction et sur tous les incidents de procédure qui peuvent se greffer sur l'instance; notamment il est compétent pour ordonner toutes les mesures d'instruction nécessaires à la solution du procès pour statuer sur les incidents auxquels ces mesures peuvent donner lieu, telles que récusation d'experts, nullité d'enquête ou d'expertises il est encore compétent à l'égard de toutes les instances relatives à la formation de l'instance ou à son extinction et tous les incidents qui se greffent sur l'instance; par exemple, incident relatif à la composition du tribunal, récusation des juges, comme aussi pour régler les incidents, par exemple, péremption d'instance.

La règle s'applique
que aux tribunaux
d'exception.

La règle : le juge de l'action est juge de l'exception s'applique aussi, en principe, devant les tribunaux d'exception, tribunaux de commerce, Conseils de prudhommes, Justices de paix. C'est qu'en effet les raisons qui ont fait admettre traditionnellement cette règle sont valables pour les juridictions d'exception comme pour les juridictions de droit commun; il importe que le tribunal puisse apprécier le procès tout entier, dans tous ses éléments et que la solution d'un procès ne puisse pas être morcelée entre différents tribunaux. Néanmoins, devant les tribunaux d'exception, la règle ne s'applique pas avec la même ampleur; elle subit certaines exceptions imposées par la loi, et on verra que la jurisprudence a apporté certaines restrictions à la règle, quant à son application devant les tribunaux d'exception; ces restrictions peuvent d'ailleurs être critiquées. Il s'agit ici de questions préjudicielles, mais ces questions

préjudicielles sont spéciales aux juridictions d'exception.

Les deux sortes de questions préjudicielles devant les tribunaux d'exception.

On a vu, en effet, qu'il y a deux sortes de questions préjudicielles; celles qui s'imposent devant tous les tribunaux, y compris les tribunaux de première instance et 2°- celles qui sont spéciales aux juridictions d'exception. En pareil cas, les juridictions d'exception n'ont pas compétence pour statuer sur la défense, parce qu'il y a ici une question préjudicielle spéciale aux tribunaux d'exception.

En ce qui concerne ces tribunaux, la règle le juge de l'action est juge de l'exception, s'applique d'abord aux défenses. Un tribunal d'exception saisi d'une demande a le droit d'apprécier tous les moyens de défense opposés par le défendeur, quand bien même le tribunal saisi de la demande n'aurait pas été compétent pour statuer sur la question si elle avait été portée devant lui à l'état isolé. Pas de doute sur la question si, pour juger le moyen soulevé par la défense, le tribunal n'était qu'incompétent "ratione personae". Par exemple, le tribunal de commerce est saisi d'une demande; le défendeur oppose un moyen qui aurait été de la compétence d'un autre tribunal de commerce; le tribunal de commerce est évidemment compétent. La même solution doit être admise, en principe, lorsque le défendeur soulève un moyen de défense, pour laquelle cette juridiction aurait été incompétente "ratione materiae". Le tribunal, là encore, est compétent pour statuer et la jurisprudence en a fait diverses applications; elle s'est cependant, sur ce point, montrée quelquefois à tort, restrictive. Par exemple, voici un Juge de paix qui est saisi d'une demande en paiement d'une somme d'argent; la question s'est posée notamment pour le paiement d'une prime d'assurances. La somme réclamée n'excède pas les limites de la compétence du juge de paix. A cette demande, le défendeur oppose un moyen de défense tiré de la nullité du contrat d'assurances, en l'espèce de nullité pour dol. Si la question s'était posée à l'état isolé, si l'assurance avait demandé la nullité du contrat d'assurances pour dol ou autre raison, la question aurait été de la compétence du tribunal civil; la Cour de Cassation a décidé que, bien que le moyen de défense échappe à la compétence "ratione materiae" du juge de paix, du moment que cette question de nullité de contrat n'était invoquée qu'à titre de moyen de défense opposé à la demande principale, le juge de paix était compétent pour apprécier le moyen de défense et repousser la demande à raison

de la nullité du contrat. Il en sera ainsi toutes les fois que l'on invoquera une raison de nullité de contrat.

Exception apportée à la règle par la Cour de Cassation.

La Cour de Cassation s'est quelquefois montrée assez restrictive à cet égard; elle a jugé, cela paraît être une véritable erreur, par un arrêt isolé, mais qui a son importance, que si le défendeur assigné devant une juridiction commerciale soulève un moyen de défense nécessitant l'interprétation d'un contrat civil, le tribunal de commerce doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'interprétation ait été faite par le tribunal civil (D.1924-I-161).

Autres exceptions apportées à la règle devant les juridictions d'exception.

La règle: le juge de l'action est juge de l'exception, s'applique donc devant les juridictions d'exception, mais elle cesse de s'appliquer dans certains cas, où il y a question préjudicielle spéciale aux juridictions d'exception; les moyens de défense dont la connaissance est interdite aux juridictions d'exception sont ceux qui soulèvent des questions d'état ou des questions de propriété immobilière; sur ce point, il y a des textes.

Les questions d'état des personnes (art. 426 du Code de Procédure.

En ce qui concerne d'abord les questions concernant l'état des personnes, il résulte de l'art.426 du Code de procédure que les tribunaux de commerce doivent renvoyer aux tribunaux de première instance les questions concernant la qualité des parties, il faut entendre par là les questions concernant l'état des personnes, filiation, nationalité, mariage, comme aussi les questions concernant la qualité d'héritier, de femme commune en biens. Lorsque ces questions se posent devant un tribunal d'exception, un tribunal de commerce, par exemple, ce tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question ait été tranchée par le tribunal de première instance. Cela ne s'applique pas aux questions de capacité; le tribunal de commerce est compétent pour apprécier la question de capacité qui serait soulevée devant lui comme moyen de défense, mais il ne le serait pas pour apprécier une question de mariage, nationalité, etc..., car c'est le domaine exclusif du tribunal de première instance.

Généralisation de l'art.426 du C. de Procédure

On a généralisé l'art. 426 à toutes les juridictions d'exception.

Les questions de propriété immobilière (Loi du 12 Juil let 1905).

En ce qui concerne les questions de propriété immobilière, le tribunal d'exception saisi d'une semblable question ne peut pas en connaître; cette règle est posée à l'égard des juges de paix par la loi du 12 Juillet 1905 qui ne fait que reproduire sur ce point les solutions de la loi de 1838. La loi dit notamment que le juge de paix connaît des actions

relatives à l'élagage des arbres ou au curage des fossés ou des canaux lorsque les droits de propriété ou de servitude ne sont pas contestés. Il en est de même des actions en bornage lorsque la propriété ou les titres sont contestés. On a, ici encore, généralisé ces textes et l'on décide que toutes les fois qu'une question de propriété immobilière ou de servitude se pose devant une juridiction d'exception, que ce soit le tribunal de commerce ou un autre, il doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal de première instance ait tranché la question; Lorsque le juge de paix, saisi d'une action en bornage ou en élagage des arbres, voit opposer à la demande un moyen de défense tiré d'un droit de propriété, il ne doit pas seulement surseoir à statuer, mais renvoyer le tout devant le tribunal civil, parce qu'ici, on peut dire que ce n'est plus une simple question de bornage, mais une question de propriété immobilière; art. 6 et 7 de la loi de 1905.

D'après la jurisprudence, les contestations entre propriétaire et locataire au sujet du bail sont des questions préjudicielles.

La jurisprudence tend à élargir le domaine des questions préjudicielles spéciales aux juridictions d'exception, c'est ainsi que la Cour de Cassation décide que, dans le cas où le juge de paix est appelé à statuer sur une question relative à une contestation entre propriétaire et locataire, dans le cas où les art. 3 et 4 de la loi du 12 juillet 1905 lui donnent compétence pour ce genre de contestation, le juge de paix cesse d'être compétent dès l'instant que l'existence, le sens ou les effets du bail sont l'objet d'une contestation sérieuse; il doit alors surseoir à statuer jusqu'à ce que la question de l'existence ou l'interprétation du bail ait été tranchée par le tribunal de première instance. La jurisprudence décide cela d'une manière constante, mais sur ce point, elle paraît critiquable, parce que la loi n'a jamais dit cela; elle le dit pour le cas où l'on soulève la question de propriété, mais pas pour le cas d'une question d'interprétation ou de validité de bail. Cependant, la Cour de Cassation se montre très stricte sur ce point.

Les juridictions d'exception ne peuvent connaître de certains incidents de procédure.

La règle: le juge de l'action est juge de l'exception, comporte encore une exception devant les tribunaux d'exception. Le tribunal d'exception saisi d'un litige est compétent pour statuer sur les exceptions, les fins de non recevoir, soulevées par le défendeur, exception de nullité, exception de la caution "judicatum solvi" exception d'incompétence; de même encore le tribunal de commerce ou le Juge de paix est compétent pour statuer sur tous les incidents que soulève le litige et notamment pour les mesures d'instruction et les

incidents qu'elles soulèvent. Cela est certain et résulte implicitement de textes qui dans des cas particuliers, interdisent précisément aux juridictions d'exceptions de connaître de certains incidents.

Il est en effet des incidents de procédure dont les tribunaux d'exception n'ont pas le droit de connaître; c'est ainsi que le juge de paix n'a pas le droit de connaître de sa récusation, c'est le tribunal de première instance qui est compétent en pareil cas; même règle pour les Conseils de Prudhommes c'est ainsi encore que les tribunaux d'exception, quels qu'ils soient, ne peuvent jamais connaître des procédures d'inscription de faux et de vérification d'écritures; ces procédures sont si complexes dans notre droit, que les tribunaux d'exception ne pourraient aisément les suivre; la règle est posée expressément dans l'art. 14 du Code de procédure pour les juges de paix et dans l'art. 427 pour les tribunaux de commerce.

Prorogation légale de juridiction.

Définition.

Dans certains cas, un tribunal saisi d'un litige, qui est de sa compétence, peut être appelé à connaître d'un litige connexe au premier et pour lequel le tribunal ne serait pas normalement compétent. Il y a là une extension de la compétence du tribunal saisi; c'est ce que l'on appelle prorogation de juridiction et comme elle résulte de la loi, c'est une prorogation légale de juridiction.

Dans quels cas un tribunal voit-il ainsi sa compétence prorogée en raison de la connexité qui unit un litige à l'autre ? On est en présence d'une règle exceptionnelle; s'il est normal en effet qu'un juge saisi d'une demande puisse apprécier les moyens de défense, il est exceptionnel par contre, qu'un tribunal, saisi d'un litige, soit compétent pour connaître d'un litige étranger à sa compétence. On a admis cependant cette dérogation dans l'intérêt des plaideurs; il vaut mieux qu'ils n'aient pas à plaider devant plusieurs tribunaux. On l'a admise aussi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, car si deux questions étant connexes étaient jugées séparément par des tribunaux différents, il pourrait très bien arriver que les juges rendent des décisions difficilement conciliables, dont l'exécution deviendrait peut-être impossible; il vaut mieux que ces questions soient réglées par le même tribunal. Voilà pourquoi on a admis la prorogation de la juridiction

de la compétence du tribunal civil, mais comme il s'agit d'une règle exceptionnelle, elle ne s'appliquera pas avec la même étendue devant les tribunaux de droit commun, et devant les tribunaux d'exception; largement admise pour les premiers, en cas de connexité, elle l'est pour les tribunaux d'exception avec moins d'ampleur.

Les tribunaux de première instance sont compétents pour statuer sur toutes les demandes connexes.

En ce qui concerne les tribunaux de première instance, c'est un principe admis en droit et consacré par la jurisprudence, quoique la loi n'ait posé aucun principe général sur ce point, que le tribunal de première instance, saisi d'une demande, est compétent pour statuer sur toutes les demandes connexes à celle dont il est compétemment saisi, quand bien même ces demandes connexes ne seraient pas normalement de sa compétence, soit "ratione personae", soit même "ratione materiae". Il y a là une règle qui est admise traditionnellement, on la trouve déjà exprimée dans un édit de 1561. Il n'y a pas de principe général, à ce point de vue, dans le Code de procédure, cependant la règle ne paraît pas moins certaine; on peut d'ailleurs l'induire de l'existence d'un texte du Code de procédure, l'art. 171; ce texte se place dans l'hypothèse où deux litiges connexes ont été portés devant deux tribunaux différents qui sont, respectivement compétents pour chacun de ces litiges. A raison de la connexité, l'art. 171 dit que le défendeur pourra soulever devant le tribunal second saisi l'exception de connexité pour demander à ce tribunal, bien qu'il soit compétent, de se dessaisir au profit du premier, de renvoyer l'affaire au premier, afin que le même tribunal statue sur les deux litiges. On peut déduire de cette disposition, que si, dès l'origine, les deux demandes connexes ont été portées devant le même tribunal, compétent pour l'un, incompétent pour l'autre, ce tribunal a le droit de statuer sur les deux litiges dont il est immédiatement saisi.

Cas dans lesquels il y a prorogation légale de compétence.

Demandes connexes.

Demandes additionnelles.

Dans quel cas pratiquement, ce principe a-t-il l'occasion de jouer devant le tribunal de première instance? Il en est ainsi pratiquement d'abord lorsque le tribunal de première instance est saisi de deux demandes connexes formées par le demandeur, ou encore lorsque le tribunal est saisi d'une demande principale, formée par le demandeur, et ensuite d'une demande additionnelle connexe à la première; si cette demande additionnelle n'était pas de la compétence du tribunal de première instance saisi de la demande, le tribunal verrait sa compétence prorogée et pourrait connaître de la demande connexe.

Demandes reconventionnelles

Le principe s'applique aussi au cas de demande reconventionnelle; le tribunal est saisi d'une demande principale de sa compétence; le défendeur oppose une demande reconventionnelle de la compétence du tribunal de commerce; cette demande reconventionnelle étant connexe à la demande principale, le tribunal de première instance acquiert compétence pour en connaître.

Demandes en intervention et demandes en garantie.

C'est encore le même principe qui s'applique aux demandes en intervention et aux demandes en garantie formées par des tiers. Le tribunal est saisi d'une demande principale; un tiers intervient pour former une demande qui lui est propre; Quand bien même le tribunal ne serait pas compétent sur la demande en intervention, il acquiert compétence, du moment que la demande en intervention est connexe à la demande principale.

De même, pour la demande en garantie et ici, il y a un texte. Si une personne qui est assignée devant le tribunal de première instance, compétent pour la demande: assigne un tiers en garantie; quand bien même le tribunal de première instance ne serait pas compétent sur l'action en garantie, il acquerrait compétence pour la demande principale et la demande en garantie; c'est ce qui résulte de l'art. 59 qui dit qu'en matière de garantie, le défendeur en garantie sera assigné devant le juge où la demande principale sera portée.

Eléments de la connexité.

Ainsi la prorogation de compétence joue d'une manière très large en cas de connexité.

Quand y a-t-il connexité? La loi n'a pas défini la connexité, elle est assez difficile à définir. On peut dire qu'il y a certainement connexité lorsque deux demandes ont un ou plusieurs éléments communs, soit leur objet, soit leur cause juridique. Par exemple, la demande formée contre plusieurs débiteurs solidaires. Les auteurs et les arrêts entendent la connexité dans un sens très large d'où il ressort que les demandes connexes sont celles qui sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'on risquerait, en les jugeant séparément, de leur donner des solutions inconciliables. En un mot, toutes les fois qu'on peut craindre, si les litiges étaient jugés séparément, d'avoir deux solutions inconciliables, on dit qu'il y a connexité.

Cas de connexité.

Le cas type est celui du vendeur qui agit contre l'acheteur en paiement du prix, tandis que l'acheteur agit contre le vendeur en nullité de la vente. Il vaut évidemment mieux que les deux procès

soient résolus par le même juge, car l'un des juges pourrait décider que le prix n'est pas dû parce que la vente est nulle, alors que l'autre juge déciderait que la vente est valable; en réunissant les deux procès, le même juge statuera sur les deux questions et on évitera ainsi des solutions inconciliables.

De même, en cas de collision de navires ou d'automobiles; chacun des propriétaires assigne l'autre en responsabilité; il vaut mieux que les deux actions soient réunies devant le même tribunal pour ne pas arriver à des solutions contradictoires.

Les tribunaux sont, d'après la Cour de Cassation, juges de la connexité.

La Cour de Cassation décide qu'en l'absence de toute définition de la connexité dans la loi, les tribunaux ont, sur ce point, un pouvoir souverain d'appréciation; il leur appartient de rechercher s'il y a entre les affaires un rapport suffisamment étroit pour qu'il y ait connexité et qu'on puisse proroger la compétence de l'une des juridictions saisies.

La prorogation légale de juridiction s'applique restrictive-ment aux juridictions d'exception.

Dans quelle mesure ces solutions s'appliquent-elles aux tribunaux d'exception?

Ici, à la différence de la règle; le juge de l'action est juge de l'exception qui s'applique largement aux tribunaux d'exception, la règle de la prorogation légale de juridiction, en raison de la connexité, s'applique au contraire restrictivement aux juridictions d'exception. Une juridiction d'exception tribunal de commerce, Conseil de prudhommes, Justice de paix, peut connaître d'une demande connexe à une demande dont il est saisi, demande connexe pour laquelle il serait simplement incompétent " *ratione personae* ". Si un tribunal de commerce est saisi d'une demande principale de sa compétence et d'une demande connexe qui est de la compétence d'un autre tribunal de commerce, on admet que la compétence du tribunal de commerce saisi de la première demande soit prorogée et qu'il puisse connaître de la demande connexe. Mais on n'admet pas que la prorogation légale de la juridiction s'applique lorsque la juridiction d'exception est saisie d'une affaire connexe pour laquelle il serait incompétent " *ratione materiae* ". Par conséquent, les prorogations légales de juridiction jouent en ce sens qu'on peut proroger la compétence " *ratione personae* ", mais non la compétence " *ratione materiae* " d'une juridiction d'exception.

Si un tribunal de commerce est saisi d'une demande renfermant plusieurs chefs connexes les uns de la compétence du tribunal et les autres de la compétence

d'une autre juridiction d'exception, le tribunal de commerce, du moment qu'il ne s'agit pas de proroger sa compétence "ratione personae" est incompétent pour les chefs qui ne sont pas de sa compétence, alors même que ces chefs sont connexes au premier.

Si le tribunal de commerce est saisi de plusieurs chefs, un de sa compétence et les autres de la compétence du tribunal de première instance, en pareil cas, le tribunal de commerce ne pourra même pas statuer sur le chef de sa compétence, parce qu'il devra renvoyer toute l'affaire devant le tribunal de première instance qui, lui, à raison de la connexité deviendra compétent sur le tout, pour la raison que la règle de prorogation légale à raison de la connexité joue d'une manière très large devant le tribunal de première instance.

Autre application: une juridiction d'exception est saisie d'une demande principale, elle ne peut pas statuer sur les demandes additionnelles ou les demandes en intervention, même connexes à la principale, pour lesquelles elle ne serait pas compétente "ratione materiae". Enfin, la même règle doit être appliquée en ce qui concerne les demandes reconventionnelles. Un tribunal d'exception saisi d'une demande principale de sa compétence ne peut, en principe, statuer sur une demande reconventionnelle, même connexe à la demande principale qui est de la compétence "ratione materiae" d'un autre tribunal; cependant, il y a, à ce principe une exception certaine et une autre qui est admise par la jurisprudence.

Les demandes reconventionnelles fondées exclusivement sur la demande principale, sur le préjudice causé au défendeur par la demande principale; nous avons vu que cette demande reconventionnelle en dommages-intérêts est toujours de la compétence du tribunal saisi de la demande principale, quand bien même cette demande échapperait par sa valeur à la compétence de ce tribunal (art. II de la loi de 1905, sur les justices de paix). La loi le dit également pour le Conseil des Prudhommes et pour les tribunaux de commerce.

Un tribunal d'exception même incompétent "ratione materiae" peut statuer sur une demande reconventionnelle en cas d'indivisibilité entre la demande principale et la demande reconventionnelle. Ici, la jurisprudence fait appel à la notion d'indivisibilité qui est

indivisible
de la demande
principale.

une sorte de connexité renforcée; il est absolument nécessaire, étant donné l'indivisibilité qui unit deux litiges que le tribunal d'exception saisi de la demande principale connaisse de la demande reconventionnelle. La jurisprudence applique notamment ce principe dans le cas de contrat mixte, c'est-à-dire lorsque l'acte est civil pour une partie et commercial pour l'autre. Il faut supposer que le commerçant pour lequel l'acte est commercial est assigné devant le tribunal de commerce par le demandeur pour lequel l'acte est civil. Si le défendeur pour lequel l'acte est commercial, riposte par une demande reconventionnelle fondée également sur le contrat et qui serait de la compétence du tribunal civil, la jurisprudence décide que le tribunal de commerce doit connaître du tout à raison de l'indivisibilité qui existe entre les deux demandes. La Cour de Cassation l'a décidé à différentes reprises, en ce qui concerne le tribunal de commerce et aussi en ce qui concerne le Conseil des Prudhommes.

Prorogation volontaire de juridiction.

Définition.

La prorogation volontaire de juridiction est ainsi appelée parce qu'elle résulte de la volonté des parties. Un tribunal va se trouver saisi d'une demande pour laquelle il n'a aucune compétence et qui n'a aucun lien avec une autre demande, mais il va s'en trouver saisi par la volonté des parties et obligé de statuer; c'est quelque chose d'exceptionnel.

La prorogation volontaire n'est possible que quand elle ne déroge pas à une règle de compétence d'ordre public.

Une première question se pose de savoir dans quels cas les parties peuvent proroger volontairement la compétence du tribunal. La prorogation n'est possible, n'est valable que dans le cas où elle déroge à une règle de compétence qui n'est pas d'ordre public. Lorsqu'il s'agit d'une règle d'ordre public, elle échappe à la convention des parties; impossibilité, pour ces parties, d'attribuer compétence à un autre tribunal que celui qui est désigné par la loi; il faut donc qu'il s'agisse d'une règle de compétence d'intérêt privé, pour que la compétence volontaire puisse recevoir son effet.

La prorogation de la compétence territoriale.

Dans quels cas en est-il ainsi? D'abord, on peut, en général, proroger la compétence territoriale d'un tribunal, parce que les règles de la compétence territoriale sont en général des règles d'intérêt privé. On ne peut pas s'opposer non plus à ce que les parties dérogent d'un commun accord aux

règles de la compétence territoriale; ceci résulte d'un texte écrit dans le Code de procédure pour les justices de paix, mais qu'on peut généraliser dans son principe, sinon dans les détails. L'art. 7 nous dit que les parties pourront toujours se présenter volontairement devant le juge de paix et qu'il jugera leur différend, encore qu'il ne soit pas le juge naturel des parties ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. Le même principe est posé, pour le Conseil des Prudhommes, dans le livre 4 du Code de travail; il faut appliquer ce principe à toutes les autres juridictions selon l'art. III du Code civil d'après lequel la clause d'élection de domicile, pour l'exécution d'une convention a pour effet de proroger la compétence du tribunal du domicile élu et de le rendre compétent, alors qu'il ne le serait pas "ratione personae vel loci". Les règles de la compétence territoriale sont d'intérêt privé, on peut proroger la compétence territoriale d'un tribunal.

Il est cependant certains cas où la compétence territoriale d'un tribunal ne peut être abrogée; c'est dans le cas où la règle qui attribue compétence à ce tribunal a un caractère d'ordre public. On ne peut pas notamment modifier les règles de la compétence en matière d'accidents du travail ou en matière d'assurances; il y a impossibilité, dans ces cas là, pour les parties, de proroger par une convention, la compétence d'un tribunal lorsqu'il y a incompétence "ratione personae vel loci".

la prorogation
de la compétence
d'attribution.

On peut, dans certains cas, proroger la compétence d'attribution; les règles de la compétence d'attribution sont, en principe, d'ordre public, mais d'après la jurisprudence, il est des cas où les règles de la compétence d'attribution ne sont pas d'ordre public; alors il est possible d'attribuer compétence à un tribunal incompétent même "ratione materiae"; ainsi on pourra proroger la compétence d'un tribunal civil en lui soumettant une affaire commerciale, puisque l'incompétence du tribunal civil pour les affaires commerciales n'est qu'une incompétence relative, sauf en matière de faillite où elle est absolue. On pourra également proroger la compétence du juge de paix en lui soumettant une affaire de la compétence du Conseil des Prudhommes, puisque la jurisprudence décide que le juge de paix qui aura à connaître des affaires prudhommales dans la circonscription où il n'existe pas de Conseil de prudhommes, pourra en connaître également dans les circonscriptions où

il en existe.

On pourra encore proroger la compétence ordinaire du juge de paix, à la condition que cette prorogation n'ait lieu que " de quantitate ad quantitatem", c'est-à-dire qu'on pourrait convenir de porter devant un juge de paix un litige excédant la somme de 3.000 francs, en valeur personnelle mobilière, parce que, dit la Cour de Cassation, les juges de paix ont une sorte de germe de compétence en matière mobilière, puisqu'ils peuvent connaître de ces affaires jusqu'à concurrence de 3.000 francs; mais, on ne pourra pas porter devant un juge de paix une affaire de divorce ou de séparation de corps, ce serait absolument interdit.

Autres cas de
prorogation
possible.

Il y a encore d'autres cas où la prorogation est possible. Les parties peuvent encore proroger la compétence d'un tribunal en conférant à ce tribunal le droit de statuer en dernier ressort; alors que, d'après la loi, il n'aurait à statuer qu'à charge d'appel, c'est une manière d'étendre la compétence du tribunal, mais cela suppose que l'on peut renoncer au droit d'appel et il y a des auteurs qui considèrent que le droit d'appel est d'ordre public et que la renonciation n'est pas possible, mais ce n'est pas l'avis de la jurisprudence qui considère que le droit d'appel n'est pas d'ordre public. Dès lors, on peut proroger la compétence de juridiction du premier degré en lui donnant compétence pour statuer en dernier ressort, alors qu'elle aurait dû statuer à charge d'appel.

Par contre, on ne pourrait pas proroger la compétence d'une juridiction du second degré, d'une juridiction d'appel, en lui soumettant une affaire qui n'aurait pas été soumise à la juridiction du premier degré; d'après la jurisprudence, on ne peut jamais porter devant une cour d'appel, une affaire qui n'a pas été soumise au tribunal de première instance ou, devant un tribunal de première instance, une affaire qui n'a pas été soumise au juge de paix ou au Conseil de prudhommes; la règle de compétence est une règle de compétence absolue, mais la jurisprudence fait cependant une réserve : " les parties peuvent, à l'occasion d'une affaire qui est soumise à la juridiction d'appel et qui a été soumise au premier degré de juridiction, convenir de soumettre à la juridiction d'appel une demande nouvelle, généralement connexe à la première, mais qui n'avait pas été formée en première instance".

Un procès a été jugé en première instance

il a été frappé d'appel; les parties conviennent devant la Cour d'Appel, d'ajouter au procès une demande nouvelle, qui n'avait pas été formée devant le premier juge et qui a généralement un certain rapport avec la première; dans ce cas, la prorogation de la compétence de juridiction d'appel est possible: incompétence de la Cour d'appel n'est pas d'ordre public.

La capacité nécessaire pour consentir à une prorogation de juridiction.

Quelle est la capacité nécessaire pour consentir une prorogation de juridiction? Certains auteurs soutiennent que pour consentir une telle prorogation il faut avoir la capacité de compromettre: or, l'art. 1003 du Code de procédure, dit que pour compromettre, il faut avoir la libre disposition de l'objet du litige. M. MOREL considère que cette solution est excessive. C'est qu'en effet on ne peut assimiler la prorogation volontaire de juridiction à un compromis. En cas de prorogation de juridiction, les parties ne se privent pas, comme dans le cas de compromis, du concours des tribunaux officiels; leur litige sera jugé par un tribunal autre que celui qui est désigné par la loi, mais tout de même par un tribunal. Il est donc raisonnable d'admettre que la capacité d'ester en justice suffirait, au moins en ce qui concerne la prorogation de juridiction du premier degré. Il semble bien que l'article 639 du Code de commerce décide que la renonciation à l'appel ne peut émaner que de personnes ayant libre disposition de l'objet du litige.

Forme de la prorogation volontaire de juridiction.

La prorogation volontaire peut être expresse ou tacite. Expresse lorsque les patrons insèrent dans un contrat une clause attributive de juridiction ou lorsqu'elles conviennent, par une convention spéciale qu'une contestation sera portée devant tel tribunal.

Un cas de prorogation tacite de juridiction, c'est l'élection de domicile. L'art. III du Code civil décide que la signification de la demande et les poursuites relatives à cette demande pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile; par conséquent, il en résulte que le tribunal du domicile élu devient compétent. L'art. 59 du Code de procédure dit qu'en cas d'élection de domicile, le défendeur pourra être assigné devant le tribunal du domicile élu ou devant le tribunal du domicile réel du défendeur, conformément à l'art. III. Par conséquent, en cas d'élection de domicile, il y a prorogation tacite de compétence au tribunal du domicile élu, et il résulte de l'art. 59 du Code de procédure et de l'art. III du Code civil, que le demandeur a le choix; il peut assigner le défendeur devant le tribunal du domicile élu, mais il peut aussi l'assigner, si cela lui plaît,

devant le tribunal du domicile réel; c'est un cas dans lequel le demandeur a le choix entre deux tribunaux, mais tout le monde est d'accord pour reconnaître que ce choix qui est reconnu au demandeur par l'art. 59 du Code de procédure, ne lui appartient que lorsque l'élection de domicile a été faite en sa faveur. Si, au contraire, l'élection de domicile a été faite en faveur du défendeur ou en faveur des deux parties, le demandeur n'a pas le droit d'y renoncer et, par conséquent, il doit nécessairement assigner devant le tribunal du domicile élu.

Les auteurs considèrent souvent comme une prorogation tacite de juridiction, le fait, pour le défendeur, de ne pas soulever l'incompétence " in limine litis ". On considère qu'il y a là une sorte de convention entre le demandeur qui a assigné devant un tribunal incompétent et le défendeur qui n'a pas soulevé l'incompétence en temps utile. M. MOREL n'admet pas, qu'il y ait là une véritable convention, parce qu'il est très possible que le défendeur n'ait pas soulevé l'incompétence, sans vouloir cependant être jugé par un tribunal incompétent; il peut y avoir négligence de la part de son avoué.

A quel moment peut intervenir la convention de prorogation volontaire de juridiction.

Une autre question se pose pour la prorogation volontaire de juridiction, c'est celle de savoir à quel moment peut intervenir cette convention.

En principe, la prorogation de juridiction peut être antérieure au litige. La question ne fait pas de doute, pour la prorogation de compétence territoriale, on peut tirer argument en ce sens de l'art. III du Code civil, en ce qui concerne l'élection de domicile. La prorogation résultant de l'élection de domicile est antérieure au litige, puisqu'elle a lieu dans l'acte même, au sujet duquel on plaide actuellement. Par contre, la question est discutée par certains auteurs, en ce qui concerne la prorogation de compétence " *ratione materiae* ", dans le cas où elle est possible et la renonciation au droit d'appel. Certains auteurs, notamment M. TISSIER, considèrent qu'on ne peut proroger la compétence " *ratione materiae* " ou renoncer au droit d'appel que lorsque le litige est déjà né; Ce n'est pas l'avis de la jurisprudence et, en effet, il ne semble pas qu'il y ait de raisons de distinguer les différents cas de prorogation de compétence; la jurisprudence considère que la renonciation au droit d'appel ou la prorogation de la compétence " *ratione materiae* " d'un tribunal, dans le cas où elle est recevable, peuvent avoir lieu, alors même que le litige n'est pas encore né,

dans l'acte même, au sujet duquel le litige naîtra par la suite.

Difficulté de
prorogation de
juridiction de-
vant le juge
de paix.

Une difficulté se présente en ce qui concerne le juge de paix. Cette difficulté a son origine dans un texte qui pose le principe de la prorogation volontaire de la juridiction du Juge de paix; c'est l'art. 7 du Code de procédure; après avoir dit que les parties peuvent toujours proroger la compétence territoriale d'un juge de paix, ce texte ajoute, dans son alinéa 2, que la demande de prorogation des parties, qui demanderont jugement, sera signée par elles ou mention sera faite si elles ne peuvent signer. En un mot, le texte suppose que quand les parties se présentent devant un juge de paix incompétent pour proroger la juridiction de celui-ci, elles doivent faire une déclaration devant le juge de paix et signer cette déclaration, ou que mention doit être faite que les parties ne savent pas signer. De là, on a conclu quelquefois que la prorogation volontaire de juridiction devant le juge de paix devait être nécessairement passée dans les formes de l'art. 7 et que la déclaration devant le juge de paix ne pourrait avoir lieu qu'une fois le litige né.

C'est là une interprétation qui ne paraît pas bonne à M. MOREL, et qui serait assez incompréhensible; la loi se montre favorable à la prorogation de la compétence territoriale du juge de paix et si l'on interprétait l'art. 7 comme certains le proposent, la prorogation serait admise d'une façon moins large pour le juge de paix que pour les autres juridictions, puisque la prorogation ne pourrait intervenir que le litige une fois né.

Que veut donc dire ce texte ? Il faut l'interpréter de la manière suivante: il signifie tout simplement que lorsque les parties n'ont pas attribué d'avance, dans leur contrat, compétence à un juge de paix incompétent territorialement, et qu'elles décident au moment où le litige naît, d'attribuer compétence à un juge de paix incompétent, ces parties doivent se présenter devant le juge de paix et signer une déclaration. Cependant, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 3 Novembre 1891, a décidé qu'il fallait nécessairement observer les formes de l'art. 7 toutes les fois au moins qu'il s'agissait de proroger "de quantitate ad quantitatem" la compétence du juge de paix. En un mot, il ne serait pas nécessaire d'observer l'art. 7 lorsqu'on voudrait proroger la compétence territoriale du juge de paix, mais s'il s'agit de proroger sa compétence "ratione materiae" (attribution à un juge

de paix d'une affaire personnelle mobilière de plus de 3.000 francs) dans ce cas, la Cour de Cassation décide qu'il faut observer les formes de l'art. 7. Même à cet égard, la solution de la Cour de Cassation est sujette à contestation.

Les effets de la prorogation volontaire de juridiction

Comme toute convention, la prorogation volontaire de juridiction s'impose aux parties, mais elle est sans effet vis-à-vis des tiers.

La convention s'impose aux parties.

La convention s'impose aux parties, c'est-à-dire que le demandeur ne pourra pas assigner le défendeur devant le tribunal qui aurait été normalement compétent sans la prorogation volontaire de juridiction; et le tribunal qui aurait été normalement compétent, sans cette convention, devient incompétent par la volonté des parties et par conséquent, si le demandeur assignait le défendeur devant ce tribunal, le défendeur pourrait soulever l'exception d'incompétence et demander au tribunal de se déclarer incompétent à raison de la convention intervenue entre les parties; la règle est la même que dans le cas, où les parties ont passé un compromis et où le défendeur serait assigné devant un tribunal ordinaire; en vertu du compromis, le défendeur peut demander au tribunal de se déclarer incompétent. Ici, la volonté des parties joue un rôle prépondérant; par conséquent le défendeur peut accepter d'être assigné devant un tribunal autre que celui qui est désigné dans la convention; il renonce en ce cas à invoquer l'incompétence.

Le convention est inopposable aux tiers.

La convention de prorogation est inopposable aux tiers. C'est ainsi qu'il a été jugé que la clause des statuts d'une société aux termes de laquelle les demandes dirigées par les actionnaires contre la société seront portées devant un tribunal autre que celui du siège social, n'est pas opposable aux tiers qui auraient un procès à faire à la société. Cette convention intéresse les rapports des actionnaires et de la société, mais elle n'intéresse pas les tiers et ne peut leur être opposée.

La convention est-elle opposable au tribunal?

Certainement pour le Juge de paix.

Il y a contre-verse pour les autres tribunaux.

Mais une question se pose; est-ce que la convention de prorogation de juridiction est opposable au tribunal? Si deux personnes, dans une convention, décident que les litiges qui naîtront de cette convention seront de la compétence d'un tribunal autre que celui qui est compétent d'après la loi, le tribunal désigné par les parties est-il tenu de juger? Il n'y a pas de difficulté à cet égard dans le cas où les parties ont prorogé la compétence du juge de paix; l'art.

7 du Code de procédure nous dit en effet, que le Juge de paix jugera le différend, le juge de paix est dans l'obligation de statuer autrement il y aurait déni de justice.

Mais il n'existe pas de texte semblable pour les autres tribunaux; par conséquent, à supposer que l'on proroge la juridiction d'un tribunal de première instance ou d'un tribunal de commerce, est-ce que ce tribunal est nécessairement obligé de statuer ? Il y a controverse sur ce point; certains auteurs, certaines décisions considèrent qu'un tribunal n'a jamais l'obligation de juger un procès qui n'est pas de sa compétence, quand bien même les parties lui défèreraient la connaissance du litige; à l'appui de cette opinion, on invoque une raison pratique, on dit que les tribunaux doivent leur temps aux justiciables de leur ressort; si leur rôle est surchargé, il faut leur donner la possibilité d'écarter les plaideurs dont ils ne sont pas les juges naturels. C'est la solution qui paraît avoir été donnée récemment par la cour de Dijon, dans un arrêt du 19 Avril 1929 (D. hebdomadaire, 1929-321).

Mais M. MOREL considère que cette opinion n'est pas bonne; il faut appliquer par identité de doctrine, aux tribunaux de première instance, et aux tribunaux de commerce et aux Conseils de prudhommes, la solution donnée par l'art. 7 pour les juges de paix; il n'y a pas de raison de distinguer; on peut ajouter deux arguments de textes à l'appui de cette dernière opinion; d'abord l'art. 59 du Code de procédure et l'art. III du Code civil qui, en matière d'élection de domicile semblent bien considérer que le juge du domicile élu est compétent et doit statuer; d'autre part, on peut invoquer encore les articles 168 et 169 du Code de procédure qui, pour le cas où un tribunal dont l'incompétence est relative, est saisi d'une affaire pour laquelle il est incompétent, décident que le tribunal n'a pas le droit de se déclarer incompétent d'office.

Chapitre IV

REGLEMENT DES CONTESTATIONS RELATIVES

A. LA COMPETENCE.

Les questions de compétence sont très complexes; aussi très fréquemment une difficulté relative à la compétence est soulevée à l'occasion d'un procès porté devant un tribunal; il est très fréquent que le défendeur soutienne qu'il a été assigné devant un tribunal incompétent, d'abord parce que ces questions sont souvent délicates, sujettes à controverse. D'autre part, très souvent, contester la compétence est une manière de retarder la solution du procès; c'est très souvent une mauvaise chicane, qui peut profiter à un défendeur certain d'encourir une condamnation rapide. Pourquoi le défendeur a-t-il souvent intérêt à contester la compétence, alors même que sa contestation n'est pas sérieuse ? C'est que toute contestation en matière de compétence est toujours susceptible d'appel et qu'il résulte, en effet, de l'art. 454 du Code de procédure, que, quelle que soit la valeur du litige et quand bien même le litige serait jugé en dernier ressort par le tribunal saisi, une contestation sur la compétence s'élevant au sujet de ce litige, est toujours susceptible d'appel.

Il y a quelque chose d'excessif à admettre sans limite, et quelle que soit la valeur du litige, la possibilité de l'appel sur les questions de compétence.

En législation, on devrait au moins faire une distinction entre les cas où l'incompétence soulevée est absolue et ceux où elle est simplement relative; on pourrait admettre toujours la faculté d'appel dans les cas où l'incompétence est absolue, mais dans les cas où il s'agit d'une incompétence relative, il est excessif que la question de compétence soit toujours susceptible d'appel alors que le litige sera jugé en dernier ressort.

Il faut laisser de côté le point de vue législatif et se placer sur le terrain du droit positif. Comment sont résolues les questions relatives à la compétence ? A cet égard, il faut distinguer deux hypothèses : la première, la plus simple, c'est celle

dans laquelle un procès ayant été porté devant une juridiction donnée, une des parties, généralement le défendeur, soulève l'incompétence de la juridiction saisie. Dans cette première hypothèse, il n'y a qu'un seul tribunal saisi. On envisagera ensuite l'hypothèse où la même affaire, ou bien deux affaires connexes ont été portées devant deux juridictions différentes c'est le cas de conflit de juridictions, dans lequel il y a des règles assez particulières.

1ère Hypothèse:
Le déclinatoire
de compétence.

Première hypothèse : un tribunal est saisi par un demandeur; puis une des parties, généralement le défendeur, soutient que le tribunal saisi est incompétent. Pour arriver à obtenir du tribunal qu'il se déclare incompétent, il est nécessaire que la partie qui soutient que le tribunal est incompétent, élève ce qu'on appelle un déclinatoire de compétence. Ce déclinatoire, suivant les cas, peut être élevé par le défendeur seul, ou encore par le demandeur, ou même par le ministère public.

L'incompétence
est le plus
souvent soulevée
par le défendeur. Il y a exception d'incompétence.

On sait que toutes les fois que l'incompétence est d'ordre public, ce n'est pas seulement le défendeur, c'est aussi le demandeur et même le ministère public qui peut requérir le tribunal et se déclarer incompétent. Dans la plupart des cas, il faut bien le reconnaître, que la compétence soit d'ordre public ou d'intérêt privé, ou simplement relative, c'est le défendeur qui soulève l'incompétence; comme c'est le demandeur qui a assigné devant le tribunal incompétent, il n'est guère vraisemblable qu'il soulève l'incompétence; c'est donc le défendeur qui soulèvera l'incompétence et il le fera sous la forme de l'exception d'incompétence.

L'exception d'incompétence.
Ses conditions.

Dans quelles conditions, le défendeur peut-il soulever l'exception d'incompétence? Quel est le rôle du tribunal saisi de cette exception.

L'incompétence absolue
peut être soulevée
en tout état de cause.

Il faut distinguer suivant que l'incompétence soulevée par le défendeur est absolue ou relative. Si l'incompétence alléguée par le défendeur est absolue, l'art. 170 du Code de procédure dit qu'elle peut être soulevée par le défendeur, en tout état de cause... c'est-à-dire que, devant le tribunal saisi, l'incompétence peut être opposée jusqu'au jugement définitif et cela quand bien même le tribunal aurait rendu un jugement interlocutoire passé en force de chose jugée. Bien plus, l'exception d'incompétence peut être opposée, pour la première fois en appel, si elle ne l'a pas été en première instance. Elle peut même être opposée, pour la première fois, devant la Cour de Cassation, à supposer qu'elle

n'ait été opposée, ni en première instance, ni en appel. Cependant, en ce qui concerne la Cour de Cassation, il n'est pas toujours possible d'opposer, pour la première fois, devant elle, l'incompétence absolue.

Par exemple, si un tribunal de commerce a été saisi d'une affaire du tribunal de première instance, l'incompétence du tribunal de commerce est une incompétence absolue. Cependant, il ne sera pas toujours possible, à supposer qu'on n'ait pas invoqué l'incompétence devant le tribunal de commerce, de l'invoquer, pour la première fois, devant la Cour de Cassation. Ce sera possible si le tribunal de commerce a statué en dernier ressort, sans appel possible. Mais il n'en sera pas de même si le jugement du tribunal de commerce incompétent, était simplement jugement en premier ressort et s'il a été frappé d'appel.

Supposons qu'un tribunal de commerce a été saisi d'une affaire de la compétence du tribunal civil et qu'on n'ait pas invoqué l'incompétence devant le tribunal, ni devant la Cour d'appel; en pareil cas, dit la jurisprudence, on ne pourra pas invoquer l'incompétence, pour la première fois devant la Cour de Cassation, parce que la Cour d'appel est juge d'appel tout à la fois du tribunal de commerce et du tribunal de première instance, et, par conséquent, le vice d'incompétence a été en quelque sorte purgé par l'intervention de la Cour d'appel. Que l'affaire ait été portée devant le tribunal de première instance, comme elle aurait dû l'être, ou qu'elle ait été portée devant le tribunal de commerce, comme elle l'a été, la Cour d'appel en a connu et elle était compétente pour en connaître; cela suffit pour que le vice d'incompétence ne puisse plus être invoqué devant la Cour de Cassation.

Chose plus curieuse, la Cour de Cassation a admis cette solution, même lorsque l'incompétence a été soulevée devant le tribunal de commerce et la Cour d'Appel. Il faut supposer que, devant la Cour d'Appel, le défendeur ait soulevé l'incompétence et que cependant, la Cour d'appel, par une erreur de droit, ait déclaré que le tribunal de commerce était compétent. Il semble qu'en pareil cas, si l'on forme un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'Appel, la Cour de Cassation cassera cet arrêt qui est rendu en violation de la loi; Cependant, la Cour de Cassation applique ici son principe que la Cour d'Appel était compétente de toute manière, quand bien même

l'affaire était de la compétence du tribunal de première instance et l'intervention de la Cour d'Appel a, en quelque sorte, purgé l'incompétence. Par conséquent, la Cour de Cassation se bornera à relever l'erreur de la Cour d'Appel; elle dira qu'en effet, la Cour d'Appel a commis une erreur en déclarant que le tribunal de commerce était compétent, mais, après avoir constaté cette erreur, elle rejettera le pourvoi en disant que la Cour d'Appel ayant plénitude de juridiction avait compétence pour juger; voyez arrêt de la Cour de Cassation, du 25 Juin 1924 (D. 1924-I-185).

Au point de vue strictement juridique, la solution de la Cour de Cassation peut soulever des objections; mais au point de vue pratique, elle est excellente.

D'après une opinion admise à l'étranger, lorsqu'il y a chose jugée et que le tribunal était incompétent le jugement est inexistant.

Quarrive-t-il lorsqu'il y a chose jugée par un tribunal incompétent *ratione materiae* ? Par exemple, un tribunal de commerce a été saisi d'une affaire de la compétence du tribunal de première instance. Aucun déclinatoire n'a été proposé. Le tribunal de commerce a jugé, on n'a pas fait appel, le jugement est devenu définitif. Le tribunal de commerce était incompétent "*ratione materiae*". Est-ce que l'incompétence est couverte ? D'après une opinion soutenue principalement à l'étranger, un pareil jugement devrait être considéré comme inexistant et pourrait être ramené à exécution. Les partisans de cette opinion disent que le tribunal de commerce et d'une façon générale une juridiction d'exception, n'a pas de pouvoir pour statuer sur une affaire qui n'est pas de sa juridiction; c'est comme si un particulier, non investi de pouvoir de juridiction, jugeait un procès son jugement serait inexistant; le jugement du tribunal de commerce est inexistant. En conséquence, la partie qui aura perdu son procès pourra soulever de nouveau la question devant la juridiction compétente il n'y a pas de chose jugée, le jugement n'existe pas; il n'y a pas seulement nullité mais inexistence

En France, l'autorité de la chose jugée est maintenue. Elle existe à partir du moment où le jugement n'est plus susceptible de voies de

Cette opinion n'a eu aucun succès devant la jurisprudence française; on s'en tient en France au principe de l'autorité de la chose jugée; le jugement rendu par un tribunal incompétent, "*ratione materiae*" acquiert l'autorité de la chose jugée, du moment qu'il n'est plus susceptible d'une voie de recours. D'une façon générale, la Cour de Cassation décide que tout jugement a l'autorité de la chose jugée, du moment qu'il n'est plus susceptible d'une voie de recours, alors même qu'il a violé un princi

recours.

d'ordre public tel que le principe de la séparation des pouvoirs ou les règles de la compétence "ratione materiae". Cette solution doit être approuvée; elle a l'avantage de mettre définitivement fin au procès et d'empêcher que la chose jugée ne soit remise en question.

Cependant, la question ne va pas sans difficulté, il y a des cas qui pourraient être embarrassants, mais ils ne sont guère susceptibles de se présenter en pratique.

Si un juge vio-
lait un principe
d'ordre public,
son jugement au-
rait force de
chose jugée, mais
le Procureur Gé-
néral de la Cour
de Cassation
pourrait se
pourvoir pour
excès de pou-
voir.

Qu'arriverait-il par exemple, si un juge civil annulait un acte administratif? Qu'arriverait-il si un juge de paix ou une juridiction d'exception quelconque statuait sur une affaire concernant l'état des personnes ou même prononçait un divorce? Est-ce que le divorce serait véritablement prononcé? Il semble que oui, étant donnée la jurisprudence de la Cour de Cassation qui nous dit que, quand bien même un tribunal violerait manifestement un principe d'ordre public, son jugement peut acquérir autorité de la chose jugée. En pareil cas, il y aurait possibilité pour le Procureur général près la Cour de Cassation de se pourvoir pour excès de pouvoir. Le pourvoi pour excès de pouvoir n'est enfermé dans aucun délai, on pourrait obtenir la cassation de cette décision, mais les parties ne pourraient exercer aucune voie de recours, du moment qu'elles auraient laissé expirer les délais.

S'il s'agit d'une
incompétence
relative, l'ex-
ception doit être
soulignée
"in limine li-
tis".

Supposons maintenant que l'incompétence soulevée par le défendeur est une incompétence simplement relative. En pareil cas, le défendeur doit, d'après l'art. 169 du Code de procédure, former sa demande de renvoi préalablement à toute exception et défense. C'est ce qu'on entend lorsqu'on dit que l'exception d'incompétence doit être opposée "in limine litis". Il résulte du texte que l'incompétence d'abord est couverte par les conclusions prises sur le fond par le défendeur; on considère alors qu'il renonce à opposer l'incompétence; En second lieu, l'art. 169 décide que l'incompétence doit être opposée avant toute autre exception; par conséquent, si on a une exception d'incompétence relative à soulever, il faut la faire avant de soulever toute autre exception et notamment une exception de nullité ou une exception dilatoire; par cela même que l'on discute la nullité ou qu'on demande au tribunal de surseoir, on accepte la compétence du tribunal.

Mais une difficulté se présente en ce qui concerne l'exception de la caution "judicatum solvi".

Doit-on soulever d'abord l'exception d'incompétence relative ou l'exception de la caution "judicatum solvi".

Supposons un Français assigné par un demandeur étranger devant un tribunal incompétent; en pareil cas, et sauf exception résultant des traités, le défendeur français peut imposer au demandeur étranger de fournir la caution "judicatum solvi"; d'autre part, le défendeur français peut soulever l'incompétence, puisqu'il a été assigné devant un tribunal incompétent "ratione loci". La difficulté provient de la rédaction de l'art. 166 et de l'art. 169. L'art. 168 décide que le défendeur doit requérir la caution avant toute exception et l'art. 169 dit la même chose pour l'exception d'incompétence relative; donc ces textes sont contradictoires. Laquelle de ces deux exceptions doit être soulevée la première? Controverse. Certains décident que c'est l'exception d'incompétence qui doit être soulevée la première, parce que si l'on réclame à l'étranger une caution, cela veut dire que l'on accepte la juridiction du tribunal; d'après la seconde opinion, il faudrait donner la priorité à l'exception de la caution "judicatum solvi" parce que, dit-on, l'exception "judicatum solvi" a pour objet de garantir le français défendeur contre les frais de justice qui lui causera le procès engagé contre lui; il est donc naturel que le français défendeur demande caution avant de plaider sur la compétence, car cela entraînera des frais. Voilà deux opinions diamétralement opposées. M. MOREL en préfère une troisième qui consiste à dire que le défendeur peut opposer l'une ou l'autre exception à son choix sans être déchu du droit d'opposer l'autre. Seulement si le français oppose d'abord l'exception d'incompétence, la caution "judicatum solvi", qu'il réclamera ensuite, ne couvrira pas les frais faits pour le jugement de l'exception d'incompétence, mais c'est le seul inconvénient que subira le défendeur français.

Suivant la jurisprudence en matière de divorce l'incompétence "ratione personae" est couverte si le défendeur n'oppose pas cette incompétence devant le président du tribunal.

Il faut signaler, en ce qui concerne l'exception d'incompétence, une solution qui a une grande importance pratique en matière de divorce et séparation de corps. Il est admis par la jurisprudence que l'incompétence "ratione personae" du tribunal est couverte si l'époux défendeur n'oppose pas cette incompétence devant le Président du tribunal chargé de tenter la réconciliation; en un mot, lorsque l'époux défendeur soutient qu'il a été assigné devant un tribunal incompétent, cet époux ne doit pas attendre d'être devant le tribunal pour soulever l'exception d'incompétence, il serait trop tard; d'après la Cour de Cassation, il doit opposer cette exception devant

le Président en conciliation. La Cour de Cassation a admis cette solution dans divers arrêts notamment dans un arrêt du 10 Février 1925 (D. 1925-1-73). La Cour de Cassation se fonde sur ce principe qu'en matière de divorce et séparation de corps, la conciliation est de la compétence du Président du tribunal, et qu'on peut dire que l'instance est commencée dès qu'on est devant le Président.

Rôle du tribunal
saisi de conclu-
sions d'incompé-
tence.

Quel est le rôle du tribunal saisi de conclusions d'incompétence? Il peut et doit statuer sur ces conclusions; mais le tribunal peut-il, par le même jugement, statuer sur l'incompétence et sur le fond du litige ?

Le tribunal de
première instan-
ce et le Conseil
de Prudhommes ne
peuvent joindre
l'incident au
fond.

Il y a des textes divers selon les juridictions; pour le tribunal de première instance, il y a un texte qui a été déclaré applicable également au Conseil de Prudhommes; c'est l'art. 172 du Code de procédure, d'après lequel toute demande en renvoi, c'est-à-dire tout déclinatoire, sera jugée sommairement sans qu'elle puisse être réservée ni jointe au principal. Il résulte donc de ce texte que le tribunal saisi de l'exception d'incompétence, doit statuer immédiatement sur la question d'incompétence sans avoir le droit de surseoir jusqu'au jour où l'affaire pourra être jugée au fond; par conséquent, le tribunal ne peut pas joindre, comme on dit, l'incident au fond; il faut qu'il statue d'abord sur la compétence.

Raison d'être
de cette dispo-
sition.

Quelle est la raison d'être de cette disposition? On ne s'entend pas sur ce point; certains auteurs y voient une disposition d'ordre public; la loi, disent-ils, ne veut pas que le tribunal puisse statuer sur le fond, alors que son droit de connaître du fond est contesté; il ne faut pas que le tribunal à qui l'on conteste le droit de statuer sur le fond du litige puisse, sur ce point, créer un préjugé contre un des plaideurs; c'est une disposition d'ordre public. Par conséquent, non seulement le tribunal, en rejetant l'exception d'incompétence, ne pourrait pas statuer sur le fond, à supposer qu'il ait été saisi du fond, mais il ne pourrait pas enjoindre au défendeur de conclure sur le fond.

Opinions diver-
ses.

D'après une seconde opinion, l'art. 172 constitue au contraire, une simple mesure d'ordre destinée à empêcher le tribunal de retarder la solution sur la compétence en attendant que l'affaire soit en état d'être jugée sur le fond; en effet, il est fréquent que lorsque le tribunal statue sur la compétence, l'affaire n'est pas encore prête à être jugée

sur le fond. L'art. 172 veut dire que le tribunal doit statuer tout de suite sur la compétence, il ne doit pas attendre que l'affaire soit prête à être jugée au fond; mais si l'affaire était prête à être jugée au fond, rien n'empêcherait le tribunal de statuer, par le même jugement, sur la compétence et sur le fond. D'autre part, en jugeant l'exception d'incompétence, il peut enjoindre au défendeur de conclure sur le fond immédiatement. Telles sont les deux opinions diamétralement opposées.

Opinion de la
jurisprudence

La jurisprudence n'accepte ni l'une, ni l'autre de ces dispositions, elle se place sur un terrain mixte. Elle a décidé, dans plusieurs arrêts, que l'art 172 s'explique parce que tout jugement sur la compétence est susceptible d'appel. L'art. 172 ne fait qu'appliquer un certain nombre de principes en matière d'appel. La raison pour laquelle le tribunal ne peut pas statuer au fond, en même temps qu'il statue sur la compétence, c'est qu'on ne peut pas exécuter un jugement immédiatement après qu'il a été rendu. Il faut attendre en principe, huit jours, avant d'exécuter. D'autre part, l'appel est suspensif de l'exécution. Ce sont les principes qu'appliquerait l'art. 172; en effet passer à l'examen du fond aussitôt et même en même temps que l'on rejette l'exception d'incompétence, c'est exécuter le jugement qui rejette l'incompétence, en méconnaissant le principe qu'on ne peut pas exécuter un jugement immédiatement après qu'il a été rendu, et ce serait priver le défendeur du bénéfice de l'effet suspensif de l'appel.

La Cour de Cassation en conclut que le tribunal ne peut pas enjoindre au défendeur, qui a vu son exception d'incompétence rejetée, de conclure immédiatement sur le fond; mais par contre, comme cet article 172 a pour objet de sauvegarder la faculté d'appel et que le droit d'appel n'est pas d'ordre public, rien n'empêche les parties de renoncer à l'application de l'art. 172. Si elles ont conclu sur le fond en même temps que sur la compétence, rien n'empêche le tribunal de statuer tout à la fois sur la compétence et sur le fond, puisque les parties ont renoncé à l'application de l'art. 172.

D'après la Cour

de Cassation, ce texte étant destiné à sauvegarder le droit d'appel, l'art. 172 ne s'applique que devant les tribunaux de première instance; on ne peut pas l'appliquer devant une Cour d'appel puisque ici, il n'y a plus d'appel possible.

Devant le tribunal de commerce, l'art. 425 admet une solution opposée à celle de l'article 172 :

Cette disposition de l'art. 172 ne s'applique pas devant le tribunal de commerce.

" le même jugement pourra, en rejetant le déclinatorio, statuer sur le fond, mais dans deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond; les dispositions sur la compétence pourront toujours être attaquées par la voie d'appel".

Donc, un tribunal de commerce, en même temps qu'il rejette l'exception d'incompétence, peut très bien statuer au fond si l'affaire est en état d'être jugée au fond; ici, le procès ne sera pas morcelé. Le tribunal de commerce devra rendre deux jugements, l'un sur la compétence et l'autre sur le fond, parce que la loi a prévu le cas où la décision sur le fond ne serait pas susceptible d'appel. Or une décision sur la compétence est toujours susceptible d'appel, quelle que soit la valeur du litige, c'est cette différence qui explique la précaution que prend l'art. 425 de dire qu'il faudra deux dispositions, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond; on pourra toujours appeler de la disposition sur la compétence et on n'appellera sur le fond que si le litige excède le taux du dernier ressort. La disposition de l'art. 425 viendrait assez à l'appui de la solution adoptée par le Cour de Cassation sur l'art. 172. La Cour de Cassation explique l'art. 172 en disant qu'il sauvegarde le droit d'appel; On verra que les jugements des tribunaux de commerce sont toujours exécutoires, immédiatement, par provision; Ici, l'appel n'est pas suspensif. Dès lors, il n'y a pas d'inconvénient à statuer sur le fond en même temps que l'on statue sur la compétence.

Il résulte encore de l'art. 425 que, à supposer que le défendeur n'ait pas conclu sur le fond, le tribunal de commerce peut enjoindre au défendeur de conclure au fond en même temps qu'il rejette l'exception d'incompétence.

Si le défendeur n'obtempère pas, il sera jugé par défaut sur le fond.

La règle en ce qui concerne les juges de paix.

En ce qui concerne les juges de paix, il existe une règle assez satisfaisante. Devant le juge de paix, le législateur n'admet pas qu'on appelle immédiatement sur la compétence. L'art. 14 de la loi du 25 Mai 1838 décide en effet que si le juge de paix s'est déclaré compétent, l'appel ne pourra être interjeté qu'après le jugement définitif. Si donc, le juge de paix, saisi d'une affaire, voit soulever devant lui une exception d'incompétence, il résulte d'abord implicitement de ce texte qu'il peut très bien statuer par la même décision sur la compétence et sur le fond. En second lieu, à supposer que le juge de paix rejette

le déclinatoire de compétence et ne puisse pas encore statuer sur le fond, parce que l'affaire n'est pas en état; la partie qui a vu rejeter son déclinatoire de compétence ne peut pas faire appel immédiatement; elle doit attendre que le juge de paix ait statué sur le fond et elle fera appel sur le tout; de cette manière les choses pourront-elles aller assez vite. Il est certain qu'une pareille solution devrait être appliquée en législation au tribunal civil. Il n'y a aucune raison pour que le tribunal civil, qui vient de rejeter le déclinatoire de compétence ne statue pas ensuite au fond. Le défendeur, à supposer qu'il soit condamné, ferait ensuite appel du jugement sur la compétence et du jugement sur le fond, s'il y a lieu; on va ainsi beaucoup plus vite.

Les deux solutions possibles en ce qui concerne le débat sur la compétence.

1ère solution: le juge se déclare incompetent.

En ce qui concerne le débat sur la compétence deux solutions sont possibles; le Juge accueille le déclinatoire et se déclare incompetent, ou bien rejette le déclinatoire et se déclare compétent. Dans le cas où le tribunal accueille le déclinatoire et se déclare incompetent, le demandeur peut faire appel et, si le jugement est confirmé, se pourvoir en cassation; il peut aussi accepter le jugement et porter sa demande devant un autre tribunal celui qu'il estime être compétent; en tous cas, un principe certain, c'est que le tribunal qui se déclare incompetent n'a pas à indiquer au demandeur quel est le tribunal compétent. Le tribunal incompetent doit se borner à se déclarer incompetent. Peut-être sera-t-il amené à indiquer dans ses motifs, quel est le tribunal qu'il estime compétent, mais de toute manière, qu'il indique le tribunal compétent dans ses motifs ou même dans son dispositif, la décision qu'il prendra ne lie pas le tribunal estimé compétent; il n'y a pas chose jugée sur ce point. C'est un des inconvénients du système déclinatoire de compétence; on verra que le règlement de juge a, sur ce point, une supériorité, c'est qu'il aboutit à la désignation du tribunal compétent.

2ème solution: Le tribunal se déclare compétent.

Supposons maintenant que le tribunal rejette l'exception d'incompétence et se déclare compétent; le défendeur débouté de son exception peut faire appel et, si son appel est rejeté, il peut se pourvoir en cassation; c'est voie normale, la seule qui soit toujours ouverte, mais, en outre la Cour de Cassation permet au défendeur qui voit son déclinatoire rejeté, lorsque certaines conditions sont réunies, de se pourvoir en indication de juges, devant la Cour de Cassation. C'est une forme de règlement de juges dont il sera

traité par la suite.

Les conflits de compétence.

Jusqu'ici, la question de compétence se présentait à l'occasion d'un litige qui était porté devant un seul tribunal, lequel était requis de se déclarer incompétent. Mais la question de compétence peut également se poser entre deux juridictions, entre deux tribunaux également saisis de la même affaire, ou de deux affaires connexes. De là peut naître un conflit. Conflit positif, si les deux tribunaux se déclarent également compétents et entendent connaître l'un et l'autre de la même affaire, ou des affaires connexes portées respectivement devant eux; Conflit négatif, si les juridictions se déclarent l'une et l'autre incompétentes; dans ce dernier cas, il faut que les deux plaideurs obtiennent justice. Il faudra donc résoudre ce conflit négatif.

En cas de conflit négatif, il faut éviter le danger de contrariété de jugement.

Dans le premier cas, lorsque les deux tribunaux se déclarent compétents, il y a un danger à éviter, c'est celui de la contrariété de jugement. Si les juridictions saisies statuaient dans le même sens, le mal ne serait pas très grand; il y aurait seulement des frais faits en pure perte, mais il peut arriver que les juridictions statuent en sens contraire, on aboutira à une situation insoluble. Ceci n'est pas seulement vrai dans le cas où la même affaire est portée devant deux tribunaux, mais encore quand les tribunaux sont saisis d'affaires connexes, on a vu qu'il faut éviter, avant tout, dans cette matière la contrariété de jugements. C'est pourquoi on admet la prorogation légale de juridiction, devant les tribunaux de droit commun. Ici, le cas est plus grave: deux juridictions sont saisies de deux affaires connexes: on peut craindre qu'elles ne donnent des solutions divergentes et inconciliables. On va voir ce qu'a fait le législateur pour éviter ces conflits et les résoudre quand ils se présentent.

Cas de conflit positif.

Pour le cas de conflit positif, il faut supposer qu'une même affaire ou deux affaires connexes sont portées devant deux tribunaux de première instance ou deux tribunaux de commerce, ou deux justices de paix, ou encore devant un tribunal de première instance et un tribunal de commerce. La loi, dans ce cas, a mis à la disposition des plaideurs, deux séries de moyens.

Première série de moyens: les exceptions déclaratoires.

Première série: les exceptions déclaratoires, qui sont au nombre de trois: l'exception d'incompétence, l'exception de littispendance et l'exception de connexité.

Deuxième série: le règlement de juges. Pour

L'exception d'incompétence.

L'exception d'incompétence, il suffit de dire qu'elle s'appliquera, lorsqu'une des deux juridictions saisies est incompétente. Si une même affaire est portée devant deux juridictions, et que l'une d'elles soit incompétente, le défendeur a un moyen très simple, c'est de soulever l'exception d'incompétence devant la juridiction incompétente et, si cette juridiction se déclare incompétente, il n'y aura plus qu'une seule juridiction saisie. Mais il est possible que les deux juridictions soient compétentes, soit qu'il s'agisse de la même affaire, soit qu'il s'agisse d'affaires connexes; alors l'exception d'incompétence ne peut plus jouer. Il ne peut s'agir alors que de l'exception de litispendance ou de l'exception de connexité.

L'exception de litispendance.

L'exception de litispendance est prévue par l'art. 171 du Code de procédure; elle suppose que deux demandes, ayant le même objet, fondées sur la même cause et entre les mêmes parties, soient portées devant deux tribunaux ayant également compétence pour en connaître. Que deux tribunaux soient compétents pour connaître d'une même affaire, cela n'a rien d'extraordinaire: cela peut se produire dans tous les cas où le demandeur a le choix entre plusieurs tribunaux, dans tous les cas où la loi admet que plusieurs tribunaux soient compétents pour statuer sur un litige, par exemple, cas de pluralité de défendeurs, ou encore celui de l'art. 420 du Code de procédure, qui donne au demandeur le choix, pour les affaires commerciales, entre trois tribunaux. De là un conflit que l'exception de litispendance va permettre de résoudre.

Il est en effet assez rare en pratique qu'une même affaire soit portée devant deux tribunaux; néanmoins, c'est une situation qui n'est pas inconnue de la pratique. Dans ce cas, on dit qu'il y a litispendance.

Caractères de la litispendance.

Ce qui caractérise la litispendance, c'est que la même affaire est portée devant deux tribunaux, également compétents. Il faut qu'il y ait : même objet, même cause, mêmes parties, pour qu'il y ait litispendance. Il faut aussi que les deux instances soient engagées; si l'une des deux demandes n'était qu'au préliminaire de conciliation, il n'y aurait pas litispendance. Il faut donc que les deux tribunaux soient saisis et, à l'inverse, il n'y aurait pas litispendance si l'une des juridictions avait statué au fond par un jugement en force de chose jugée, parce qu'alors, le second tribunal ne pourrait pas méconnaître l'autorité de la chose jugée par le premier.

La partie qui a à se plaindre de cette situation oppose devant le tribunal, saisi en second lieu, une

L'exception déclatoire de litispendance. exception déclatoire dite de litispendance, tendant à ce que le tribunal saisi en second lieu, se dessaisisse au profit du tribunal saisi en premier lieu. Le tribunal saisi en second lieu doit se dessaisir.

L'exception de connexité. C'est la date de l'assignation qui fixera la question de savoir quel est le tribunal saisi en second lieu.

L'exception de connexité a un caractère plus pratique. Elle suppose que l'on a porté devant deux juridictions différentes, deux affaires distinctes, mais unies entre elles par un lien de connexité, c'est-à-dire par un rapport étroit, si étroit que la solution donnée sur l'un doit emporter nécessairement la solution donnée sur l'autre. C'est le cas, par exemple, pour le vendeur qui assigne l'acheteur devant le tribunal du domicile de l'acheteur, en paiement du prix de vente, tandis que l'acheteur assigne le vendeur en nullité de contrat de vente, devant le tribunal du domicile du vendeur. Les deux affaires connexes, parce que si le contrat de vente est nul, le prix n'est pas dû; mais si un tribunal décide que le prix est dû, tandis que l'autre tribunal décide que la vente est nulle, on arrive ainsi à deux jugements contradictoires et inconciliables. En ce cas, l'art. 171, qui est commun à la connexité et à la litispendance, autorise le défendeur à opposer l'exception de connexité devant le tribunal saisi en second lieu, afin que ce tribunal renvoie l'affaire dont il est saisi, devant le tribunal saisi de l'affaire connexe, de telle sorte que le tribunal statuera sur les deux affaires, alors même qu'il ne serait pas compétent, tout au moins s'il s'agit d'un tribunal de première instance.

Règles particulières à l'exception de connexité.

Un tribunal de première instance ne peut se dessaisir d'une affaire connexe au profit d'un tribunal de commerce.

Seulement, il y a ici des règles particulières; l'exception de connexité ne peut pas avoir pour résultat d'amener un tribunal de droit commun, c'est-à-dire le tribunal de première instance, même saisi, le second à se dessaisir au profit d'une juridiction d'exception. En un mot, l'exception de connexité ne peut jamais amener un tribunal de première instance, même saisi le second, à se dessaisir d'une affaire connexe au profit d'une juridiction d'exception. Le contraire est possible; le tribunal de commerce peut se dessaisir en faveur du tribunal de première instance, mais le contraire ne peut pas avoir lieu, parce que le tribunal de commerce est radicalement incompétent pour connaître des affaires de caractère civil.

En tout cas, le renvoi pour connexité n'est pas possible lorsque deux affaires sont pendantes,

Pour qu'il y ait l'une en première instance et l'autre en appel. Si exception de connexité, il faut que les deux affaires soient au même degré.

l'une des affaires est plus avancée que l'autre, quel que soit en appel alors que l'autre n'est qu'en première instance, on ne peut pas demander à l'une des juridictions de se dessaisir au profit de l'autre, car la Cour d'appel ne peut pas se dessaisir au profit du tribunal de première instance, puisque l'affaire a déjà franchi le premier degré de juridiction; d'autre part, le tribunal de première instance ne peut pas se dessaisir de l'affaire au profit de la Cour d'Appel, puisqu'elle n'a pas encore franchi le premier degré de juridiction; il faut donc, pour que l'on puisse opposer l'exception de connexité, que les deux affaires soient devant deux tribunaux du premier degré ou encore devant deux cours d'appel.

Les exceptions de litispendance et de connexité ne sont pas, d'après la jurisprudence, d'intérêt public.

Litispendance et de connexité sont simplement d'intérêt privé et doivent par conséquent être opposées in limine litis.

La doctrine critique cette solution de la jurisprudence et considère que l'exception de litispendance et de connexité, ayant pour objet d'éviter des contrariétés de jugements, sont d'ordre public. M. MOREL trouve la solution de la jurisprudence meilleure; elle peut invoquer d'ailleurs l'art. 424 du Code de procédure.

Lorsque le tribunal, devant lequel on a opposé l'exception d'incompétence, de litispendance ou de connexité, défère à ce déclinatoire, toute difficulté est supprimée; un des tribunaux se déclare incompétent, le conflit est supprimé. Mais il peut arriver que le tribunal se déclare compétent, et persiste à connaître de l'affaire. En pareil cas, un moyen normal, c'est que la partie qui a opposé, sans succès, le déclinatoire peut faire appel et puis, si elle n'obtient pas gain de cause devant la Cour d'Appel, elle pourra se pourvoir devant la Cour de Cassation.

Mais il est un autre moyen qui s'offre à la partie déboutée de son déclinatoire de compétence, c'est le règlement de juges.

Deuxième série de moyens: le règlement de juges.

La demande en règlement de juges est l'acte par lequel un plaideur demande, à la juridiction supérieure aux deux tribunaux en conflit, de désigner celui des deux qui devra connaître de l'affaire.

Le règlement de juges n'est pas seulement le moyen de mettre fin à un conflit entre deux tribunaux; c'est aussi le moyen de le prévenir; parce que, lorsque deux tribunaux sont saisis de la même demande, ou de deux demandes connexes; les plaideurs peuvent, à leur

choix, ou bien opposer l'exception de litispendance ou l'exception de connexité ou recourir immédiatement au règlement de juges.

Le règlement de juges est un moyen complexe et coûteux. Ce qui différencie le règlement de juges de l'exception de litispendance ou de connexité c'est que c'est un moyen plus complexe et plus coûteux, en ce sens qu'il faut aller plaider devant une juridiction supérieure à celles des tribunaux saisis, mais c'est un moyen qui a le grand avantage d'aboutir à une solution du conflit; en effet, la juridiction supérieure désignera impérativement le tribunal qui devra connaître de l'affaire ou des deux affaires connexes et ici sa solution liera le juge désigné, tandis qu'en cas d'exception de litispendance ou de connexité reconnue, les juges se bornent à se dessaisir sans désigner le tribunal compétent. Par le moyen du règlement de juges, on peut aller plus vite, surtout dans le cas où le règlement de juges est fait par la Cour de Cassation.

Il est traité des règlements de juges dans les art. 363 et suivants du Code de procédure; ces textes n'envisagent que les règlements de juges en cas de litispendance, mais tout le monde est d'accord pour admettre que le règlement de juges s'applique aussi aux cas de connexité.

Conditions du règlement de juges.

Pour qu'il y ait lieu à règlement de juges, aux termes de l'art. 363, il suffit que la demande soit portée devant deux ou plusieurs tribunaux, sans qu'il soit nécessaire que ces deux tribunaux se soient d'ores et déjà déclarés compétents; du moment que la même affaire ou deux affaires connexes ont été portées devant deux tribunaux, le conflit existe: il peut être résolu par le moyen de règlement de juges. Lors même que les deux tribunaux n'ont pas été sollicités de se déclarer incompétents ou de se dessaisir, le conflit est latent, on peut le résoudre par ce moyen qui joue alors un rôle préventif. Le règlement de juges intervient encore, à plus forte raison, lorsque l'un des deux tribunaux saisi ou les deux se sont déclarés compétents, soit par jugement encore susceptible d'appel, soit même par jugement passé en force de chose jugée. Dans le cas où deux tribunaux sont saisis, l'un des deux a déjà statué sur le fond, par décision passée en force de chose jugée, il n'y aurait plus lieu à règlement de juges, parce qu'il n'y a plus de conflit. L'une des affaires a été jugée au fond, il n'y a plus de conflit, puisque l'on peut demander au second tribunal de tenir compte de la chose jugée.

La juridiction compétente pour opérer le règlement de juges est une juridiction supérieure aux tribunaux entre en matière

La juridiction compétente pour opérer le règlement de juges est une juridiction supérieure aux tribunaux entre

de règlement de juges. lesquels existe le conflit.

Dans l'ancien droit, le règlement de juges était toujours fait par le Conseil des Parties. Dans le droit actuel, la Cour de Cassation n'intervient qu'exceptionnellement; c'est la juridiction immédiatement supérieure aux deux tribunaux en conflit, qui statue. Si ce sont deux tribunaux de paix, ce sera, en principe, le tribunal de première instance qui fera le règlement de juges, mais à une condition, c'est que les deux tribunaux de paix soient dans le même ressort; s'ils ne sont pas dans le même ressort de tribunal, c'est la Cour d'Appel qui fera le règlement de juges, à la condition encore que les deux tribunaux de paix soient dans le même ressort de Cour d'Appel; s'ils ne sont pas dans le même ressort de Cour d'Appel, c'est la Cour de Cassation qui fera le règlement de juges.

Si le conflit existe entre deux tribunaux de première instance, ou entre un tribunal de première instance et un tribunal de commerce, c'est la Cour d'Appel qui fera le règlement de juges, si ces tribunaux sont dans le même ressort, sinon c'est la Cour de Cassation qui est appelée à faire le règlement de juges. On remarquera qu'ici la Cour de Cassation joue un rôle tout à fait différent de celui qu'elle joue comme juge de Cassation. Le règlement de juges est fondé sur l'idée de hiérarchie entre les tribunaux; c'est la juridiction supérieure qui met fin au conflit entre les deux tribunaux; la Cour de Cassation est au sommet de la hiérarchie judiciaire et, par conséquent, lorsque deux tribunaux ne sont pas du même ressort de Cour d'Appel, en cas de conflit entre eux, c'est la Cour de Cassation qui fait le règlement; mais ici, elle peut examiner les faits, rechercher si les tribunaux sont compétents, où les parties sont domiciliées, etc... La Cour de Cassation agit comme un supérieur hiérarchique et non comme un juge de Cassation. Aussi, sa décision s'impose; il n'y a pas lieu à renvoi.

La juridiction chargée de faire le règlement de juges, doit rechercher d'abord s'il y a réellement conflit, s'il s'agit de litispendance ou de connexité et, dans la négative, elle rejette la demande de règlement; dans le cas contraire, si elle estime qu'il y a conflit, elle désigne le tribunal qui connaît l'affaire, s'il y a litispendance, ou devant lequel sera renvoyée l'affaire connexe pour être jointe à l'affaire déjà posée. La juridiction désignée pour connaître de l'affaire, en cas de litispendance, sera le tribunal le premier saisi, mais en cas de connexité, la Cour de Cassation est moins ferme dans sa décision; en principe, c'est le tribunal premier saisi, mais cependant, la Cour de Cassation nous dit que

la question doit être tranchée pour le mieux des intérêts des parties et une meilleure administration de la justice et elle donne la préférence au tribunal saisi de la demande la plus générale ou la plus compréhensive, l'autre n'étant considérée que comme accessoire. Voir arrêt de la Chambre des Requêtes de 1929- (D. hebdomadaire, 1929-378).

La demande en indication de juges.

Il existe une application tout à fait particulière du règlement de juges, admise par la Cour de Cassation, c'est la demande en indication de juges. On a dit précédemment que le défendeur, qui voit son exception d'incompétence rejetée, a un moyen normal, c'est de faire appel, mais il a un autre moyen qui lui est ouvert dans certaines conditions, c'est la demande en indication de juges qui est présentée par la loi comme une espèce de règlement de juges, d'une matière tout à fait particulière.

Dans cette hypothèse, en effet, il n'y a qu'une seule juridiction saisie, il n'y a pas de conflit. Il faut supposer qu'une personne a été assignée devant un tribunal et qu'elle a opposé une exception d'incompétence qui a été rejetée; aucune autre juridiction n'a été saisie. L'art. 363 sur le règlement de juges n'est pas ici applicable, il suppose un conflit de juridictions; néanmoins, la Cour de Cassation a considéré comme étant en vigueur sur ce point, une disposition d'une ordonnance d'Août 1737 concernant les évocations et règlements de juges. L'art. 19 de cette ordonnance décide que " la partie qui aura été déboutée du déclinatoire par elle proposé devant la Cour ou la juridiction qu'elle prétendra être incompétente, d'un autre ressort, pourra se pourvoir en notre grande chancellerie ou devant notre Conseil, en rapportant le jugement rendu contre elle et les pièces justificatives de son déclinatoire moyennant quoi ".....

Par conséquent la Cour de Cassation, appliquant ce texte, décide que, lorsqu'une partie a été déboutée de son déclinatoire d'incompétence, elle peut se pourvoir immédiatement devant la Cour de Cassation, successeur du Conseil des Parties, pour lui demander de désigner le juge qu'elle estime compétent.

Un plaideur assigné devant le tribunal de la Seine a été débouté de son exception d'incompétence; il a demandé à être envoyé devant le tribunal de Quimper; son exception a été rejetée; au lieu de faire appel du jugement du tribunal de la Seine, il peut se pourvoir immédiatement en Cassation et lui demander de le renvoyer devant le tribunal de Quimper. La Cour de Cassation désignera, s'il y a lieu, le tribunal de Quimper; ainsi, on fait l'économie de la juridiction d'appel; on se pourvoit immédiatement devant la Cour de Cassation. Il faut une condition; c'est que les

deux juridictions, celle qui a rejeté le déclinatoire de compétence et celle devant laquelle le plaideur demande à être renvoyé, ne soient pas du même ressort de Cour d'Appel; si elle est du même ressort, l'indication de juge n'est pas possible; cette condition résulte de l'article 19 de l'ordonnance de 1737.

Il est fait souvent usage de cette demande en indication de juges; Voir un arrêt du 7 Décembre 1925 (S. 1926 - I - 181).

Le conflit négatif.

Lorsque deux tribunaux saisis de la même affaire, se sont tous les deux déclarés incompétents, il y a conflit négatif. Le demandeur qui a à souffrir de cette situation peut faire appel, considéré que l'un des tribunaux s'est déclaré incompétent à tort, faire appel de sa décision, se pourvoir en Cassation contre l'arrêt d'appel, mais on admet aussi que ce demandeur peut immédiatement se pourvoir en règlement de juges, quoique le texte de l'art 363 du Code de procédure ne vise expressément que le conflit positif, mais on considère que, du moment qu'il y a conflit, le règlement de juges doit jouer. Par conséquent, le demandeur se pourvoit en règlement de juges devant la juridiction supérieure; si celle-ci estime que l'un des tribunaux s'est déclaré à tort incompétent, elle annulera la décision d'incompétence et ce tribunal devra connaître de l'affaire; si, au contraire, le tribunal chargé du règlement de juges estime que les deux tribunaux ont eu raison de se déclarer incompétents, elle rejettera la demande du règlement de juges, mais elle se gardera d'indiquer le tribunal compétent; elle n'a pas le droit de le faire, puisqu'il n'y a pas lieu à règlement de juges; il appartiendra au demandeur de choisir le troisième tribunal qui soit compétent.

L' INSTANCE .

Définition de l'instance.

Lorsqu'un litige s'élève entre deux ou plusieurs personnes, et qu'aucune solution amiable n'intervient, l'une d'elles saisit la justice pour lui demander de consacrer sa prétention et de rendre une décision qui s'imposera à son adversaire; cette demande en justice crée un état de droit, une situation juridique qu'on appelle l'instance.

L'instance comporte une série d'actes, plus ou moins nombreux suivant les cas, effectués soit par les parties, soit par le tribunal, qui tendent à la solution du litige.

Le premier de ces actes est la demande en justice, le dernier, c'est le jugement ou l'abandon de l'instance.

ou tout autre acte qui met fin à celle-ci, tel que la péremption d'instance. Entre la demande en justice, le jugement ou l'acte qui met fin à l'instance s'intercalent un certain nombre d'actes des parties et du tribunal. Le demandeur précise sa prétention, le défendeur, s'il comparaît, oppose ses défenses, ses fins de non recevoir, ses exceptions, le tribunal ordonne des mesures d'instruction, des incidents peuvent se greffer sur la demande principale et, enfin, lorsque le tribunal a rendu son jugement, l'instance n'est pas toujours terminée; d'abord, il faut exécuter le jugement et puis des voies de recours peuvent être exercées. L'instance est donc la source de toute une activité des parties et du tribunal.

Cette instance constitue un rapport juridique dans lequel sont impliqués les parties et le tribunal saisi ou si l'on veut, l'Etat, représenté par le tribunal. C'est un rapport juridique complexe qui donne naissance à une double catégorie de rapports entre les parties, d'abord, le demandeur et le défendeur. Puis, rapports entre les parties et l'Etat qui a la mission et l'obligation de juger. Les parties au procès ont des obligations l'une vis-à-vis de l'autre; elles ont le droit de soumettre au juge leurs prétentions, d'exiger que celles-ci soient examinées et jugées selon les formes et les délais prescrits par les règles de la procédure.

De l'obligation
de comparaître.

Chaque partie est tenue de se soumettre aux règles de la procédure, de comparaître.

Est-ce une obligation pour la partie défenderesse de comparaître quand elle est assignée en justice ? On peut répondre: oui. Et si l'on ne veut pas admettre qu'il y a là une obligation pour le défendeur, il faut au moins dire qu'il y a, pour le défendeur, une obligation alternative, ou de se défendre ou d'être jugé par défaut. Si l'on considère que le défaut est un droit, comme on semble l'admettre dans notre législation, on peut dire que le défendeur peut, à son choix, comparaître et se défendre ou se laisser juger par défaut; mais de toute façon, il y aura jugement.

Nature du
rapport juridique
né de l'instance.

Quelle est la nature du rapport juridique que l'instance fait naître entre les parties ? D'après une opinion assez répandue, et dont on retrouve la trace dans les arrêts, l'instance constituerait un rapport de nature contractuelle. Le procès s'analyserait, en un mot, en un contrat conclu entre les parties, contrat aux termes duquel les parties s'engageraient à porter leur procès et à accepter la sentence.

On parle en effet, couramment, de contrat judiciaire; cette conception a une origine romaine. Elle se rattache

L'instance, contrairement au caractère reconnu, sous la procédure formulaire à la litis contestation. On considérerait l'instance comme d'après la conception romaine, une sorte de contrat entre les plaideurs, soumettant chacun d'eux à l'obligation d'être jugé. En Droit romain, à l'époque formulaire, cette conception de l'instance contrat était aisément compréhensible; la litis contestation avait un caractère contractuel, parce qu'elle exprimait à cette époque où l'on sortait à peine de la justice privée, le consentement des plaideurs à soumettre leur différend à l'arbitrage du juge. La litis contestation avait ici un peu le caractère qu'a aujourd'hui le compromis; c'est un contrat, mais à la fin du Droit romain, il n'en était plus ainsi; de nos jours, il ne peut plus être question de litis contestation, et on ne peut plus considérer l'instance comme un contrat. Tout le monde est d'accord pour considérer qu'aujourd'hui l'instance n'entraîne plus novation du droit du demandeur. Cependant beaucoup d'auteurs estiment et les arrêts de la Cour de Cassation considèrent encore l'instance comme un contrat intervenu entre les plaideurs. Voir arrêt du 29 Avril 1912 (S. 1913 - I - 185) dans lequel la Cour de Cassation essaie de faire produire des effets à ce contrat judiciaire. Cet arrêt est bien rendu, mais la raison donnée est mauvaise, il n'y a pas de contrat judiciaire; c'est par un véritable abus de langage, qu'on parle ici d'un contrat entre les plaideurs; il est bien évident que, si le demandeur agit en justice, c'est parce qu'il ne peut pas faire autrement, c'est parce qu'il n'a pas obtenu satisfaction de son adversaire et qu'il lui est défendu de se faire justice à lui-même, et, d'autre part, il est bien certain aussi que le défendeur subit le procès qui lui est fait; il est bien obligé de se défendre et s'il ne se défendait pas, il serait jugé par défaut; c'est un singulier contrat que celui où le demandeur et le défendeur sont impliqués contre leur volonté et où ils agissent ainsi parce qu'ils ne peuvent faire autrement.

L'instance

quasi-contrat.

Certains auteurs assimilent l'instance à un quasi-contrat; on recourt volontiers à cette notion toutes les fois qu'on ne peut pas donner une explication satisfaisante; on a tort ici d'introduire des notions juridiques de droit privé, car on est en matière de Droit public. La vérité, c'est que l'instance prend naissance à la suite d'un acte émanant du demandeur, la demande en justice, acte introductif d'instance; à cet acte, la loi attache un certain nombre d'effets, soit dans les rapports des parties entre elles, soit

dans leurs rapports avec le tribunal chargé de juger

L'art. 403 du Code de procédure, l'une d'elles surtout, contribuent à créer sur ce point, l'illusion qu'on est en présence d'un contrat. L'art. 403 du Code de procédure dit en effet que le désistement d'instance par le demandeur n'a d'effet que lorsqu'il est accepté par le défendeur. Les partisans du contrat invoquent ce texte. C'est là une illusion, il n'est nullement nécessaire pour expliquer l'art. 403 de faire appel à la notion de contrat; la meilleure preuve qu'il ne s'agit pas d'un contrat, c'est l'interprétation que la jurisprudence donne de cet article; la jurisprudence décide en effet, que le défendeur qui refuse sans motif légitime d'accepter le désistement peut y être contraint par le tribunal; or, on n'a jamais vu un contrat dans lequel une partie pourrait être contrainte par le tribunal à renoncer au droit qui résulte pour elle de ce contrat.

Il s'agit, en réalité, d'obligations légales qui dérivent toutes de la nécessité de maintenir l'ordre dans la société. Le demandeur est obligé de plaider, parce qu'il ne peut pas se faire justice lui-même. Le tribunal est obligé de juger pour la même raison, parce qu'il accomplit sa fonction d'Etat, sa fonction juridictionnelle.

L'instance constitue donc un rapport juridique; l'acte qui donne naissance à un rapport, c'est la demande en justice, l'acte introductif d'instance.

La demande en justice.

La demande en justice est un acte juridique qui produit un certain nombre d'effets; comme tout acte juridique, il suppose la capacité et n'est valable que s'il est formé par une personne capable contre une personne capable d'ester en justice. La première question qui se pose est celle de la capacité d'ester en justice.

En second lieu, la demande en justice étant un acte juridique et un acte de procédure est soumise à des conditions de forme.

La capacité de demander et d'ester en justice.

En ce qui concerne la capacité d'ester en justice, il faut faire la distinction classique de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice.

En ce qui concerne la capacité de jouissance, des personnes physiques, le droit d'agir en justice doit être reconnu à toute personne, puisque c'est un principe admis dans notre Droit, que tout être humain, né vivant et viable, est une personne, c'est-à-dire a des aptitudes à avoir des droits. Il est donc naturel d'admettre que toute personne née vivante et viable

peut défendre ses droits en justice; toute personne physique a le droit d'ester en justice.

Le droit d'ester
en justice des
étrangers.

Ne faut-il pas cependant faire une réserve pour les étrangers; ne doit-on pas admettre que les étrangers sont, dans une certaine mesure, privés du droit d'ester en justice. Il est certain que, dans notre droit, les étrangers, comme les Français, ont le droit d'ester en justice. Cependant, d'après la jurisprudence, les tribunaux français ne seraient pas compétents pour statuer sur les différends entre étrangers. Si on ne considérait cette jurisprudence que superficiellement, on pourrait dire que les étrangers ont bien le droit d'ester en justice en France, comme les Français, mais qu'ils n'ont pas ce droit, vis-à-vis des autres étrangers; en réalité, comme on l'a bien montré, cette interprétation ne serait pas rigoureusement exacte, la jurisprudence ne dénie pas aux étrangers le droit d'ester en justice en France, même vis-à-vis d'un autre étranger, mais il y a des cas où la jurisprudence est obligée de dire qu'il n'y a pas en France, de tribunal compétent et la meilleure preuve c'est que toutes les fois qu'elle trouve un tribunal compétent, elle admet le procès entre étrangers; lorsqu'il s'agit d'un immeuble situé en France, ou des matières commerciales, etc.

Capacité d'es-
ter en justice
des personnes
morales.

On peut donc dire, d'une façon générale que tout être humain a la capacité d'ester en justice; mais le droit d'ester en justice appartient aussi aux personnes morales soit qu'il s'agisse de groupements revêtus de plein droit de la personnalité, comme les sociétés civiles, commerciales, ou les syndicats professionnels, soit qu'il s'agisse d'associations qui, elles, n'ont la personnalité qu'à la condition d'être au moins déclarées. Du moment qu'un groupement a la personnalité juridique, ce groupement peut ester en justice pour défendre ses droits, mais toutes les fois qu'un groupement n'a pas la personnalité juridique, il est incapable d'ester en justice; c'est le cas des associations non déclarées.

La capacité
d'exercice.

Toutes les personnes ont le droit d'ester en justice, cela ne veut pas dire que ces personnes pourront toujours exercer par elles-mêmes ce droit. Certaines personnes, en effet, ont le droit d'ester en justice, mais elles ne sont pas capables de plaider, parce qu'elles sont frappées d'une incapacité d'exercice. Parmi ces personnes que la loi déclare incapables d'agir seules en justice, une distinction doit être faite; les unes ne peuvent pas plaider par elles-mêmes, elles doivent être représentées par une autre

personne, leur tuteur ou l'administrateur légal; c'est le cas du mineur non émancipé.

D'autres personnes peuvent bien plaider par elles-mêmes, mais elles doivent être ou assistées, c'est le cas du mineur émancipé qui doit être assisté de son curateur, ou autorisées, c'est le cas de la femme mariée non séparée de corps.

D'une façon générale, la capacité de plaider ne correspond pas à la capacité en matière extra-judiciaire. En un mot, la loi a prétendu assurer d'une manière plus rigoureuse, la protection des incapables lorsqu'il s'agit d'ester en justice, que lorsqu'il s'agit de passer un acte quelconque extra-judiciaire. Si bien qu'il arrive que des personnes aient la capacité de faire un acte et qu'elles ne soient pas capables d'ester en justice, pour défendre elles-mêmes les difficultés nées de cet acte. C'est le cas des individus pourvus d'un Conseil judiciaire et de la femme séparée de biens qui peuvent faire seuls certains actes, mais qui sont incapables de les défendre sans être assistés ou autorisés. C'est aussi le cas de la femme mariée commerçante; femme autorisée à faire le commerce, elle a pleine et entière capacité pour faire tout acte de commerce, vendre, acheter depuis la loi du 13 Juillet 1907, elle dispose des revenus de son commerce, mais elle est incapable de plaider sans l'autorisation de son mari, ou de justice, pour défendre les droits qui résultent pour elle de ces actes. Certains auteurs considèrent que rien n'a été changé sur ce point aux dispositions du Code civil, mais pour M. MOREL, depuis la loi du 13 Juillet 1907, sur le libre salaire de la femme mariée, la femme commerçante qui a le droit de plaider relativement à ses biens réservés, a également le droit de plaider dans toutes les affaires intéressant son commerce et cela sans autorisation. Cette solution est contestable et elle est contestée.

La situation
de la femme
mariée dans
une instance.

En principe et sauf quelques exceptions, la femme mariée, pour plaider, doit être autorisée de son mari ou de la justice, art. 215 du Code civil; l'autorisation du mari peut être expresse ou tacite, notamment si le mari est, dans un procès, demandeur avec sa femme; dans ce cas, le mari est considéré comme l'autorisant tacitement. Si la femme est défenderesse, le mari est considéré comme l'autorisant tacitement, si, assigné en même temps qu'elle, il comparaît et se défend; en général, on assignera le mari en même temps

que la femme ne serait-ce que pour autorisation; quand bien même leurs intérêts ne seraient pas communs, si le mari comparait, il autorise par là même sa femme tacitement à plaider. Dans le cas de refus d'autorisation, la femme peut plaider avec l'autorisation de justice. Si elle est demanderesse, en principe, elle devrait recourir, pour obtenir l'autorisation de justice, à la procédure prévue par les art 861 et suivants du Code de procédure; elle assignerait son mari devant le tribunal pour obtenir l'autorisation de justice; mais cette procédure, longue et coûteuse est rarement suivie; il est fréquent que les choses se passent plus simplement. D'abord, la loi, dans certains cas, a formellement dispensé la femme de recourir à la procédure de l'art. 861, c'est-à-dire l'assignation de son mari devant la Chambre du Conseil; c'est le cas pour les justices de paix et les Conseils de prudhommes. La loi du 12 Juillet 1905 décide que le juge de paix peut toujours autoriser une femme mariée à ester en jugement devant lui lorsque la femme n'obtient pas l'autorisation de son mari; on trouve les mêmes dispositions dans l'art 70 du livre 4 du Code du travail pour les Conseils des Prudhommes. La Cour de Cassation a jugé que la Cour d'Appel saisie de l'appel interjeté par une femme non autorisée, peut autoriser la femme à suivre son appel, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure de l'art. 861 et l'on propose les règles du cas de pourvoi en cassation. Finalement, ce n'est donc qu'en première instance, c'est-à-dire devant le tribunal civil et le tribunal de commerce, que la femme mariée demanderesse, non autorisée par son mari, devrait recourir à la procédure de l'art. 861 et suivants; mais, même en ce cas, une partie de la doctrine admet et des arrêts ont décidé qu'il n'y a pas obligation de recourir à cette procédure. En un mot, le tribunal saisi par la femme a qualité pour l'autoriser et cette solution devrait certainement prévaloir en législation. En référé, on admet que la femme puisse se présenter sans autorisation de son mari.

Si la femme que son mari refuse d'autoriser est défenderesse, ce sera très simple; le demandeur a assigné la femme, il a assigné en même temps le mari pour autorisation; si le mari ne comparait pas ou refuse l'autorisation, on admet sans difficulté que le tribunal saisi peut autoriser la femme à se défendre.

Dernière question: Quarriève-t-il lorsqu'une instance est engagée par un incapable, qui n'est pas régulièrement habilité ? Une instance est engagée par

Quarriève-t-il lorsqu'une instance est

engagée par un incapable qui n'est pas régulièrement habilité.

un mineur, qui n'a pas les autorisations requises, par un individu pourvu d'un conseil judiciaire qui n'est pas assisté de son conseil, ou par une femme mariée, qui n'est pas autorisée de son mari comme justice.

L'adversaire peut évidemment refuser de plaider. On se demande, si l'adversaire de l'incapable oppose, en pareil cas, pour obtenir que la procédure soit régularisée, une fin de non recevoir ou une exception. Une partie de la doctrine dit que c'est une fin de non recevoir. M. MOREL ne le croit pas et pense que la Cour de Cassation a raison, lorsqu'elle décide que c'est une exception qu'oppose l'adversaire de l'incapable, à l'effet que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que l'incapable soit muni des autorisations nécessaires.

Cette jurisprudence se comprend d'autant mieux, quand on la rapproche d'une autre solution admise par la jurisprudence, d'après laquelle l'irrégularité résultant d'un défaut d'autorisation ou l'assistance est couverte, lorsqu'au cours de la procédure, même en appel et même en cassation, la formalité a été remplie.

Il suffit, dit la Cour de Cassation, qu'à quel que moment de la procédure, l'autorisation soit donnée ou l'assistance ait lieu régulièrement par que tout soit régularisé avec un effet rétroactif (Requêtes 12 mai 1926. G.P. 12 Juin 1926).

Dans ces conditions, on comprend très bien que la Cour de Cassation ait été amenée à dire que c'est une exception dilatoire, que l'adversaire oppose à l'incapable; il demande que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que tout soit régularisé.

Supposons maintenant qu'un incapable n'a pas plaidé régulièrement et que le jugement a été rendu sans que personne se soit avisé de l'irrégularité de la procédure. Si le jugement est rendu en faveur de l'incapable, pas de difficulté. Si le jugement est rendu contre lui, le jugement rendu contre l'incapable, non régulièrement autorisé, est un jugement nul.

Mais en matière de jugements, c'est un grand principe qu'on retrouvera plus tard, qu'il n'y a pas de voies de nullité contre les jugements. Les jugements ne sont pas susceptibles d'actions en nullité. Ils sont susceptibles exclusivement, aussi bien en cas d'irrégularité de forme que d'irrégularité de fond des voies de recours établies par la loi, pendant seulement un certain délai, passé lequel le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée. Si ce jugement

rendu contre un incapable acquiert cette autorité de la chose jugée, tout est fini: le jugement est en quelque sorte régularisé par la force de chose jugée.

Supposons que l'exercice des voies de recours soit encore possible. Le jugement a été rendu, mais on est encore dans le délai pour que les voies de recours soient exercées. C'est un principe que seul l'incapable peut se prévaloir de l'irrégularité du jugement. S'il a été condamné, il fera appel, et il suffira qu'il invoque l'irrégularité de la procédure pour que la juridiction d'appel annule toute la procédure faite irrégulièrement.

Si c'est l'incapable qui a gagné son procès, c'est son adversaire qui fera appel. L'adversaire de l'incapable ne pourra pas invoquer l'irrégularité de la procédure pour faire tomber cette procédure de première instance. Seul l'incapable est en mesure d'attaquer le jugement pour obtenir l'annulation, et, d'après la Cour de Cassation, il peut proposer le moyen tiré de l'irrégularité pour la première fois même devant la Cour de Cassation.

Quelles sont les voies de recours, qui sont ouvertes à l'incapable ? Il faut distinguer :

S'il s'agit d'une femme mariée, qui n'a pas été régulièrement autorisée, et qu'en première instance la femme perde son procès, elle peut faire appel. A supposer qu'elle n'invoque pas son incapacité devant la Cour d'Appel, si elle perd son procès en appel, elle pourra, pour la première fois, devant la Cour de Cassation, former un pourvoi et invoquer son incapacité.

S'il s'agit d'un mineur ou d'un interdit, c'est plus compliqué. Le mineur évidemment peut faire appel, mais si le mineur condamné par la Cour d'Appel, sans qu'il ait invoqué son incapacité, veut exercer une voie de recours, ici, ce n'est pas le recours en cassation qui doit être exercé, c'est la requête civile, voie de recours particulière, sorte de procès en révision. Il ressort, en effet, de l'art. 481 que certaines personnes morales publiques et les mineurs, auxquels il faut adjoindre les interdits, peuvent se pourvoir en requête civile, s'ils n'ont pas été valablement défendus. Si un mineur ou un interdit a plaidé sans être autorisé ou sans les formalités prévues par la loi pour sa protection, c'est un cas d'ouverture à requête civile.

L'acte introductif d'instance est une des formes sous lesquelles se présente la demande en justice; on dit une des formes, parce qu'une demande peut être incidente et alors elle peut se présenter sous une forme simplifiée.

Les demandes introductives d'instance supposent que le tribunal n'est saisi d'aucune autre demande et elles doivent être présentées sous certaines formes.

Quelles sont les voies de recours qui sont ouvertes à l'incapable.

1°- Femme mariée non régulièrement autorisée.

2°- Mineur ou interdit non régulièrement autorisé.

L'acte introductif d'instance.

Formalités préliminaires à l'acte introductif d'instance.

En principe, c'est sous la forme de l'assignation que la demande se présente; mais il arrive assez fréquemment que l'acte introductif d'instance doive être précédé de certaines formalités préliminaires à l'acte, formalités sans lesquelles l'acte ne serait pas recevable. Ces formalités sont diverses; tantôt, c'est une autorisation de justice; il est des cas où une personne ne peut introduire une instance, sans être autorisée par la justice; c'est le cas de la prise à partie ou du règlement de juges qui exigent une autorisation préalable du tribunal devant lequel l'affaire sera portée; voir art. 364 du Code de procédure pour le règlement de juges et art. 510 pour la prise à partie. Pour l'instance en divorce, il faut l'autorisation du Président du tribunal, formalité préliminaire qui est absolument essentielle.

Le préliminaire de conciliation

En vue d'assurer la paix sociale et pour diminuer les procès, la loi exige que, devant certaines juridictions et sauf des exceptions assez nombreuses, toute instance soit précédée d'une tentative de conciliation devant un magistrat. L'Assemblée Constituante avait conçu de grandes espérances sur le préliminaire de conciliation et en avait fait une règle à peu près générale. Les faits n'ont pas répondu complètement à cette espérance; aussi, le Code de procédure, tout en maintenant ce préliminaire, l'a restreint dans une certaine mesure. Quoi qu'il en soit, le préliminaire de conciliation est exigé pour les affaires relevant du tribunal de première instance, de la Justice de paix et du Conseil des prudhommes. Devant toutes les autres juridictions, tribunal de commerce, référé, juridictions du second degré, la loi n'exige aucun préliminaire de conciliation.

En ce qui concerne le tribunal de première instance, le préliminaire de conciliation est en décadence; au contraire, pour les affaires de la compétence des Justices de paix et des Conseils de prudhommes, il donne de bons résultats;

La conciliation dans les affaires de la compétence du tribunal de première instance.

Quelles sont les affaires soumises au préliminaire de conciliation? la réponse est donnée dans l'art. 48: "aucune demande principale introductive d'instance entre les parties capables de transiger, sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction ne sera reçue par le tribunal de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix".

Un projet déposé récemment décide que le préliminaire de conciliation aura toujours lieu devant le Président du tribunal civil lui-même, parce qu'on

Conditions préliminaires de conciliation.

estime que l'insuccès de la conciliation devant la justice de paix provient en partie de ce que c'est le juge de paix qui préside à la tentative de conciliation et qu'il a moins d'influence sur les parties

Pour être soumise au préliminaire de conciliation une affaire doit être principale. Cela aboutit à supprimer le préliminaire de conciliation pour les demandes incidentes; la raison c'est que, si on ne s'est pas concilié sur la demande principale, on ne se conciliera pas davantage sur la demande incidente. Mais, pour qu'une affaire principale soit soumise au préliminaire de conciliation, il faut encore que cette demande soit formée "entre parties capables de transiger", dit le texte. Le Code a certainement voulu dire qu'il ne sera pas nécessaire d'appeler en conciliation toutes les fois que l'affaire intéresse un incapable pour lequel la transaction est soumise à des formes particulièrement rigoureuses et coûteuses qu'il faut éviter; c'est le cas des mineurs et des interdits.

De même, les personnes morales publiques, d'après l'art. 49 sont dispensées du préliminaire de conciliation, parce que ce sont des personnes morales, pour lesquelles la transaction est soumise à des règles particulières.

D'autre part, ne sont pas susceptibles de préliminaire de conciliation, décide l'art. 48, les affaires portant sur des objets qui ne sont pas susceptibles de transaction, questions d'état, de capacité, de nationalité, de filiation; en ces matières, la transaction est impossible; la conciliation étant faite pour aboutir à une transaction, il est inutile de tenter la conciliation. La loi (art. 49 du Code de procédure) dispense encore certaines affaires du préliminaire de conciliation, pour des raisons diverses; c'est ainsi qu'on dit que les demandes en matière de commerce échappent aux préliminaires de conciliation la demande en désaveu; les demandes formées contre au moins trois défendeurs échappent au préliminaire de conciliation parce qu'on considère qu'étant donné le nombre de défendeurs, il y a peu de chances de se concilier.

Les cas requérant célérité sont dispensés du préliminaire de conciliation - on.

Sont encore dispensées du préliminaire les demandes qui requièrent célérité. Comment les choses doivent-elles se passer au cas d'une demande qui requiert célérité? Théoriquement, le demandeur assignerait devant le tribunal le défendeur et c'est devant le tribunal qu'on discuterait si la demande requiert ou non célérité; si le tribunal estimait qu'il n'y a pas

célérité, il renverrait devant le Juge de paix, pour la tentative de conciliation; mais les choses ne se passent jamais ainsi. Il est devenu courant que pour se faire dispenser du préliminaire de conciliation, le demandeur s'adresse au Président du tribunal qui statuera par voie d'ordonnance sur requête; on a mis ici à profit l'art. 72 du Code de procédure qui permet au président, dans les cas requérant célérité, de permettre d'assigner à bref délai. En pratique, dans la plupart des affaires, même celles qui ne requièrent pas célérité, on présente une requête au Président du tribunal, en lui demandant, vu l'urgence, qu'il autorise le demandeur à assigner à bref délai et sans préliminaire de conciliation; les présidents de tribunaux ont la fâcheuse habitude de signer ces requêtes les yeux fermés.

Cette dispense est-elle une dispense définitive? Est-ce qu'on pourrait discuter encore devant le tribunal? Selon M. MOREL oui car l'ordonnance rendue par le Président, n'est qu'une décision provisoire; elle ne lie pas le juge du fond; un plaideur pourrait très bien soutenir devant le tribunal, que c'est à tort que le Président a estimé qu'il y avait urgence et le tribunal pourrait décider que son Président a eu tort et renvoyer les parties en conciliation devant le juge de paix, mais ce serait évidemment là de la chicane.

La demande est irrecevable quand soumise au préliminaire de conciliation elle a été portée directement devant le tribunal.

Lorsqu'une affaire soumise au préliminaire de conciliation, a été portée directement devant le tribunal sans être passée par le préliminaire de conciliation, la demande est irrecevable.

Pour connaître la nature de l'irrecevabilité il faut examiner la nature du préliminaire. Si ce préliminaire de conciliation est d'ordre public, on pourra invoquer l'irrégularité tenant à ce manque de préliminaire, pour la première fois, même devant la Cour de Cassation. Si, au contraire, le préliminaire est simplement d'intérêt privé, il faut que le défendeur, qui n'a pas été cité devant le juge de paix, oppose l'irrecevabilité "in limine litis". C'est à cette dernière solution que s'est arrêtée la Cour de Cassation et il y a ici une nouvelle manifestation du peu d'intérêt qu'on attache en pratique au préliminaire qui a cependant été décidé dans un but d'intérêt général, pour éviter les procès; Aujourd'hui, la Cour de Cassation n'hésite plus à dire que c'est une simple question d'intérêt privé.

Le juge de paix

Le juge compétent pour procéder à cette conciliation est le juge de paix. En ce qui concerne la

procéder à la conciliation est celui qui est compétent "ratione materiae" et en principe celui du domicile du défendeur.

compétence "ratione loci" les règles sont indiquées par l'art. 50 qui reproduit à peu près les règles de l'art. 59 sur la compétence territoriale de première instance, c'est-à-dire qu'en principe, le juge de paix compétent sera celui du domicile du défendeur, avec toutes les exceptions que comporte ce principe, notamment en matière de succession. Mais il existe sur ce point une différence avec la compétence du tribunal civil ; on sait qu'en matière réelle immobilière, le tribunal civil compétent est celui de la situation de l'immeuble litigieux. Or ce n'est pas cette règle que l'art 50 applique à la compétence du Juge de paix, chargé de tenter la conciliation. En matière personnelle ou en matière réelle, le juge de paix qui est toujours compétent pour tenter la conciliation, c'est celui du domicile du défendeur. La raison, c'est que l'on a pensé que le juge de paix du domicile du défendeur a quelque chance, surtout à la campagne, de connaître ce défendeur, et qu'il aura plus d'influence sur lui et pourra plus facilement arriver à une conciliation.

La citation en conciliation
Ses effets.

Le défendeur doit être cité devant le juge de paix en conciliation, à moins qu'il ne consente à comparaître volontairement; les effets de la citation sont les suivants : la citation en conciliation interrompt la prescription et fait courir les intérêts; elle produit donc ici, les effets d'une demande en justice, mais à une condition, c'est qu'en cas de non conciliation, la demande soit formée dans le mois, à dater de cette non conciliation.

Sanction de la non comparution en conciliation

Une autre conséquence de la citation en conciliation, c'est qu'elle oblige les parties à comparaître devant le juge de paix, mais la sanction de cette non comparution est insignifiante, et c'est là encore une des causes de l'échec du préliminaire de conciliation; une amende de 10 frs. qui n'est pas prononcée d'ailleurs par le juge de paix qui exerce ici une juridiction gracieuse et n'a pas de condamnation à prononcer; l'amende sera prononcée par le tribunal lorsque, saisi de la demande, il constatera que l'une des parties n'a pas comparu devant le juge de paix;

Résultats de la comparution en conciliation

En ce qui concerne les résultats de la comparution devant le Juge de paix, deux cas se présentent: ou les parties se sont conciliées ou elles ne se concilient pas. Si elles ne se concilient pas, le juge de paix constate simplement et sommairement sur son procès-verbal qu'on n'est pas arrivé à une conciliation et le demandeur peut former sa demande. Ou il y a eu conciliation; dans ce cas, le juge de paix rédige un procès-verbal de conciliation (art. 54 du Code de procédure) procès-verbal dans lequel il constate les conditions de l'arrangement

intervenue entre les parties. La seule observation qu'il y ait lieu de faire à cet égard est tirée de l'art. 54 alinéa 2 qui dit que les conventions des parties insérées au procès-verbal de conciliation ont force d'obligation privée.

Le procès-verbal de conciliation. Cela ne veut pas dire, comme on pourrait le croire, que le procès-verbal de conciliation n'est pas un acte authentique. Le procès-verbal de conciliation dressé par un magistrat qui fait fonction d'officier public est certainement un acte authentique faisant foi jusqu'à inscription de faux; le texte veut dire simplement que le procès-verbal de conciliation n'est pas un titre exécutoire comme un jugement ou un acte notarié, mais qu'il est traité à ce point de vue comme un simple acte de sous-seing privé. Il résulte de cette disposition, que si une des parties n'exécute pas l'engagement pris dans le procès-verbal de conciliation, son adversaire devra prendre un jugement. Cette disposition a été admise à la suite d'une démarche qui fut faite par les notaires de Paris au moment de la rédaction du Code de procédure. Les notaires de Paris craignaient, en effet, que l'on se passât de leur ministère, si l'on attribuait la force exécutoire au procès-verbal de conciliation. Il aurait été facile, disaient-ils, aux parties, parfaitement d'accord et ne voulant pas supporter les frais d'un acte notarié, de simuler un procès, puis une conciliation, devant le juge de paix, qui aurait enregistré leur accord et ainsi les parties auraient eu à bon compte un titre exécutoire. Les rédacteurs du Code de procédure ont fait droit à cette réclamation des notaires et c'est pourquoi ils ont inséré le texte exprès qui dénie la force exécutoire au procès-verbal de conciliation.

Possibilité pour une des parties de déférer le serment à l'autre. Une dernière possibilité s'ouvre aux parties devant le juge de paix. L'une d'elles peut déférer le serment à l'autre. Si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix le recevra ou fera mention du refus de le prêter, art. 55. Comme on n'est pas devant le tribunal, il ne s'agit pas, par conséquent, de serment judiciaire; de là, certaines différences entre le serment devant le juge de paix en conciliation et le serment qui est prêté devant le tribunal. Devant le juge de paix, si l'une des parties prête le serment qui lui est déféré par l'autre, il y a conciliation, parce qu'en effet la partie qui a déféré le serment à l'autre s'est engagée par cela même à tenir compte du serment prêté par son adversaire, par conséquent, il y a sur ce point, conciliation mais, et c'est ici qu'est la différence avec le serment judiciaire, si la partie à laquelle le serment était déféré refuse de

le prêter, la seule conséquence c'est qu'il n'y a pas conciliation; le refus de prêter le serment équivaut à un refus de conciliation; tandis que si on était en matière judiciaire, celui à qui on a déféré le serment et qui refuse de le prêter est condamné.

La conciliation devant le juge de paix ou petite conciliation.

C'est une loi du 2 Mai 1855, qui a rendu la conciliation obligatoire pour les affaires de la compétence du juge de paix; c'est ce que l'on appelle la petite conciliation. Cette petite conciliation donne de bons résultats. Le juge de paix réussit à concilier un assez grand nombre de plaideurs. La raison, c'est qu'ici, le juge de paix est appelé à statuer sur le procès et que, par son attitude, il a une certaine influence; il peut laisser deviner son opinion et cela amène plus facilement les plaideurs à se concilier. Quoiqu'il en soit, le principe, c'est que toutes les affaires de la compétence du juge de paix sont soumises à la petite conciliation devant ce juge.

Affaires qui sont dispensées du préliminaire de conciliation devant le juge de paix.

Toutefois la loi fait exception :

1^o - Pour les affaires qui requièrent célérité. Cette célérité doit être constatée par le juge de paix dans une permission qu'il donne, sans frais, sur l'original de la citation. C'est qu'en effet la loi interdit à l'huissier de délivrer aucune citation devant le juge de paix que les parties n'aient été appelées en conciliation.

2^o - Pour les affaires dans lesquelles le défendeur est domicilié hors du canton ou des cantons de la même ville; par conséquent, le préliminaire de conciliation n'est exigé que lorsque le défendeur habite le canton du juge de paix compétent; s'il n'habite pas le canton ou les cantons (dans les villes) l'on n'exige pas le préliminaire.

La jurisprudence décide encore avec raison que le préliminaire de conciliation n'est pas exigé lorsqu'il s'agit de demandes incidentes; en effet, lorsqu'il s'agit des affaires de la compétence du tribunal civil, les demandes incidentes sont dispensées des préliminaires de conciliation; il n'y a pas de raison de prendre une autre décision lorsqu'il s'agit des affaires de la compétence du juge de paix. La loi n'exige pas le préliminaire de conciliation devant le juge de paix à peine d'irrecevabilité de la demande; la seule sanction est une amende contre l'huissier, qui délivrerait la citation avant que les parties aient été citées en conciliation.

Le préliminaire de conciliation devant le Conseil des Prudhommes.

Le Conseil des Prudhommes est la troisième et dernière juridiction devant laquelle la loi a institué le préliminaire de conciliation. Toute affaire de la compétence des prudhommes, sans exception, doit être précédée d'une tentative de conciliation devant un organe spécial du Conseil des Prudhommes qu'on appelle le bureau de conciliation; ce bureau est composé d'un prud'homme patron et d'un

prudhomme ouvrier. Si les parties se concilient, on dresse un procès-verbal de conciliation qui a simple force d'obligation privée; si les parties ne se concilient pas, elles sont renvoyées devant le bureau de jugement qui se compose de deux prudhommes patrons et de deux prudhommes ouvriers.

Le préliminaire A la différence de ce qu'elle admet lorsqu'il s'agit de la conciliation pour les affaires de la compétence du tribunal civil et, à plus forte raison, pour les affaires de la compétence du juge de paix, la Cour de Cassation décide ici que le préliminaire de conciliation pour les affaires de la compétence des prudhommes est d'ordre public.

" En matière prudhomale, dit-elle, la conciliation tient à la nature de l'institution; la loi dit, en effet, que les Conseils de prudhommes sont faits d'abord pour concilier et ensuite pour juger s'ils n'arrivent pas à une conciliation. Donc, ici, le préliminaire de conciliation est d'ordre public et l'omission de cette formalité constitue une nullité d'ordre public qui peut être invoquée, pour la première fois, devant la Cour de Cassation. Voir arrêt du 3 Février 1915 (S. 1915 - I - 49).

L'acte introductif d'instance.

L' assignation.

Définition de l'acte introductif d'instance.

L'acte introductif d'instance est un acte par lequel le demandeur invite le défendeur à comparaître en justice pour s'entendre condamner et lui faire connaître l'objet de sa prétention. C'est ce que l'on appelle d'un terme générique l'assignation. Toute demande en justice ne s'introduit pas par voie d'assignation. Au cours de l'instance des demandes incidentes peuvent se produire. Ces demandes incidentes s'introduisent parfois par voie d'assignation, notamment l'intervention forcée; quand on fait comparaître un tiers, il faut l'assigner, mais le plus souvent, quand les demandes incidentes sont formées entre les parties déjà présentes à l'instance, il est inutile de signifier une nouvelle assignation, surtout lorsqu'on est devant le tribunal de première instance, les parties sont représentées par les avoués et, ici, un acte d'avoué à avoué suffit.

L'assignation est, en principe, nécessaire pour introduire l'instance, puisqu'il importe que le défendeur soit averti du procès qui lui est fait et soit mis en mesure de se défendre, il y a là, un principe inhérent au droit de la défense. Mais, à ce principe de la nécessité de l'assignation pour introduire une instance, il y a quelques exceptions.

Cas dans les-
quels il n'y a
pas d'assigna-
tion.

On a déjà vu qu'en matière d'ordonnance sur requêtes, le défendeur n'est généralement pas cité, le demandeur présente sa requête au Président qui statue sans que le défendeur ait été assigné; c'est le danger des ordonnances sur requête; d'autre part, devant la Cour de Cassation, la procédure n'est pas contradictoire devant la Chambre des requêtes; en un mot, le défendeur n'est pas assigné devant la Chambre des requêtes et il ne sera assigné devant la Chambre civile que si la Chambre des requêtes admet le pourvoi.

Dans tous les autres cas, une assignation est nécessaire.

Ce qui caractérise la procédure française, c'est que l'assignation est adressée par le demandeur au défendeur sans passer par l'intermédiaire du juge. C'est là une des conséquences de la conception admise dans la législation française. Dans notre droit, en effet, la procédure est dirigée par les parties, le juge ne joue en quel que sorte que le rôle de spectateur des parties; c'est le système accusatoire qui s'oppose à la procédure inquisitoire dirigé par le juge, qui fonctionne en matière criminelle et en matière administrative.

La procédure administrative ne connaît pas, en principe, d'ajournement du demandeur au défendeur; le demandeur saisit le juge, par voie de requête et c'est le juge qui appelle le défendeur en cause. Dans la procédure civile, au contraire, c'est le demandeur qui cite directement le défendeur sans passer par l'intermédiaire du juge, si bien que, pendant un certain temps, ce juge, jusqu'à ce qu'il soit saisi lui-même, ignore tout du procès.

Différents
noms donnés à
l'assignation.

L'assignation porte des noms différents, suivant les tribunaux; on l'appelle ajournement, lorsqu'il s'agit des affaires de la compétence du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce.

On l'appelle citation lorsqu'il s'agit d'une affaire de la compétence du juge de paix ou du Conseil des prudhommes.

Enfin, l'assignation porte le nom d'acte d'appel lorsqu'il s'agit d'une assignation devant une juridiction du second degré. Ces dénominations ne sont pas sacramentelles, le mot assignation suffit et en tous cas, il n'y a pas de nullité à employer une expression pour l'autre.

Mentions que
doit contenir
l'ajournement

L'assignation devant le tribunal de première instance est un acte d'huissier qui doit être rédigé dans les mêmes conditions que tous actes d'huissier, et doit contenir en outre les mentions spéciales à l'assignation. C'est l'art. 61 du Code de procédure qui indique les mentions que doit contenir une assignation devant le tribunal de première instance.

L'acte d'ajournement contiendra :

- 1°- la date de l'exploit, jour, mois et an;
- 2°- les noms, profession et domicile du demandeur;
- 3°- la constitution de l'avoué qui occupera pour ce demandeur et chez lequel l'élection de domicile est de droit, à moins d'une élection contraire pour le même exploit, ce qui n'a pratiquement, jamais lieu.

Le demandeur est domicilié de droit chez son avoué; il faut absolument qu'un ajournement devant le tribunal civil contienne constitution d'un avoué, à moins que l'on soit dans un des cas où la loi dispense du ministère de l'avoué.

- 4°- Les noms, demeure et matricule de l'huissier. Le matricule de l'huissier en réalité n'est jamais indiqué; l'huissier s'identifie lui-même.

- 5°- Les noms, demeure du défendeur. On n'exige pas la profession, parce qu'après tout, le demandeur peut n'être pas renseigné sur la profession exacte du défendeur; on se montre d'ailleurs assez facile sur l'identité du défendeur; par exemple, on ne peut pas toujours indiquer tous ses prénoms; il suffit qu'il soit bien identifié et qu'il n'y ait pas d'erreur possible sur son identité.

L'ajournement doit contenir encore la mention de la personne à laquelle copie de l'exploit sera laissé. La loi ne se contente pas en effet d'une signification verbale, elle exige que l'huissier remette à la personne à laquelle il signifie l'assignation, la copie intégrale de l'exploit. Cette copie fait foi, si la copie est irrégulière, alors que l'original est régulier, l'assignation n'en est pas moins nulle; cela se conçoit fort bien, c'est la copie seule qui est remise au défendeur, il faut que la copie soit aussi régulière que l'original.

- 6°- l'assignation doit porter l'objet de la demande (par exemple il faut indiquer que l'on demande 50.000 frs de dommages et intérêts) et l'exposé sommaire des moyens.
- 7°- Il faut encore indiquer le tribunal qui devra connaître de la demande et le délai pour comparaître, " à huitaine ou à quinzaine franche ".

La loi, si on l'interprétait strictement, exige qu'on indique exactement le délai, à huitaine ou à quinzaine, mais la jurisprudence se contente qu'on indique tout simplement: " dans le délai de la loi ". Cela suffit dit la jurisprudence, mais il semble qu'il serait plus régulier d'indiquer à huitaine ou à quinzaine, d'ailleurs on le fait souvent.

Les mentions de l'ajournement sont exigées à l'art. 65; il faut donner la copie du procès-verbal de non conciliation ou copie de la mention de non comparution, à peine de nullité. De plus, si l'on a assigné

sans préliminaire de conciliation, parce qu'on était dispensé par le Président à la suite d'une ordonnance autorisant à assigner à bref délai, on donne copie de l'ordonnance du Président à peine de nullité; on doit donner aussi copie, d'après l'art. 65 des pièces sur lesquelles la demande est fondée; comme cette disposition n'est pas exigée à peine de nullité, pratiquement, on ne donne jamais copie de ces pièces. En matière réelle immobilière, la loi exige que l'ajournement contienne des indications sur l'immeuble litigieux (voir art. 64). Ces indications sont exigées à peine de nullité.

Il existe également une certaine condition de forme qui semble exigée par la loi et qui, en tous cas, est formellement exigée par la jurisprudence. C'est le cas où un plaideur plaiderait par mandataire. Il peut arriver en effet qu'une personne qui n'a pas le temps de s'occuper de ses affaires, charge un mandataire de s'occuper de son procès. Ce mandataire va constituer avoué devant le tribunal civil, et devant les autres juridictions il a toute liberté de plaider lui-même, à la condition d'être muni de sa procuration; il y a, sur ce point, une règle admise par la jurisprudence et qui a d'ailleurs une portée générale: c'est la règle : nul ne plaide en France par procureur. Cette règle, malgré son apparence de règle de fond, est, en réalité, une règle de pure forme.

La règle : Nul en France ne plaide par procureur" signifie, d'après l'interprétation traditionnelle donnée en jurisprudence non pas qu'on n'a pas le droit de plaider par mandataire, mais que tout plaident qui se fait représenter en justice par un mandataire doit faire figurer son nom dans les actes de procédure et notamment dans l'exploit d'ajournement; en un mot, il est interdit de plaider par un mandataire dont le nom seul figurerait dans les actes de procédure. C'est une règle assez singulière au premier abord, car il paraît naturel que cela se passe ainsi; on ne devrait pas avoir besoin de le dire. Et cependant, c'est une règle qui a toute une histoire. Cette règle vient de l'ancien Droit, où elle a signifié d'abord ce qu'elle dit dans sa lettre, qu'on n'a pas le droit de plaider par représentant.

Cette règle, dans sa signification primitive interdisait de plaider par représentant; on sait que les législations primitives n'admettent pas la représentation en justice; "nul ne plaide par procureur" avait cette signification : il faut comparaître personnellement devant le juge. Puis, on a admis la représentation en justice dans notre Droit et la maxime a été conservée avec le sens qu'elle a aujourd'hui. Elle signifie, pour tous les plaideurs, l'obligation de figurer en nom dans les actes de la procédure et de ne pas se dissimuler en quelque sorte.

La règle " nul ne plaide en France par procureur". Sa signification. Son origine

derrière un tiers.

La formule de
l'ancien droit

La maxime se formulait ainsi, dans l'ancien droit " nul ne plaide, en France, par procureur hormis le roi". Le roi avait, en effet, le privilège de ne pas figurer, en son nom, dans les actes de procédure.

Rôle de cette
règle dans la
lutte entre la
royauté et la
féodalité.

La règle, "nul ne plaide en France, par procureur hormis le roi" a joué un certain rôle dans la lutte entre la royauté et la féodalité; cela a été un des instruments, d'ordre évidemment secondaire, par lequel s'est manifestée cette lutte qui a duré des siècles entre le roi et les seigneurs féodaux et qui s'est terminée par la victoire du roi. Les seigneurs féodaux ne figuraient pas en nom dans les actes de procédure, lorsqu'ils plaidaient devant leurs propres juridictions, mais ils émirent la prétention de se faire représenter par un procureur devant les juridictions royales, entendant jouir du même privilège que le roi. Mais les juridictions royales exigèrent que les seigneurs fussent dénommés expressément dans les actes de procédure, à côté du nom de leur procureur; on exigeait même, à cette époque, que le nom du mandant figurât avant celui du procureur; on n'a plus aujourd'hui la même exigence.

La règle est
admise par la
jurisprudence
On peut encore
invoquer en
sa faveur les
art. 59 et 61
C. Pr. Civ.

La règle " nul ne plaide par procureur existe encore aujourd'hui. Le Code de procédure ne l'énonce pas expressément, mais une jurisprudence absolument constante considère que la règle " nul ne plaide par procureur " doit être encore observée. En faveur de cette solution on peut invoquer certains textes notamment l'art. 61 du Code de procédure qui exige que le nom du demandeur figure dans l'ajournement et, d'autre part, il faut prendre en considération que le Code de procédure avait admis l'exception traditionnelle qui était admise, dans l'ancien Droit, au profit du roi. L'art. 69, 40 du Code de procédure dit en effet, que le roi sera assigné pour ses domaines, en la personne du Procureur du roi.

Raison d'être
de cette règle

On admet donc traditionnellement le maintien de cette règle dans notre Droit; mais quelle est la raison d'être de cette règle ? Il est bien difficile de trouver une raison pour justifier le maintien, dans notre Droit, d'une règle qui s'expliquerait dans l'ancien Droit par des raisons surtout politiques. Pour justifier cette maxime on dit qu'il faut que le défendeur sache exactement quel adversaire il a devant lui. La règle " nul ne plaide par procureur " paraît peu nécessaire, les principes du mandat " ad litem" suffisent. Quand une personne reçoit une assignation émanant d'un demandeur avec lequel elle n'a jamais été en rapport, ce défendeur est toujours justifié à dire à ce demandeur : de deux choses l'une : ou bien vous agissez en votre nom, or, je n'ai jamais eu affaire à vous, par conséquent vous êtes acquéreur d'une

créance contre moi, alors prouvez-moi que vous êtes l'acquéreur de cette créance, ou bien agissez au nom d'une personne comme mandataire en justice, vous devez être muni d'une procuration, montrez-la moi, sinon je ferai déclarer votre demande non recevable parce que vous n'aurez pas qualité; donc pas besoin de recourir à la règle : nul ne plaide par procureur; les principes "ad litem" de la représentation en justice suffisent.

La règle : "nul ne plaide par procureur" a de notables inconvénients qui se manifestent surtout lorsqu'il y a pluralité des défendeurs. En effet, lorsqu'il y a pluralité de défendeurs, il résulte de notre maxime que chacun doit figurer en nom dans les actes de la procédure et l'on en conclut également que toutes les significations doivent être faites par autant de copies à chacun des intéressés. A supposer qu'un certain nombre de personnes veulent intenter un procès dans un intérêt commun, (le cas s'est présenté notamment pour les abonnés d'une compagnie de gaz ou d'électricité qui ont fait un procès à cette compagnie) si ces personnes ont choisi un mandataire commun, il n'en sera pas moins nécessaire, en vertu de la règle : " nul ne plaide par procureur " que les noms de tous les demandeurs figurent dans les actes de la procédure et qu'en outre tous les actes de la procédure soient signifiés à chacun de ces membres ou à chacun des défendeurs s'il y a pluralité de défendeurs, source de frais considérables et même impossibilité pratique, dans certains cas.

La règle ne s'applique pas aux personnes morales.

Fort heureusement, les inconvénients de la règle ont été fortement atténués, surtout dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle par une législation et une jurisprudence libérales qui ont facilité l'acquisition de la personnalité morale aux groupements. Il est, en effet, admis que tout groupement qui constitue une personne morale peut plaider par l'intermédiaire de ses représentants sans qu'il soit nécessaire que tous les membres du groupement soient dénommés dans les actes de la procédure; on considère que c'est telle société, tel groupement, telle association, revêtus de la personnalité morale qui fait le procès et il suffit que le représentant du groupement en question soit indiqué dans les actes de la procédure.

Or, depuis 1891, la jurisprudence a reconnu la personnalité morale aux sociétés civiles ; par conséquent, il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupement soient dénommés dans les actes de procédure. D'autre part, les inconvénients de la règle ont été fortement atténués, depuis la loi du 1^{er} Juillet 1901, qui a facilité l'acquisition de la personnalité morale aux associations. Il suffit aujourd'hui que les associations soient simplement déclarées pour constituer une personne morale qui pourra plaider en son nom.

Quoiqu'il en soit, la règle " nul ne plaide par procureur " continue à être appliquée et la demande en justice est irrecevable si le soi-disant demandeur n'est qu'un mandataire et n'a pas indiqué le nom du mandant.

Exceptions à la règle.

Cette règle comporte des exceptions: c'est ainsi qu'on admet une exception au profit des représentants des mineurs : le tuteur qui figure seul dans les actes de procédure, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer le nom du pupille. D'autres exceptions existent en matière maritime notamment; on admet traditionnellement que le capitaine d'un navire peut plaider, en son nom, à la place de l'armateur.

Lorsqu'il y a violation de la règle : " nul ne plaide par procureur " le défendeur peut opposer une fin de non recevoir à la demande. La Cour de Cassation admet que cette fin de non recevoir peut être proposée en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour d'Appel. Mais la Cour de Cassation décide simplement que l'exception tirée de la violation de la règle, ne pourra pas être opposée pour la première fois, devant elle.

Pour ce qui est de l'assignation devant les autres juridictions, en principe, les règles concernant les mentions de l'assignation devant le tribunal de première instance sont applicables à peu de chose près. Le principe s'applique notamment à l'acte d'appel soit devant la Cour d'Appel, soit devant le tribunal de première instance lorsqu'il s'agit de juger une affaire jugée en premier ressort par le juge de paix ou le Conseil de prudhommes. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un appel pour le Conseil des Prudhommes, il n'est pas nécessaire qu'il y ait constitution d'avoué, puisque cela n'est pas obligatoire.

Règles de forme de l'ajournement en matière commerciale.

En matière commerciale, l'ajournement est soumis en principe aux règles de forme de l'ajournement en matière civile, avec cette différence qu'il n'y a pas de constitution d'avoué. Ce sont, en somme, les mêmes énonciations qui sont requises, mais la constitution d'avoué n'est pas nécessaire. D'autre part, on admet que devant le tribunal de commerce, dans une assignation il est nécessaire d'indiquer au défendeur, non seulement le jour de la comparution, mais aussi l'heure de cette comparution. Ceci est absolument nécessaire, car le tribunal de commerce au moins pour les grands tribunaux de commerce, siège tous les jours; il faut donc indiquer, à peine de nullité, le jour et l'heure de la comparution.

La citation devant le juge de paix.

Pour la citation devant le juge de paix, les mentions qui sont indispensables, sont indiquées dans l'art. I du Code de procédure. Ce sont, à peu de chose près, les mêmes mentions que dans un ajournement devant le tribunal

première instance; bien entendu, il n'y a pas de constitution d'avoué. Ici encore, il faut indiquer le jour et l'heure de la comparution, l'art. 1 est formel sur ce point.

La citation de
vant le Conseil
des Prudhommes.

Pour les citations devant le Conseil des Prudhommes, les règles sont à peu près les mêmes.

La significati-
on de l'assi-
gnation.

L'assignation est un acte d'huissier qui doit être signifié par conséquent, suivant les formes applicables à tout exploit d'huissier. Ces formes générales sont indiquées à l'art. 68 du Code de procédure. Cependant lorsqu'il s'agit de citation devant le Conseil des Prudhommes, le règlement permet la citation par lettre recommandée. Mais, lorsqu'il s'agit de toute autre juridiction, la citation doit toujours avoir lieu par ministère d'huissier. Il y a cependant des exceptions spéciales relatives aux affaires concernant les loyers et contenues dans les lois spéciales à ce sujet.

Les exploits seront faits à personne ou à domicile, c'est-à-dire que l'huissier a le choix, ou bien de signifier personnellement au défendeur là où il le rencontre, au besoin dans la rue, ou bien de signifier à son domicile; c'est toujours à ce dernier parti que s'arrête l'huissier. Signifier à la personne peut entraîner bien des inconvénients, surtout si le défendeur est récalcitrant, et aussi ses erreurs d'identité, dont l'huissier serait responsable. Pratiquement, il signifie toujours au domicile du défendeur; là, l'huissier n'est pas obligé de remettre la copie au défendeur lui-même s'il ne trouve pas au domicile la partie et, en tous cas, il n'est pas obligé de la demander; il suffit qu'il remette la copie à un parent ou à un serviteur.

Pour Paris, la jurisprudence a décidé que le concierge est un serviteur du locataire, en même temps que du propriétaire. Les exploits peuvent donc être remis valablement au concierge.

Si l'huissier ne trouve au domicile de la partie, ni un parent, ni un serviteur, il doit remettre la copie à un voisin qui doit signer l'original. Pratiquement, les huissiers ne remettent pas les copies à un voisin, parce qu'il ne trouve jamais de voisin assez complaisant pour remplir cette mission; l'huissier sera donc obligé dans son exploit de constater qu'il a vainement sollicité un voisin; pratiquement, ses recherches se borneront à peu de chose et alors il remettra la copie au Maire, ou à son adjoint, lequel doit viser l'original sans frais. La loi ne fait pas une obligation au Maire de remettre la copie au défendeur et il n'encourrait aucune responsabilité s'il ne le faisait pas. Pratiquement, il y a, dans les mairies, un service qui transmet ces copies aux intéressés. Si l'on ne trouve pas le Maire ou l'adjoint, ce qui peut arriver à

campagne, il faut remettre la copie au Procureur de la République.

a copie de l'ex- Lorsque la copie est remise à toute autre person-
loit d'ajour- ne que la partie elle-même ou le Procureur de la Républi-
nement doit être que, il est nécessaire, à peine de nullité de l'ajourne-
tre délivrée ment et de l'exploit d'huissier, en général, que la copie
sous enveloppe soit délivrée sous enveloppe fermée, ne portant d'autre
indication que, d'un côté, l'adresse de la partie, son
nom et sa demeure et, de l'autre, le cachet de l'huissier
apposé sur l'enveloppe et l'huissier doit faire mention
du tout; non seulement qu'il a remis la copie à un parent
à un voisin ou au Maire, mais aussi qu'il a fait remise
de l'exploit sous enveloppe fermée. Tout cela est exigé
à peine de nullité.

L'instance contradictoire.

Principes qui
dominent la
procédure de
l'instance.

Dans cette instance, les deux parties, défendeur
et demandeur, comparaissent devant le tribunal. Quoique
la procédure varie suivant les juridictions et qu'il y
ait même plusieurs procédures possibles devant le tribu-
nal de première instance, on peut cependant dégager un
certain nombre de principes qui dominent notre procédure
française et que l'on retrouve devant tous les tribunaux.

Ces principes peuvent être résumés de la manière
suivante :

1°- La direction du procès est abandonnée aux par-
ties.

2°- La procédure est partie orale et partie écrite
avec prédominance du caractère oral.

Tels sont les deux grands principes qui résument
les directives générales dont s'est inspiré le législa-
teur.

er principe:

a direction du Le premier principe : la direction du procès est
rocès est aban- abandonnée aux parties est, à en croire beaucoup d'auteurs
onnée aux par- et surtout beaucoup d'auteurs étrangers, un des vices capi-
ties. taux de notre procédure. Il ne faut pas cependant s'exagé-
rер la gravité du mal ni enregistrer sans examen les cri-
tiques trop sévères adressées au législateur.

Les parties

font les actes cela veut dire que la marche du procès est abandonnée aux
nécessaires à avoués des parties devant les tribunaux de première instan-
la marche de ce ou à leurs représentants devant les autres tribunaux;
l'instance. c'est en effet aux parties qu'il appartient de faire les
divers actes nécessaires à la marche de l'instance, en
particulier devant le tribunal de première instance, c'est
aux parties qu'il appartient de faire procéder à l'inscrip-
tion au rôle, généralement ce sera le fait du demandeur.

Lorsque le tribunal ordonne une mesure d'instruc-
tion, l'exécution de cette décision dépend, dans une très

large mesure de l'activité des parties. C'est aux parties qu'il appartient de signifier le jugement. Elles peuvent ainsi retarder le moment où une décision aura acquis la force de chose jugée. Dans bien d'autres cas, la marche d'une procédure dépend de l'activité des parties. Par conséquent, les parties ont ainsi le moyen de prolonger les procès à leur gré, de retarder ou de ralentir la marche de la procédure. Le juge, ici, est en quelque sorte à la disposition des plaideurs. Il attend que ceux-ci aient terminé leur procédure et c'est à ce moment là qu'il pourra juger.

Le juge a un

rôle passif en ce qui concerne l'instruction.

D'autre part, la direction du procès est abandonnée aux parties, cela signifie que ce même rôle passif, qui est reconnu au juge lorsqu'il s'agit de la marche de la procédure, apparaît encore, en ce qui concerne l'instruction de l'affaire. Le juge ne connaît de l'affaire que ce que les parties veulent bien lui faire connaître, son rôle se borne à contrôler les prétentions des plaideurs et les moyens de preuves qu'ils produisent. De même que l'objet du procès appartient aux parties, de même les parties disposent des moyens de preuve. On a caricaturé parfois le juge français, en le représentant comme une sorte d'appareil automatique à qui l'on fournit les éléments, les matériaux du procès pour en retirer ensuite un jugement.

Dans ce tableau, il y a pas mal d'exagération, mais aussi, il faut le reconnaître, une certaine part de vérité. Il ne faut tout de même pas exagérer cette passivité du juge, qui n'est nulle part proclamée dans notre loi, qui se trouve bien sans doute impliquée dans certains textes, mais qui a été surtout exagérée par la pratique qui s'est établie devant les tribunaux.

Le juge n'est pas absolument étranger à la marche de la procédure (décrets du 30 Mars 1808 et du 2 Juillet 1812).

Tout d'abord, il n'est pas vrai de dire que le juge reste absolument étranger à la marche de la procédure: sans doute, et sur ce point les critiques sont fondées, c'est aux parties qu'il appartient de faire elles-mêmes leur procédure, par elles-mêmes ou par leurs représentants, mais il existe des textes qui arment les juges de pouvoirs assez larges, en tous cas suffisants, pour leur permettre de donner une certaine impulsion à la procédure et surtout pour s'opposer aux lenteurs, aux retards et aux remises. Les juges ont des pouvoirs assez étendus, qui résultent notamment de deux décrets rendus en exécution du Code de procédure; le décret du 30 Mars 1808 et le décret du 2 Juillet 1812. Le régime autoritaire du premier Empire n'a pas été sans armer les juges de pouvoirs assez étendus; leurs pouvoirs sont même très larges, en certains cas. Pour s'opposer aux remises, ils peuvent condamner les avocats qui ne se présentent pas aux dépens; ils peuvent rayer les affaires du rôle, mais ils ne se

servent pas de ces armes que la loi a mis entre leurs mains;

Le juge peut ordonner certaines mesures d'instruction.

Par ailleurs, les critiques adressées au législateur sont, dans une certaine mesure, mal fondées. Il n'est pas exact de dire que les juges sont dépourvus de moyens d'investigations. Le Code de procédure le prouve; il est un certain nombre de mesures d'instruction que le juge peut toujours ordonner d'office: une enquête, art. 264 du Code de procédure; une expertise, art. 322; une descente sur lieu, art. 295; la comparution des parties, art. II9; le serment supplétoire, art. 1360, et 1367 du Code civil; d'autre part, le tribunal a toujours le droit de demander certaines explications aux parties et même aux témoins, aux experts. Il n'en reste pas moins vrai que si le juge n'est pas un véritable automate, comme on le soutient quelquefois, si l'on considère soit les textes, soit les usages qui ont cours devant les tribunaux, le rôle du juge apparaît assez effacé dans notre procédure française.

Le rôle du juge dans les procédures étrangères devant les juridictions administratives.

Il en est tout autrement dans les procédures en vigueur à l'étranger, en certains pays, et même en France.

Dans ce cas, la procédure est dirigée par le juge c'est lui qui fait l'instruction, comme en matière criminelle; c'est une procédure analogue qui a été introduite dans les tribunaux français au Maroc et aussi devant ceux de la Tunisie. Là, l'instruction est faite par le juge, comme en matière administrative; c'est une procédure très moderne.

Quel est, en législation, le système préférable? En matière civile, est-ce le système actuel qui abandonne dans une large mesure, la procédure aux parties ou bien le système de la procédure instruite par le juge? M. MOREL se prononcerait volontiers pour le second système, bien que l'objet du procès appartienne aux parties. Les parties disposent de l'objet du procès; elles peuvent ne pas plaider, elles peuvent se désister, abandonner le procès; c'est leur affaire; le juge ne peut évidemment trancher un procès, si les parties ne le lui soumettent pas, mais il est inexact de dire que l'objet du procès appartenant aux parties, la marche de la procédure appartient également à celles-ci; la déduction est mauvaise. La justice est rendue par l'Etat; c'est un service public; du moment que les parties ont recours à ce service, du moment qu'elles ne s'adressent pas à un arbitre, les juges ont le droit et le devoir d'en assurer le fonctionnement dans les meilleures conditions possibles; il leur appartient par conséquent, de diriger la procédure, d'accélérer la marche du procès et de rechercher la vérité par tous les moyens. L'Etat doit rendre une justice simple, rapide, et

il faut lui en donner les moyens.

Cette conception est à la base de certaines législations étrangères notamment de la législation autrichienne où il semble qu'elle ait produit des effets tout à fait remarquables, en hâtant, dans une proportion tout à fait extraordinaire, la marche des procès. Voir à cet égard le compte rendu de M. TISSIER (Bulletin de la Sté de Législation comparée de 1920 Page 180).

Par conséquent, on pourrait améliorer notre procédure, en donnant des pouvoirs plus étendus au juge; il est vrai que les juges ne se servant pas à l'heure actuelle des armes qui sont entre leurs mains, c'est un état d'esprit qu'il faut changer.

La procédure française est trop dispersée

Notre procédure souffre encore d'un autre vice qui n'est pas irrémédiable (il faut changer les textes); c'est le vice qu'on appelle la dispersion de la procédure dispersion à laquelle s'oppose la concentration de l'instance. Le procès, dans notre Droit, est trop facilement morcelé en un certain nombre de petites instances; on plaide sur les incidents, sur les exceptions, puis on fait appel; au besoin, on se pourvoit en cassation contre la décision intervenue au sujet de l'exception. Et la procédure ne suit plus son cours; ou bien une partie fait défaut, puis elle fait opposition, ce qui a pour conséquence de recommencer le procès.

Dans les législations modernes la procédure est concentrée.

Dans les législations modernes, la procédure est au contraire concentrée; les exceptions peuvent être soulevées par le défendeur, mais le tribunal a toujours le droit de joindre les incidents au fond; le tribunal statuera, par une même décision, sur le fond et sur les incidents et l'on fera ensuite appel de tout à la fois; Ainsi la procédure n'est pas arrêtée par des incidents qui donnent lieu à appel; il y a concentration de la procédure; à ce point de vue encore, notre procédure pourrait être améliorée.

2ème Principe
La procédure est partie orale, partie écrite avec prédominance du caractère oral.

Le deuxième principe qui inspire notre procédure française est que la procédure est partie orale, partie écrite, avec prédominance cependant du caractère oral. Prédominance du caractère oral, cela ne signifie pas, bien entendu que l'écriture ne joue aucun rôle dans notre procédure, au contraire, elle joue un rôle fort important et cela se conçoit.

Historique.

On ne peut pas se borner à une procédure exclusivement orale, comme l'était au Moyen-Age, la procédure des cours laïques; dans notre très ancien Droit, ce qu'on appelait la procédure féodale était purement orale, ce qui s'explique parce que la plupart des gens de l'époque ne savaient pas écrire; au contraire, à la même époque, la procédure canonique était exclusivement écrite, inspirée du Droit

romain de la dernière époque; dans notre Droit moderne, les actes de procédure doivent être écrits, l'assignation, les conclusions, les jugements, afin qu'on puisse en conserver des traces.

Mais si l'écriture joue un rôle nécessaire, dans notre procédure, il est certain qu'en France, en général c'est aux débats oraux que l'on donne la prééminence. Cela veut dire que la partie de la procédure qui a le plus d'influence sur l'opinion du juge consiste dans les débats oraux. C'est la conception du Code de procédure, mais on peut dire que la pratique l'a accentuée de plus en plus. On voit généralement dans le caractère oral de la procédure un caractère de bonne justice. On dit que les débats oraux ont l'avantage de frapper tout particulièrement l'esprit du juge et d'appeler son attention sur les points essentiels; les plaidoiries, dit-on, dégagent bien la physionomie du procès, mieux que ne feraient des rapports ou des mémoires.

La procédure administrative est écrite.

Il y aurait beaucoup à dire, pour et contre cette conception. En effet, il y a une autre procédure usitée en France qui rend d'excellents services et qui est une procédure écrite; c'est la procédure administrative; l'instruction se fait par écrit par échange de mémoires; les moyens sont indiqués et développés et c'est par la lecture des mémoires que le juge, avant tout, forme sa conviction. Certains auteurs voudraient voir, dans notre procédure civile, diminuer la place faite aux plaidoiries et augmenter celle faite aux écritures; on a dit que la plaidoirie développe la paresse du juge qui ne fait pas un examen direct et se contente de laisser plaider devant lui.

Au Maroc, la procédure est plutôt écrite, ce qui ne veut pas dire que les avocats ne plaident pas; leurs explications viennent compléter l'instruction de l'affaire qui est une instruction par écrit.

La procédure devant les tribunaux de commerce, des justices de paix et des conseils de Prudhommes est surtout orale

Suivant M. MOREL, chaque procédure a ses avantages et ses inconvénients; dans certains procès, la procédure écrite suffirait, dans d'autres, les débats oraux semblent préférables; dans notre Droit, la part proportionnelle faite aux débats oraux et à la procédure écrite varie selon les juridictions. L'élément oral est prépondérant dans la procédure des tribunaux de commerce, des justices de paix, et des conseils de prudhommes, en ce sens que l'instruction du procès se fait en principe à l'audience et, dès lors, une procédure écrite n'est pas nécessaire pour saisir les juges des prétentions des parties.

Ici, on peut dire que la partie orale est prépondérante et cependant on peut dire que les tribunaux de commerce par exemple ont une tendance du moyen de renvoi devant

les arbitres rapporteurs, à se servir de la procédure écrite. L'instruction faite à l'audience, cela prend du temps et les rôles des tribunaux de commerce sont très chargés; il y a une tendance de ce côté à instituer la procédure écrite alors que le principe est en faveur du débat oral.

Devant les tribunaux civils et les cours d'appel la procédure est plutôt écrite.

Devant les tribunaux civils et les cours d'appel il y a plutôt prépondérance à la partie écrite. Des conclusions écrites sont nécessaires pour saisir le juge des conclusions des parties. Le tribunal de première instance n'est pas saisi de l'affaire tant que des conclusions écrites n'ont pas été lues à l'audience et déposées entre les mains du greffier. Et, d'autre part, prépondérance est donnée à l'écriture, en ce sens qu'une fois les conclusions prises sur le fond, le débat est contradictoire et le jugement est tel quand bien même l'affaire ne serait pas plaidée au fond. Donc, à prendre les textes, la prépondérance est donnée à l'écriture; en pratique, on s'écarte des textes et l'on donne volontiers la prépondérance aux débats oraux.

Cas dans lesquels la procédure est entièrement écrite.

Notre droit connaît la procédure absolument écrite dans deux cas. Devant le tribunal civil, dans les cas exceptionnels où le juge ordonne l'instruction par écrit, procédure complètement tombée en désuétude. D'autre part, devant la Cour de Cassation, l'instruction se fait par écrit, c'est-à-dire par échange de mémoires, les plaidoiries n'étant que le complément de ces mémoires.

La procédure devant le tribunal de première instance.

Les trois formes de la procédure devant le tribunal de première instance.

Devant ce tribunal, la procédure peut se dérouler sous les trois formes prévues par le Code : la procédure ordinaire, qui est celle applicable toutes les fois que la loi n'a pas prescrit d'observer une autre procédure.

La procédure sommaire, qui ne diffère plus guère aujourd'hui de la procédure ordinaire, mais qui comporte cependant certaines règles particulières.

L'instruction par écrit, qui est tombée en désuétude et n'est pour ainsi dire jamais employée; la loi ne la prescrit d'ailleurs jamais; elle laisse aux tribunaux la simple faculté d'employer cette procédure.

Devant le tribunal de première instance, il existe une autre procédure spéciale qui est, en principe, une procédure écrite, en ce qui concerne les procès en matière fiscale, enregistrement, contributions indirectes. Ici, la loi a établi une procédure écrite qui s'applique encore

Une loi du 30 Avril 1921 (art.7) a décidé que, dans toute instance en matière d'enregistrement et de timbre, le redevable peut faire présenter des observations orales par le ministère d'un avocat ou les présenter lui-même, mais ici, les observations orales sont purement facultatives, tandis que dans la procédure ordinaire, c'est un droit pour les plaideurs d'être entendus soit eux-mêmes, soit par leurs avocats.

La procédure ordinaire.

On étudiera d'abord la procédure, abstraction faite des mesures d'instruction qui peuvent être ordonnées au cours de la procédure et aussi de tout incident.

Textes relatifs à la procédure ordinaire devant le tribunal de première instance.

Les textes qui réglementent cette procédure ne sont pas toujours dans le Code de procédure, lequel est très bref sur la procédure dénuée d'incidents des tribunaux de première instance; il existe d'autres textes à cet égard dans les décrets qui ont été rendus en exécution du Code de procédure et notamment le décret du 30 Mars 1908. Cette procédure, dégagée d'incidents, est très simple. Ce qui la caractérise, c'est que ses règles ont un caractère facultatif et, en tous cas, une grande souplesse. Elles ne s'imposent pas avec la même rigueur que d'autres règles. La loi ici, a-t-on dit avec raison, fournit un cadre dans lequel les plaideurs ont une assez grande latitude pour se mouvoir; les parties peuvent étendre ou resserrer les phases de la procédure à leur gré, ce qui importe, c'est qu'on ne fasse pas de frais inutiles et aussi que les parties ne privent pas leur adversaire des délais et des formes qui sont prescrites dans leur intérêt.

Formalités prescrites par la loi dans la procédure ordinaire.

Quand l'exploit d'ajournement a été signifié au défendeur, le défendeur a un certain délai pour comparaître devant le tribunal civil; cela veut dire constituer avoué, art. 75. L'avoué du défendeur fait connaître à son confrère, avoué du demandeur, qu'il est constitué avoué du défendeur et cela par acte du Palais, signifié par huissier audiencier.

Le délai pour constituer avoué.

Le délai pour constituer avoué est en général de huit ou quinze jours suivant les cas. Autrefois, le délai de constitution variait selon la distance calculée en myriamètres, entre le lieu du domicile du défendeur et le siège du tribunal. Aujourd'hui, la loi du 13 Mars 1922 a substitué au calcul du délai par myriamètres, le calcul du délai par zones. Le délai pour comparaître est de huit jours, pour ceux qui sont domiciliés dans le département où siège le tribunal compétent, ou dans les départements

limitrophes, le délai est de quinze jours; si le défendeur est domicilié dans les autres parties de la France continentale; si le défendeur est domicilié hors de la France continentale, le délai varie selon l'éloignement; art. 73 du Code de procédure. Dans ce dernier cas, le délai maximum est de cinq mois; les délais peuvent être doublés en cas de guerre maritime.

Le délai de comparution peut être réduit lorsque le demandeur a été autorisé par le Président à assigner à bref délai, en cas d'urgence et généralement pour se faire dispenser du préliminaire de conciliation. L'art. 72 dit que le Président peut autoriser à assigner à bref délai. Ce délai ne peut être inférieur à un jour franc. Naturellement tous ces délais sont des délais francs, c'est-à-dire qu'on ne compte pas le jour d'expiration du délai. En pratique, le Président permet d'assigner à trois ou à cinq jours; il faut donc théoriquement que le défendeur ait constitué avoué dans les trois jours et la loi prévoit qu'il peut le faire à l'audience, mais cela n'a pas d'intérêt, puisque les délais ne sont pas exigés à peine de forclusion; Quand bien même le défendeur n'a pas constitué avoué, du moment que le défendeur n'a pas pris contre lui un jugement par défaut, il est encore

Devant les tribunaux très occupés l'avoué

pour saisir le tribunal rédige un placet,

La mise au rôle.

Après avoir constitué avoué, il faut saisir le

Le tribunal est généralement saisi par l'avoué du demandeur qui remplit les formalités nécessaires à cet effet; en cas de négligence de l'avoué du demandeur, ce pourrait être celui du défendeur, mais pratiquement, c'est toujours l'avoué du demandeur qui accomplit cette formalité. Ces formalités d'ailleurs assez vaguement indiquées, dans le décret de 1808, comportent des variantes selon l'importance et l'usage des tribunaux. C'est dire qu'on est ici dans une matière où les parties peuvent se mouvoir avec une grande aisance, et on ne peut que s'en féliciter.

Les formalités sont évidemment plus complexes devant les tribunaux très occupés et comportant plusieurs chambres comme le tribunal de la Seine, que devant le tribunal moins important. Le but de ces formalités est de faire inscrire l'affaire au rôle; à Paris, et dans beaucoup de tribunaux, l'avoué rédige dans ce but, un acte dont il n'est pas question dans les textes et qui s'appelle un placet, parce qu'il débute par ces mots : Plaise au tribunal Dans le placet, on reproduit les termes de l'assignation et on remet ce placet au greffe.

Le greffier inscrit alors l'affaire sur un registre avec un numéro d'ordre; c'est la mise au rôle; dans les tribunaux qui comprennent plusieurs Chambres, l'affaire

est mise au rôle général du tribunal, puis elle est attribuée, par les soins du Président, à une Chambre et inscrite au rôle de cette Chambre; généralement, les Chambres sont spécialisées, mais il est certaines affaires qui sont réservées à la Chambre où siège le Président, généralement la première chambre; ce sont notamment les affaires concernant l'état des personnes, les personnes morales publiques, etc...

Le rôle est unique si le tribunal n'a qu'une Chambre, ce qui est le cas dans la majorité des tribunaux.

En principe, l'affaire ne sortira du rôle qu'à son tour (décret de 1808) mais il y a cependant quelques affaires urgentes indiquées par l'art. 66 du décret de 1808 qui peuvent passer avant les autres. La pratique a pris, à cet égard, la plus grande liberté et les usages varient selon les tribunaux.

L'échange des conclusions entre avoués.

Pendant que les affaires sont au rôle, les avoués vont échanger des conclusions qui seront d'abord des conclusions purement banales; le défendeur signifiera des conclusions : " plaise au tribunal de déclarer la demande d'un tel non recevable et mal fondée"... puis les conclusions iront ensuite en s'emplifiant jusqu'au jour où l'on prendra des conclusions sérieuses sur le fond; ces conclusions peuvent être d'abord des conclusions d'exception incompétence " razione materiae" ou " razione personae"..

Le Code de procédure avait prévu, pendant cette période de mise au rôle, un échange de mémoires; il faisait donc une part à l'écriture; cet échange de mémoires devait être de nature à éclairer le tribunal mais on en avait fait une simple faculté pour les plaideurs, si bien que cet échange prévu par l'art. 77 du Code de procédure est tombé en désuétude. C'eut été pourtant un moyen de renseigner le juge. Mais le tarif actuel rémunère l'avoué selon la valeur de l'affaire et non plus comme en 1807, selon l'importance des actes. Sous le régime du tarif de 1807, on faisait ces mémoires, sous forme de conclusions grossoyées et c'était une manière de donner à l'avoué une rémunération proportionnelle à l'affaire, car on passait en taxe un nombre de rôles plus ou moins élevés, selon la valeur de l'affaire; Aujourd'hui que l'avoué est rémunéré selon la valeur de l'affaire, il n'est plus besoin de recourir à ce moyen détourné, et les conclusions grossoyées ont disparu.

L'avenir.

Quand l'affaire sort du rôle, l'avoué le plus diligent, généralement l'avoué du demandeur, signifie à son confrère un acte qui a une importance extrême, bien qu'il n'en soit nullement question dans le Code de procédure. Cet acte s'appelle un avenir, acte d'avoué à avoué, par lequel, l'avoué du demandeur signifie à l'avoué du défendeur

deur

qu'il ait à se trouver présent à l'audience de tel jour pour prendre les conclusions. Cet avenir jour un rôle considérable dans notre procédure; on admet, c'est l'avis de la Cour de Cassation, que la signification de l'avenir est prescrite à peine de nullité du jugement qui serait rendu sans que cette formalité ait été observée; en un mot, l'avenir joue dans les rapports des avoués entre eux, le même rôle que la signification dans les rapports des parties. Il est en effet impossible que l'avoué puisse conclure contre son confrère sans avoir invité celui-ci à venir conclure lui-même.

La signification des conclusions.

D'après l'article 70, les conclusions doivent être signifiées respectivement trois jours au moins avant de se présenter à l'audience, mais comme cette prescription n'est pas requise à peine de nullité, la pratique, ici encore, a pris de larges tolérances avec le texte; il arrive assez souvent que les conclusions soient signifiées au dernier moment; la seule sanction possible, c'est que l'avoué qui a reçu les conclusions au dernier moment peut s'opposer à ce que ces conclusions soient lues à la barre et demander un sursis; mais, s'il ne le fait pas, et il ne le fait pas par esprit de bonne confraternité, alors il n'y a aucune sanction.

L'audience.

Ensuite, vient l'audience, et puisqu'il s'agit ici de procédure contradictoire, il faut supposer que les avoués sont présents et que les conclusions sont lues devant le tribunal; les avoués lisent leurs conclusions, on dit qu'ils "prennent les conclusions" ou "posent les qualités". La lecture des conclusions par l'avoué est une formalité indispensable, sacramentelle peut-on dire. L'instance ne serait pas liée contradictoirement si l'on s'était contenté de signifier respectivement des conclusions et de les remettre entre les mains du greffier. La Cour de Cassation est tout à fait formelle sur ce point. Voir arrêt du 23 Novembre 1909 (D. 1911-I-III).

Le placet remplace parfois la prise des conclusions à l'audience.

La pratique contraire s'est établie dans certains tribunaux et notamment dans le tribunal de la Seine où les avoués ne prennent pas les conclusions à l'audience. On se contente du placet; c'est contraire à la loi qui exige que les conclusions soient prises à l'audience; la loi exige en outre (décret du 3 Mars 1908) que ces conclusions soient déposées par écrit entre les mains du greffier.

Importance des conclusions lues à l'audience.

Les conclusions lues à l'audience ont une extrême importance; elles fixent d'abord la compétence du tribunal en déterminant le chiffre de la demande, d'autre part, elles précisent exactement les prétentions des parties, prétentions sur lesquelles le tribunal doit statuer, mais au delà desquelles il ne peut statuer. Lorsque le tribunal omet de statuer sur une prétention, il y a omission de

statuer; lorsqu'il statue au delà, il y a ce qu'on appelle le " ultra petita", " extra petita".

La prise des conclusions met l'affaire en état.

La prise des conclusions au fond a encore cet effet qu'elle prive désormais le défendeur d'opposer toute exception fondée sur l'intérêt privé telle l'exception d'incompétence relative. Enfin, la prise des conclusions produit une conséquence très importante, c'est de mettre l'affaire en état; C'est ce qui résulte en effet de l'art 343 du Code de procédure.

L'affaire sera en état, dit ce texte, lorsque la plaidoirie sera commencée. Il ne s'agit pas ici de plaidoirie des avocats : " la plaidoirie sera réputée commencée dit l'article 343 quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience "

Effets de la mise en état.

La mise en état d'une affaire produit un certain nombre d'effets. D'abord l'affaire est désormais contradictoire et le défaut n'est plus possible, même si les avocats ne se présentaient pas au jour fixé pour plaider; du moment que les conclusions ont été lues à l'audience, l'affaire est en état, et elle est contradictoire. Si les avocats ne se présentent pas pour plaider, le tribunal pourra juger. D'autre part, le décès d'une partie ou le décès ou de la cessation des fonctions de son avoué, sont désormais sans influence sur la marche de la procédure, tandis qu'avant la mise en état de l'affaire, ces événements auraient entraîné ce qu'on appelle l'interruption de l'instance. Avant la mise en état, si une des parties décède, si un avoué d'une des parties cesse ses fonctions par démission, mort ou destitution, l'instance est interrompue, en attendant que les héritiers, s'il y a mort, constituent un nouvel avoué ou que la partie dont l'avoué est décédé constitue elle-même un nouvel avoué. Une fois la mise en état, ces événements sont sans influence.

Enfin, après la mise en état le demandeur ne peut plus se désister sans le consentement du défendeur.

Il résulte de la loi que l'affaire est en état par cela seul que les conclusions ont été lues à l'audience. Il y a sur ce point une innovation du Code de procédure assez curieuse. Dans l'ancien droit, en effet, l'affaire n'était en état que lorsqu'il ne restait plus qu'à juger, en un mot, lorsqu'il n'y avait plus rien à faire ni pour les parties, ni pour les procureurs. Ainsi le tribunal était à la merci des avocats qui pouvaient retarder à leur gré le procès. C'est pourquoi les rédacteurs du Code de procédure se sont efforcés d'avancer la mise en état de l'affaire; " l'affaire est en état, disent-ils, lorsque les conclusions ont été lues à l'audience". La plaidoirie est réputée commencée quand les conclusions ont été prises contradictoirement à l'audience; or, en pratique

un long délai peut s'écouler entre ce moment et le moment où l'affaire sera plaidée. On a critiqué de ce chef le Code de procédure. Mais, malgré tout, le système du Code de procédure a l'avantage de ne pas mettre les tribunaux à la merci des avocats, puisque le tribunal pourra juger sur pièces si les avocats ne se présentent pas pour plaider, au jour fixé.

Les conclusions peuvent être modifiées jusqu'à la clôture des débats.

La mise en état n'entraîne cependant pas cette conséquence de fixer définitivement les conclusions des parties; celles-ci ne sont pas arrêtées "ne varietur". Tout le monde admet, et cela paraît résulter de l'art. 72 du décret de 1808, que les parties peuvent encore modifier leurs conclusions jusqu'à la clôture des débats, à la condition de ne pas former des demandes nouvelles, mais elles peuvent demander des mesures d'instruction nouvelles ou augmenter leurs prétentions.

Une fois les conclusions prises, on plaidera soit le même jour, soit plus ou moins longtemps après. Ensuite les débats sont clos, les parties ne peuvent plus présenter de nouvelles conclusions; d'après l'art. 87 du décret de 1808, une fois le ministère public entendu, les parties ou leurs représentants n'ont plus la parole; elles peuvent seulement remettre au tribunal une note restitutive, qui devra être communiquée à l'adversaire, bien entendu.

Une fois que les débats sont clos, le tribunal n'a plus qu'à rendre son jugement.

Le juge peut ordonner des mesures d'instruction.

Bien rare est le cas où la procédure est aussi simple que celle qui vient d'être rapportée. Dans un très grand nombre de procès, les juges ne sont pas suffisamment éclairés par les conclusions des parties; le tribunal ordonnera certaines mesures d'instruction destinées à former sa conviction. Les preuves tiennent une place considérable en matière de procédure. Et cependant, il est assez remarquable que cette matière ait été traitée par le législateur, non dans le Code de procédure, mais dans le Code civil, ou plus exactement, la réglementation des preuves est scindée. Tout ce qui concerne le fond des différents moyens de preuve est en général contenu soit dans le droit civil, soit dans le Code de commerce, et au contraire tout ce qui concerne l'administration des preuves est contenu dans le Code de procédure.

Les modes d'administration des preuves.

Ils sont indiqués dans le Code de procédure; néanmoins, il est bien évident que, de la conception que se fait le législateur sur la preuve de la faveur ou de la défaveur avec laquelle il considère tel moyen de preuve, vont dépendre les conditions d'administration de la

preuve et c'est pourquoi il est nécessaire de rappeler sur ce point certaines idées directrices.

Le régime de l'intime conviction du juge.

Le régime général de notre Droit est celui de l'intime conviction. Le juge se détermine en principe, non seulement en matière criminelle, mais aussi en matière civile, suivant son intime conviction. Il en était autrement autrefois lorsque le juge voyait ses pouvoirs restreints quant à la formation de sa décision. Autrefois, on admettait le système des preuves légales; c'était la loi qui imposait les conditions dans lesquelles il devait se décider, quelle que fut par ailleurs son opinion personnelle; c'est ainsi que l'on comptait les témoignages au lieu de les peser.

Les vestiges du système de la preuve légale.

Aujourd'hui, c'est le régime de l'intime conviction qui a prévalu mais qui n'est cependant pas admis d'une manière générale dans le Droit civil. Il reste encore, dans notre procédure des vestiges du système de la preuve légale: en particulier les restrictions apportées par la loi à la preuve par témoins et à la preuve par présomption. Cette défaveur du législateur vis-à-vis de la preuve par témoins à sa répercussion dans la procédure de l'enquête qui est des plus archaïques.

L'intime conviction du juge ne peut se former que suivant certains moyens

A notre époque, même dans le régime de l'intime conviction, le juge ne peut pas former sa conviction par n'importe quel moyen. La Cour de Cassation décide, d'une manière constante, que le juge ne peut former sa conviction que sur les éléments de preuves admis par la loi. D'autre part, la Cour de Cassation exige que la preuve soit administrée dans les formes du Code de procédure. "La preuve n'est réputée faite, dit la Cour de Cassation, que si elle est administrée selon les formes de procédure et d'instruction prescrites par le Code, à moins qu'il ne soit établi que les parties y ont renoncé, c'est à dire que la loi n'impose pas impérativement les formes d'administration des preuves, mais du moment qu'il n'est pas établi que les parties y ont renoncé, ces formes s'imposent au juge qui est obligé de les respecter et, en l'absence de ces formes, la preuve ne serait pas réputée faite.

Les différents modes d'administration des preuves. La preuve directe.

Quoiqu'il en soit, le juge peut former sa conviction de différentes manières qui sont prévues par la loi et que l'on peut classer de la manière suivante :

En premier lieu, le juge peut constater par lui-même un fait matériel, c'est la preuve directe. Cette preuve est réalisée par la présentation à l'audience d'objets mobiliers ou de documents.

La visite des lieux et la descente sur les lieux.

En ce qui concerne les immeubles, la preuve fondée sur les constatations du juge est réalisée par le transport du juge sur les lieux; ce mode de preuve est réglementé, en ce qui concerne les juges de paix sous

le nom de visite des lieux, par les art. 41 et suivants du Code de procédure et, en ce qui concerne le tribunal de première instance par les articles 295 et suivants sous le nom de descente sur les lieux.

La preuve indirecte.

En second lieu, le juge peut arriver indirectement à la connaissance des faits; ici il ne s'agit que de faits; on n'a pas à faire au juge la preuve du droit, car le juge est censé connaître le droit, quand on parle de preuves il ne s'agit que de la preuve des faits.

Le juge peut arriver indirectement à la connaissance des faits, soit par le raisonnement, en partant de faits connus, ou en s'en rapportant à l'attestation d'une personne qui lui affirme la vérité.

La preuve par présomption.

La preuve indirecte, par raisonnement, c'est la preuve par présomption; les présomptions peuvent être soit des présomptions légales, soit des présomptions de fait. La preuve par présomptions ne s'administre pas selon une procédure particulière, et cela se comprend, puisque d'une part, les présomptions légales constituent une dispense de preuve, et que, d'autre part, les présomptions simples sont abandonnées à la prudence des magistrats. Donc il n'y a pas de forme particulière d'administration de la preuve par présomptions, comme il y a une forme particulière d'administration de la preuve par témoins. Mais il ne faut pas croire que les présomptions ne soient pas précédées de mesures d'instruction; en effet, il peut être nécessaire de prouver des faits qui servent de base à la présomption; la preuve de ces faits, le juge les trouvera dans des écrits, ou dans une enquête ou une expertise.

En cas de présomption légale la preuve contraire est admise.

D'autre part, lorsqu'il s'agit de présomptions légales, la preuve contraire est parfois possible. Ici encore, pour faire cette preuve contraire, il faudra procéder à une enquête ou à une expertise ou à tout autre mode de preuves, mais ce qu'il importe de retenir, c'est qu'il n'y a pas de mode de preuve particulier, s'appliquant à la preuve par présomptions qui est une preuve par raisonnement.

Le juge peut encore former sa conviction en s'en rapportant à l'attestation d'une personne qui peut être une partie ou un tiers.

L'attestation peut émaner d'une partie; nous trouvons ici des modes de preuves comme l'aveu, le serment ou un écrit émanant d'une des parties. L'attestation peut émaner d'un tiers; c'est le cas du témoignage ou de la rédaction d'un acte par un officier public; ce tiers peut enfin être un expert que le juge charge de faire certaines vérifications, au lieu de les faire lui-même personnellement.

A chacun de ces modes de preuves correspondent un

ou plusieurs procédures particulières. Il y a une procédure particulière pour le serment; elle est indiquée dans l'art. 120 et suivants du Code de procédure. A l'aveu correspond, dans notre droit, deux procédures destinées à provoquer cet aveu et à l'enregistrer quand il se produit, ces deux procédures sont d'ailleurs inégales de valeur et d'importance.

L'interrogation
sur faits éta-
blis.

La première de ces procédures s'appelle l'interrogatoire sur faits et articles prévus par les art. 324 et suivants, mode d'administration de la preuve auquel le Code de procédure attache, semble-t-il une importance particulière et cependant il est tombé en grande partie en désuétude, à raison des inconvénients qu'il présente. L'interrogatoire sur faits et articles se produit dans des conditions particulières; il ne peut pas être ordonné d'office par le tribunal et ne peut être ordonné qu'à la demande d'une des parties et encore à condition qu'il ne s'agisse pas de choses pour lesquelles l'aveu est inopérant. L'inconvénient de ce mode de preuves est que la partie, qui demande que son adversaire soit interrogé sur faits et articles, doit énoncer les faits sur lesquels elle demande que porte l'interrogatoire et comme l'adversaire sait d'avance sur quoi il sera interrogé, il a tout le temps de préparer ses réponses; d'autre part, l'interrogatoire a lieu, non pas devant le tribunal, mais devant le juge commissaire, c'est une procédure longue qui aboutit à des résultats peu probants, de sorte qu'en pratique, elle est fort peu usitée.

La comparution
personnelle
des parties.

La seconde procédure, est la comparution personnelle des parties à laquelle la loi fait une simple allusion dans l'art. 119 du Code de procédure; cette procédure peut-être ordonnée d'office par le tribunal. D'autre part, elle a cet avantage que la partie est interrogée en présence du tribunal qui peut voir l'attitude plus ou moins réticente de la partie interrogée, constater ses jeux de physionomie, qui souvent renseignent plus que les réponses elles-mêmes. d'autre part, la partie n'est pas avertie d'avance des questions qui lui seront posées.

La preuve par
écrit.

La preuve par écrit s'administre par la production devant le tribunal d'actes authentiques ou d'actes sous seings privés ou même par la production d'écrits qui ne sont pas des actes, les livres de commerce, les registres domestiques : la production de ces documents devant le tribunal qui les examine et les apprécie peut donner lieu à des incidents dont certains sont traités longuement par le Code de procédure et donnent lieu à une procédure très compliquée. C'est d'abord l'exception de communication de pièces, prévus par l'art. 180 du Code de procédure. C'est

L'exception
de communicati
on de pièces.

en effet un principe, qui s'explique fort bien par la nécessité d'assurer la défense, qu'une partie ne peut invoquer devant le tribunal et que le tribunal ne peut faire état de documents que ceux-ci n'aient été connus de l'adversaire de cette partie. Lorsqu'une des parties produit des documents dont l'autre n'a pas eu connaissance, il peut y avoir exception de communication de pièces et cette exception est opposée par la partie qui n'a pas eu connaissance de ces pièces. L'instance est suspendue jusqu'à ce que communication ait été faite; c'est un premier incident auquel donne lieu la preuve par écrit.

La vérification
d'écriture.

Un second incident suppose qu'une des parties dénie sa signature; en ce cas, on recourt à la vérification d'écriture (art. 193 et suivant du Code de procédure). Cette procédure est très complexe.

L'inscription
de faux.

Enfin, il y a encore un autre incident de la preuve par écrit; c'est l'inscription de faux. (art. 214 et suivants). Cette procédure est assez peu répandue et d'autant moins usitée qu'elle est extrêmement compliquée et que l'on fait tout ce que l'on peut pour l'éviter dans la plus large mesure possible.

La preuve par
témoins.

La preuve par témoins ne peut s'administrer que dans les formes de l'enquête. Enfin il existe toute une procédure pour l'expertise.

La procédure d'enquête et la procédure d'expertise sont les deux modes d'administration des preuves les plus couramment admises devant les tribunaux.

L'enquête.

L'enquête est la procédure suivant laquelle est administrée la preuve par témoins. La procédure d'enquête est administrée d'une manière différente suivant qu'on est en matière ordinaire ou en matière sommaire.

L'enquête en
matière ordi-
naire.

On ne s'occupe pour le moment que de l'enquête en matière ordinaire. En cette matière l'enquête est secrète, c'est-à-dire que les témoins déposent à huis-clos devant un juge commissaire et non pas devant le tribunal en audience publique. Le témoin ne se trouve pas seul avec le juge et le greffier; les avoués des parties assistent à l'enquête; d'autre part, les parties elles-mêmes ont le droit d'être présentes, mais il n'y a pas d'autre public. Le caractère secret de la procédure d'enquête est un héritage de notre ancien Droit, lequel s'est inspiré sur ce point, d'une règle du Droit canonique; le caractère secret de la procédure d'enquête entraîne son caractère écrit; il faut que le tribunal qui aura à statuer sur le litige connaisse les dépositions qui n'ont pas lieu en sa présence; il est absolument nécessaire que le juge commissaire, par l'intermédiaire du greffier, rédige un procès verbal de la déposition du témoin.

Son caractère
secret.

On a beaucoup critiqué ce mode d'administration de la preuve par témoins devant le juge commissaire et l'on a

dit que l'enquête devrait avoir lieu à l'audience, car le tribunal ne connaît les dépositions que par un procès verbal incolore. Il faut bien reconnaître que le mode de preuve actuel a le grand avantage de ne pas faire perdre de temps au tribunal. Mais il est incontestable que ce mode de preuve a bien des inconvénients et il vaudrait mieux que les tribunaux puissent entendre les témoins eux-mêmes à l'audience.

L'enquête en
matière sommaire.
re.

En matière sommaire, l'enquête a lieu à l'audi-

Notre procédure d'enquête encourt une autre critique qui est vraiment fondée; c'est que la loi y a multiplié les formalités, lesquelles sont généralement sanctionnées par la nullité; c'est une procédure pleine d'embûches pour les officiers ministériels. C'est une manifestation d'hostilité du législateur vis-à-vis de la preuve par témoins. C'est évidemment une preuve très fragile, il n'y a rien de plus inconsistant, de plus décourageant que le témoignage; mais ce n'était pas une raison pour multiplier les nullités. C'est une procédure extrêmement archaïque et qui gagnerait à être simplifiée.

L'enquête peut être ordonnée, soit par le tribunal, soit à la demande de l'une des parties défendeur ou demandeur, en tous cas, le tribunal peut toujours ordonner l'enquête d'office. Lorsqu'une des parties demande l'enquête, ce qui est le cas le plus fréquent, elle doit préalablement articuler les faits dont elle demande à faire la preuve par un simple acte de conclusion sans écriture (art. 252). Les faits articulés doivent être déniés par l'adversaire dans les trois jours mais ce délai n'est pas prescrit à peine de nullité. L'art. 252 du Code de procédure dit que les faits articulés par l'adversaire s'ils ne sont pas déniés, dans les trois jours, devront être tenus pour confessés ou avérés.

Après l'exposition des faits
trois hypothèses
peuvent se produire.

Trois hypothèses sont possibles:

- 1°- Les faits sont reconnus par l'adversaire; il y a aveu, l'enquête n'est pas nécessaire, à moins qu'on ne soit dans une matière où l'aveu est inopérant
- 2°- L'adversaire garde le silence; il ne reconnaît ni ne dénie les faits dans les trois jours. Le tribunal a ici un pouvoir d'appréciation; il peut tenir les faits pour reconnus ou, au contraire, ordonner l'enquête.
- 3°- Les faits sont déniés par l'adversaire; dans ces conditions, le tribunal ordonnera l'enquête, mais il n'y est pas obligé, si sa conviction est formée sur d'autres éléments ou s'il estime que les faits ne sont pas concluants. Il faut, en effet, que les faits soient concluants, c'est-à-dire de nature à déterminer la conviction du juge.

Le jugement qui ordonne l'enquête doit, suivant

Contenu du jugement ordonnant l'enquête l'art. 255, contenir :

1°- les faits à prouver; ce sont les faits articulés par la partie, mais le juge peut faire un choix dans ces faits, il peut écarter les uns et retenir les autres.

2°- la nomination du juge commissaire devant lequel l'enquête sera faite; c'est un juge du tribunal qui aura à juger l'affaire, généralement. Il est absolument essentiel que le jugement indique les faits à prouver, mais il n'est pas nécessaire que le tribunal, dans son jugement, réserve expressément à l'adversaire, la preuve contraire. C'est un droit absolu pour le défendeur de faire entendre des témoins pour combattre les allégations des témoins cités à la requête de son adversaire. C'est ce qui explique l'art. 256 quand il dit que la preuve contraire sera de droit. C'est la conséquence du droit de la défense et du caractère contradictoire de l'instance. L'adversaire fera entendre ses témoins dans une enquête qu'on appelle la contre-enquête et qui ne peut d'ailleurs porter sur les faits qui font l'objet de l'enquête, sur les faits particuliers cités par le demandeur; par exemple le demandeur réclame le paiement d'une somme inférieure à 500 frs qui lui est due en vertu d'un contrat; le défendeur nie qu'il y ait jamais eu un contrat pour cette somme; dans la contre-enquête, il fera entendre des témoins à l'appui de sa prétention; ici, la contre-enquête est de droit, mais le défendeur ne pourrait pas demander à des témoins de prouver des faits étrangers à l'enquête.

La signification du jugement ordonnant l'enquête. Son importance Un jugement qui ordonne une enquête doit être signifié au défendeur. Pratiquement c'est l'avoué du demandeur qui signifie à son confrère le jugement qui ordonne l'enquête; cette signification est importante, parce qu'elle fait courir le délai dans lequel l'enquête doit être ouverte; c'est un principe posé par le Code de procédure que l'enquête doit être ouverte dans un certain délai à peine de nullité.

Délai d'ouverture de l'enquête. L'enquête doit être commencée dans les huit jours de la signification du jugement; il résulte de l'art. 257 que l'enquête doit être ouverte dans les huit jours de la signification à avoué, si l'enquête est faite au lieu même où le jugement a été rendu ou dans la distance de cinq myriamètres. Quand l'enquête doit être faite à plus grande distance, c'est le jugement qui fixe le délai dans lequel l'enquête doit être commencée. La loi ajoute, art. 259 : l'enquête est censée commencée pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge commissaire à l'effet d'assigner les témoins aux jours et heures par lui indiqués. Donc, lorsque l'avoué du demandeur aura obtenu du juge commis-

saire

une ordonnance lui permettant d'assigner les témoins pour le jour qu'il fixera, l'enquête sera considérée comme étant commencée. Le juge commissaire peut fixer la date d'audition des témoins à un délai extrêmement éloigné. Il a toute liberté sur ce point et l'enquête peut ainsi traîner indéfiniment. Il est un moyen pour l'avoué de faire traîner l'ouverture de l'enquête, c'est de ne pas signifier le jugement qui ordonne l'enquête avant le moment qu'il aura choisi, il peut ainsi retarder l'enquête très longtemps.

L'assignation
des témoins.

L'avoué du demandeur présente requête au juge commissaire; le juge commissaire fixe le jour, le lieu, l'heure de l'enquête et rend une ordonnance par laquelle il autorise la citation des témoins. Muni de cette ordonnance, l'avoué du demandeur doit assigner les témoins (art. 260 qui a été modifié d'ailleurs par la loi du 22 Décembre 1928); il faut assigner les témoins par ministère d'huissier; à ces témoins, on indique d'ailleurs le dispositif du jugement qui les concerne et les témoins savent d'avance sur quoi ils devront témoigner. Il faut assigner également l'adversaire; les parties ont le droit d'être présentes à l'enquête; on notifie à l'adversaire la liste des témoins que l'on se propose de faire citer et l'adversaire, s'il y a lieu à contre enquête, notifiera au demandeur la liste de ses témoins, le tout à peine de nullité.

La déposition
des témoins.

Au jour de l'enquête, les témoins doivent comparaître; sous peine d'amende. S'ils sont trop éloignés, on peut les entendre ou les faire entendre par commission rogatoire. Les témoins doivent prêter serment; ils doivent déposer oralement et non pas lire leur déposition; le greffier enregistre les dépositions des témoins.

Qui peut être
témoin ? Une question assez importante se pose: Qui peut être témoin dans un procès civil ? Toute personne, en principe, peut être témoin; la capacité est la règle, l'incapacité l'exception, mais il y a trois sortes d'exceptions :

Les personnes
indignes de
témoigner. Les personnes indignes de témoigner sont celles qui ont subi certaines condamnations; cependant, on admet en pratique qu'on puisse les entendre à titre de simples renseignements; on ne leur fera pas prêter serment et le tribunal n'aura égard aux renseignements qu'ils fourniront qu'à titre de simple indication.

Les incapa-
bles.

Les incapables sont les personnes parentes ou alliées, en ligne directe, de l'une des parties, et son conjoint, même divorcé. Les législations modernes n'admettent pas ces restrictions; il appartient au juge de peser les témoignages. Par exception, dans les procédures de divorce

les ascendants tout au moins peuvent être entendus comme témoins. D'autre part, les individus âgés de moins de quinze ans sont incapables de témoigner et ne peuvent être entendus qu'à titre de renseignement (art. 285 qui précise qu'on ne leur fera pas prêter serment).

Les personnes
reprochables.

Les personnes reprochables sont celles qui peuvent être l'objet d'un reproche; cette singulière institution est un vestige du système des preuves légales; il faudrait supprimer cela; les témoignages doivent être pesés et il n'appartient pas à la loi d'écarter d'office tel ou tel témoignage ou de les frapper de suspicion. On entend par reproche qu'une des parties allègue contre un des témoins, un fait de nature à rendre suspecte sa déposition mais ce reproche n'empêche pas le témoin de déposer: si le reproche est fondé, le tribunal seul en est juge, on ne tiendra pas compte de la déposition; le juge commissaire enregistrera la déposition, il ne peut pas se faire juge de la validité du reproche; on plaidera sur le reproche devant le tribunal et les juges qui auront sous les yeux le témoignage du témoin reproché, ne devront pas en tenir compte.

La loi dans l'art. 282, indique que le reproche doit être proposé avant l'audition du témoin, à moins qu'il ne soit justifié du reproche par écrit.

Les personnes
reprochables.

Les personnes reprochables sont: certains parents ou alliés en ligne collatérale; ainsi les collatéraux ne sont pas incapables, ils sont reprochables jusqu'au degré de cousin issu de germain; suivant l'art. 283, on peut aussi reprocher les héritiers présomptifs de l'une des parties, celui qui aura bu et mangé avec l'une des parties ou à ses frais depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête. Sont également reprochables, les serviteurs et domestiques, celui qui a donné des certificats sur les faits relatifs au procès.

Exceptions en
matière de di-
vorce et de
séparation de
corps.

Il est des exceptions à ces règles en matière de divorce et de séparation de corps; dans ces procès, il n'y a qu'une catégorie de témoins incapables, ce sont les descendants; tous les autres peuvent être cités, il n'y a pas de reproche en cette matière.

L'énumération
de l'art. 283
n'est pas li-
mitée.

L'énumération de l'art. 283 n'est pas limitative; la jurisprudence admet que les tribunaux peuvent admettre d'autres causes de reproche que celles prévues par la loi du moment que ces causes lui paraissent suffisantes pour entacher de suspicion les déclarations d'un témoin.

L'enquête doit
être terminée
dans un certain
délai.

La loi, qui oblige les parties à commencer l'enquête dans un certain délai, fixe également un délai dans lequel elle doit être terminée. C'est l'art. 278 qui fixe ce délai; il a été tout récemment modifié par une loi du 20 Avril 1930. L'enquête nous disait à l'ancien article 278 sera respectivement parachevée (c'est-à-dire l'enquête

et la contre-enquête) dans la huitaine de l'audition des premiers témoins à peine de nullité. Ce délai a paru trop court et la loi du 20 Avril 1930 a remplacé le délai de huitaine par un délai de quinzaine; il faut donc que tout soit terminé dans la quinzaine; mais, sur ce point, la loi permet aux parties de demander une prolongation de délai. Le tribunal saisi d'une semblable demande est libre de ne pas l'accueillir, en tous cas, il ne peut accorder qu'une seule prolongation. Lorsque l'enquête n'a pas été terminée dans la quinzaine, l'enquête est nulle. Mais la Cour de Cassation, lorsqu'elle applique cette nullité non pas seulement à la déposition faite en dehors du délai expiré, mais à l'enquête tout entière, solution extrêmement formaliste qui peut être critiquée.

Une fois l'enquête terminée, l'affaire reviendra à l'audience; l'avoué le plus diligent signifiera le procès verbal d'enquête à son adversaire. Et puis l'affaire reviendra à l'audience, on plaidera sur la nullité de l'enquête, s'il y a lieu, on plaidera sur les reproches; enfin, on plaidera sur le fond et le tribunal rendra sa décision.

Responsabilité
du juge dans
la procédure
d'enquête.

Il existe deux dispositions assez curieuses dans le Code de procédure. Le Code de procédure s'est bien aperçu que sa procédure était encombrée de nullités et il s'est efforcé d'appeler l'attention des juges et des officiers ministériels pour éviter, dans la plus large mesure possible, ces nullités (art. 292). L'enquête ou la déposition déclarée nulle par la faute du juge commissaire est recommencée à ses frais; c'est un des cas où le juge est personnellement responsable d'une nullité, s'il est constaté que c'est par sa faute que cette enquête est frappée de nullité.

Responsabilité
des officiers
ministériels
dans la procé-
dure d'enquête.

En second lieu, d'après l'art. 293: l'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou par celle de l'huissier ne sera pas recommencée sauf dommages et intérêts contre l'officier ministériel à qui cette nullité serait imputable. Il faut bien admettre qu'on ne peut recommencer l'enquête à la demande des parties; mais le tribunal reste libre, s'il n'a pas d'autre moyen de s'éclairer, d'ordonner une nouvelle enquête, car il est des cas où le tribunal ne pourrait pas statuer si l'enquête n'était pas recommencée.

L'expertise.

L'expertise consiste, de la part de certaines personnes désignées par le tribunal à faire certaines constatations matérielles exigeant des connaissances techniques: les experts sont chargés de faire un rapport qui sera communiqué au tribunal. L'expertise a pris, de nos jours, une importance considérable devant les tribunaux. Ceux-ci se déchargent volontiers sur les experts de la besogne qui leur incombe; dans certains cas l'expertise est justifiée

lorsqu'il s'agit de questions techniques, dans d'autres, elle l'est beaucoup moins. Il y a un abus des expertises et le danger est grand parce que les tribunaux suivent surtout l'avis des experts, et les experts sont faillibles.

L'expertise est générale-ment facultative, quelquefois obligatoire.

L'expertise est en principe facultative pour le tribunal; le tribunal ordonnera l'expertise soit à la demande d'une partie, soit d'office, mais il est des cas où l'expertise est obligatoire; par exemple, voir l'article 1678 du Code civil.

Le jugement qui ordonne l'expertise doit énoncer clairement l'objet de cette expertise et, en tous cas, on ne peut confier aux experts que des questions exigeant des appréciations techniques.

Qui peut être expert.

Toute personne qualifiée peut être expert sauf en matière criminelle où l'on fait une exception au profit des médecins qui doivent être inscrits sur une liste dressée par la Cour d'Appel; la jurisprudence décide que cette liste ne s'impose pas en matière civile.

Quoique la question soit discutée, il faut décider que les mineurs, les femmes, les étrangers peuvent être experts parce qu'ils peuvent être chargés d'un service public temporaire.

La nomination des experts.

En principe, c'est aux parties qu'il appartient de désigner les experts et cela même lorsque le tribunal ordonne l'expertise d'office. Si les parties ne s'accordent pas, ce sera le tribunal qui nommera les experts.

Le nombre des experts est, en principe de trois (art. 303 du Code de procédure) à moins que les parties ne soient consentantes à ce qu'il ne soit procédé que par un seul. Lorsque l'expertise est ordonnée d'office par le tribunal, il peut ne nommer qu'un seul expert. Les experts peuvent être récusés par les parties pour les raisons pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés (art. 310) les experts doivent prêter serment (art. 307) mais la jurisprudence admet que les parties, à la condition d'être maîtresses de disposer de l'objet du litige, peuvent dispenser l'expert du serment, pour des raisons d'économie.

Une fois en fonction, les experts doivent procéder aux constatations dans la limite fixée par le jugement qui les nomme; ils doivent procéder conjointement et après avoir sommé les parties d'assister à leurs opérations. Ils rédigent ensuite leur rapport.

Le rapport des experts est un acte authentique.

Ce rapport est un acte authentique donc faisant foi jusqu'à inscription de faux, dans la mesure où les experts relatent leurs opérations; mais leur rapport ne fait pas foi au point de vue de leur appréciation, car c'est un principe posé par le Code de procédure que les juges ne sont jamais astreints à suivre l'avis des experts; l'avis des experts ne lie jamais le juge; le juge peut statuer en sens contraire de l'avis des experts; ils peuvent aussi ordonner une contre-expertise.

Les incidents de la procédure ordinaire.

équence de incidents. Il est assez fréquent que des incidents viennent se greffer sur une procédure.

Ces incidents sont de diverses sortes. Certains de ces incidents sont relatifs à la compétence et à la composition du tribunal; ce sont les exceptions d'incompétence, de litispendance, et de connexité, le renvoi pour suspicion légitime, la récusation d'un juge. D'autres sont relatifs à la situation des parties ou de leurs représentants; par exemple à la qualité d'étranger d'une partie, qui permettra au défendeur français d'exiger la caution judicatus solvi, ou ce sera la qualité d'héritier de femme commune de biens, qui permettra d'opposer l'exception dilatoire; l'héritier ou la femme pourra invoquer le délai qui lui est accordé pour faire inventaire ou pour prendre parti. Un autre incident possible résulte de la mort de l'avoué ou d'une partie. D'autres incidents sont relatifs à des irrégularités de procédure. C'est le cas de la demande en désaveu, qui est formée contre un avoué, ou de l'exception de nullité d'un acte de procédure, qui est soulevée par une partie. Il est enfin d'autres incidents fort importants, qui tendent à élargir la sphère du procès, soit quant à l'objet, c'est le cas des demandes additionnelles et des demandes reconventionnelles, soit quant à la partie, c'est le cas de l'intervention forcée ou volontaire.

On ne s'occupera ici que des incidents, qui étendent la sphère du procès quant à l'objet.

Ces incidents sont, soit des demandes additionnelles, soit des demandes reconventionnelles, soit des demandes provisoires, soit enfin des demandes en intervention. Mais ces dernières seront laissées de côté ici, car on les retrouvera avec la tierce opposition. On va s'occuper pour l'instant des autres demandes incidentes qui tendent à élargir le débat, tel qu'il a été fixé par la demande en justice.

C'est un principe de notre droit, en effet, que la demande en justice fixe l'objet du litige. Ce qui caractérise notre droit, c'est que le demandeur a le droit d'introduire dans sa demande, toutes les prétentions qu'il lui convient d'y mettre, même si elles n'ont entre elles aucun lien de connexité, à la condition qu'elles soient de la compétence du tribunal saisi. Mais la demande fixe le cadre dans lequel pourront se mouvoir les juges et les parties, c'est-à-dire qu'une fois sa demande formulée le demandeur est en quelque sorte prisonnier de sa formule,

car il ne peut modifier sa demande en cours d'instance. S'il veut changer quelque chose au procès, il doit faire une nouvelle demande. En un mot, une fois l'instance engagée, il est impossible de substituer à l'objet du litige un litige nouveau, et d'autre part, d'ajouter à la demande primitive d'autres demandes n'ayant aucun rapport avec elle.

Motifs sur les
quels repose
cette règle.

Ce principe est admis dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, pour éviter qu'une partie ne puisse compliquer, retarder la marche de la procédure, en y introduisant des éléments nouveaux. Evidemment la partie, qui a une demande nouvelle à présenter, pourra le faire, mais à la condition de faire un autre procès et la partie qui veut modifier l'objet du litige, peut le faire, à la condition de recommencer la procédure et d'assigner à nouveau l'adversaire.

Ce principe est fondé dans une certaine mesure sur les droits de la défense. S'il en était autrement, en effet, on permettrait au demandeur d'échapper au préalable de conciliation, et le demandeur trouverait par là le moyen de priver le défendeur des délais qui lui sont accordés pour préparer sa défense. Il faut ici une discussion loyale, qui soit à l'abri des surprises.

Cependant ce
principe subit
des exceptions

Mais ce principe ne pouvait être admis d'une manière absolue. Il est des cas, où une demande nouvelle a des rapports suffisamment étroits avec la demande originale, pour qu'il n'y ait pas d'inconvénients à ne pas la soumettre immédiatement au juge. C'est pourquoi notre droit admet, dans certains cas, à certaines conditions, la possibilité d'introduire des demandes incidentes dans un procès. Ces demandes incidentes se différencient des demandes introductives de conciliation, elles se forment par acte d'avoué à avoué, devant le tribunal civil, sauf les cas d'intervention forcée.

Les demandes
incidentes.

Ces demandes incidentes sont de différentes sortes: les unes émanent du demandeur, ce sont les demandes additionnelles; les autres émanent du défendeur, ce sont les demandes reconventionnelles; enfin, les demandes provisoires émanent soit du demandeur, soit du défendeur.

Les demandes in-
cidentes com-
prennent:

a) les demandes
additionnelles.

Les demandes additionnelles sont celles par lesquelles le demandeur modifie, étend ou restreint sa demande. C'est une demande nouvelle. Il ne faut pas confondre avec les demandes additionnelles les moyens nouveaux c'est-à-dire les justifications nouvelles, qui sont présentées à l'appui d'une demande déjà formée. La demande additionnelle est une demande, qui ne figure pas dans l'exploit introductif d'instance.

Conditions re-
quises pour que

À quelles conditions le demandeur sera-t-il admis à présenter des demandes additionnelles devant le tribunal de première instance? Le Code de procédure civile

le demandeur soit a pris soin de dire comment les demandes incidentes admis à présenter une demande additionnelle? sont formées; mais il n'a pas dit à quelles conditions elles sont recevables. La doctrine et la jurisprudence ont posé le principe suivant:

Il faut que la demande soit accessoire ou connexe à la demande principale.

On sait ce qu'est la connexité. Une demande additionnelle n'est recevable que si elle est connexe à la demande principale. Il n'y a pas alors de grands inconvénients à admettre la recevabilité d'une demande additionnelle, parce que le défendeur, qui a présenté sa défense sur la demande principale, est prêt à présenter sa défense sur la demande additionnelle, qui est connexe. C'est le cas, par exemple, pour une demande additionnelle, tendant à obtenir le paiement des intérêts, alors que la demande principale visait le capital. Autre exemple : un propriétaire a assigné son locataire en paiement de loyers échus. On admet que le propriétaire, au cours du procès, pourra étendre sa demande, en concluant à la résiliation du bail.

Particularité concernant l'appel. En ce qui concerne l'appel, il est une règle particulière, qu'on retrouvera avec l'appel et qui est énoncée dans l'art. 464 du C.P.C. aux termes duquel les demandes nouvelles ne sont pas recevables en appel. Quand même le demandeur voudrait former une demande connexe nouvelle en appel, il serait déclaré non recevable, car cela priverait l'adversaire du premier degré de juridiction.

On sait que par une prorogation de juridiction le tribunal civil, saisi d'une demande introductive d'instance de sa compétence, pourrait connaître d'une demande additionnelle connexe, qui serait en dehors de sa compétence.

b) Les demandes reconventionnelles. Les demandes reconventionnelles sont des demandes incidentes, formées par le défendeur.

On a déjà défini la demande reconventionnelle. On sait que c'est une demande incidente, formée par le défendeur, qui ne se contente pas d'opposer une défense, de résister aux prétentions du demandeur, mais qui prend l'offensive contre le demandeur, et réclame une condamnation contre lui.

Il y a une différence très nette entre la défense et la demande reconventionnelle. La demande reconventionnelle tend, en effet, à procurer au défendeur un avantage autre que le rejet de la demande principale. Ici encore, c'est la question de savoir dans quelle mesure le défendeur sera admis à élargir la sphère du procès, fixée par la demande originale.

Sur ce point, les législations varient dans le temps et dans l'espace.

Elles varient d'abord dans le temps. Les législations

Historique des
demandes recon-
ventionnelles.

primitives sont peu favorables aux demandes reconventi-
onnelles. Une seule question doit être posée au juge et
tranchée par lui. Si le défendeur a un droit à faire val-
loir contre le demandeur, qu'il fasse un autre procès.
Telle était la solution du très ancien droit français.
Puis, on a admis assez timidement, puis plus largement
ensuite, la recevabilité des demandes reconventionnelles.
Ainsi, la coutume de Paris, admet les demandes reconven-
tionnelles dans deux cas :

1°- en cas de compensation entre deux dettes;

2°- hors le cas de compensation, moyennant une
double condition: que la demande reconventionnelle soit
une dépendance de la demande principale et qu'elle ser-
ve de défense contre cette action.

Le C. Pr. Civ. ne s'occupe pas de la question
de la recevabilité des demandes reconventionnelles. A
quelles conditions la demande reconventionnelle sera-t-
elle admise dans notre droit ?

Inconvénients
et avantages
des demandes
reconvention-
nelles.

Les demandes reconventionnelles ne sont pas sans
danger. Elles compliquent la procédure, mais elles ont
des avantages, elles économisent une instance, puisqu'elles
permettent de trancher deux litiges dans une ins-
tance, et elles évitent les contrariétés entre deux déci-
sions.

Conditions aux-
quelles la pra-
tique soumet la
recevabilité

Au point de vue du droit positif, que décider en
l'absence de toute disposition expresse? Voici la solu-
tion de la pratique.

des demandes re-
conventionnelles

On tire argument d'un texte du C. Pr. Civ. de l'
art. 464 du C.P.C. qui interdit les demandes nouvelles
en appel, mais qui fait une exception pour deux catégo-
ries de demandes reconventionnelles, qui sont formées
par le défendeur, la demande en compensation, et la de-
mande reconventionnelle servant de défense à l'action
principale. On dit que, si en appel ces demandes recon-
ventionnelles sont recevables, à plus forte raison en
est-il ainsi en première instance.

Le défendeur
peut opposer au
demandeur une
demande recon-
ventionnelle
tendant à la
compensation.

Dès lors, il faut admettre, d'abord que le dé-
fendeur pourra opposer au demandeur une demande reconven-
tionnelle tendant à la compensation. Il s'agit ici de la
compensation judiciaire. Quand le défendeur peut opposer
la compensation légale, il s'agit d'une simple défense,
puisque la compensation légale opère, dans notre droit,
ipso jure, et que la créance du demandeur a été éteinte
de plein droit. Le défendeur soutient que la créance est
éteinte, à due concurrence. C'est une défense.

Pour qu'il s'agisse d'une demande reconvention-
nelle en compensation, il faut supposer un cas où les
conditions exigées pour la compensation légale ne sont
pas réunies, notamment, il faut supposer que la créance

invoquée par le défendeur, à l'égard du demandeur, n'est pas liquidée. Le défendeur, par voie de demande reconventionnelle, peut demander au tribunal de liquider la créance, de condamner le demandeur à payer le montant de la créance et d'opérer la compensation judiciaire. Peu importe que les deux créances aient ou non entre elles un lien de connexité. C'est la compensation ex dispari causa.

La demande reconventionnelle est recevable quand elle sert à repousser la demande principale.

En second lieu, d'après l'article 446, la demande reconventionnelle est recevable, quand elle sert à repousser la demande principale. C'est le cas du défendeur assigné en exécution d'un contrat, qui répond par une demande reconventionnelle, tendant à obtenir la nullité ou la résolution de ce contrat. Le défendeur obtiendra que la demande en exécution formée contre lui soit rejetée, et en vertu de sa demande reconventionnelle, il obtiendra qu'on prononce la nullité ou la résolution du contrat. De telles demandes reconventionnelles, admises en appel, sont à plus forte raison recevables en première instance.

Mais en pratique, on va plus loin, et on admet en première instance, la recevabilité des demandes reconventionnelles, quand elles sont unies à la demande principale par un lien de connexité. Ici, il n'y a pas d'inconvénient à faire porter les deux demandes devant les mêmes juges, car il y a un étroit rapport entre la demande principale et la demande reconventionnelle. Par exemple, un bailleur forme contre son locataire une action en résolution de bail, et en paiement des termes échus. Le preneur oppose à cette demande, une demande reconventionnelle en diminution de prix pour trouble apporté à sa jouissance; il y a connexité et la demande reconventionnelle sera déclarée recevable, en première instance. C'est ce qu'on appelle la reconvention ex pari causa. Mais il faut qu'il y ait, entre deux demandes, un lien de connexité.

On admet encore en première instance la recevabilité des demandes reconventionnelles qui sont unies à la demande principale par un lien de connexité.

Comment les demandes reconventionnelles sont-elles transformées ?

Mais comment les demandes reconventionnelles sont-elles formées ? Elles sont formées par acte d'avoué à avoué, article 337 du C. Pr. Civ. L'article 338 exige que toutes les demandes incidentes soient formées en même temps. Si le défendeur a plusieurs demandes reconventionnelles, ou si le demandeur a plusieurs demandes additionnelles à former, il doit les former en même temps. La sanction n'est pas l'irrecevabilité, mais le rejet de la taxe des demandes formées séparément (article 338).

c) Les demandes provisoires.

Il faut signaler une dernière catégorie de demandes incidentes formées, tantôt par le demandeur, tantôt par le défendeur: ce sont les demandes provisoires.

On appelle ainsi des demandes formées, au cours d'un procès, et qui tendent à obtenir du tribunal une

mesure urgente, par exemple, une provision alimentaire au profit d'un plaideur, et, dans une instance en divorce, l'allocation d'une pension alimentaire au profit de la femme, ou une mesure ordonnant la nomination d'un séquestre. Ce sont des demandes additionnelles d'un caractère

Elles sont indépendantes assez particulier, car elles peuvent être formées pendant de la par le demandeur ou par le défendeur, parce qu'elles sont plus indépendantes que les autres demandes additionnelles de la solution donnée à la demande principale. Par exemple, le tribunal accordera une pension alimentaire à une partie, alors que la demande sera peut-être repoussée par la suite, ou encore le tribunal ordonnera la nomination d'un séquestre, mais cela ne préjuge pas la solution du procès.

C'est ce qui explique que cette instance incidente, constituée par une demande provisoire, ne soit pas jugée toujours selon la même forme que la demande principale. Par exemple, l'art. 404 dit que les demandes provisionnelles sont toujours jugées d'après les règles de la procédure sommaire, quand même l'instance principale serait jugée d'après la procédure ordinaire.

D'autre part, souvent les demandes provisionnelles sont portées devant le juge des référés. Elles ont un caractère tout à fait particulier, indépendant de l'instance principale.

La procédure sommaire.

Comme son nom l'indique, la procédure sommaire est une procédure simplifiée ou soi-disant telle; elle est plus rapide et devrait être moins coûteuse. Elle a été instituée par la loi, pour certaines affaires de minime valeur ou requérant célérité.

C'est une institution très ancienne. La création en remonte au droit canonique. Elle a été conservée dans l'ordonnance de 1667. Mais la distinction de la procédure ordinaire et de la procédure sommaire a perdu, au cours des temps, la plus grande partie de son importance.

Dans l'ancien droit, il y avait une grande différence entre la procédure ordinaire et la procédure sommaire. Dans cette dernière, le ministère des procureurs était facultatif. Aujourd'hui, le ministère des avoués est obligatoire dans la procédure sommaire comme dans la procédure ordinaire.

Il y avait, avant le tarif des frais de 1919, une différence importante entre les deux procédures; les affaires sommaires coûtaient moins cher que les affaires ordinaires, mais maintenant que le tarif de 1919 a unifié le tarif des avoués, qui est devenu un tarif proportionnel à la valeur de l'affaire, la distinction a perdu la plus

grande partie de son intérêt.

Quelles sont les affaires sommaires?

Mais quelles sont les affaires sommaires ?

Elles sont énumérées dans l'art. 304 du C.P.C.

La loi n'a pas donné aux parties le libre choix entre la procédure ordinaire et la procédure sommaire. On ne peut soumettre à la procédure sommaire que les litiges qui sont énumérés par la loi dans l'art. 404 du C. Pr.Civ et qui sont les suivants :

Ce sont, tout d'abord, les appels des juges de paix. Ces appels sont toujours instruits et jugés, selon les règles de la procédure sommaire.

Affaires de justice de paix.

Ce sont, en second lieu, les demandes purement personnelles, à quelque somme qu'elles puissent monter, quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté. Il faut entendre par là les actions personnelles et mobilières (ce qui exclut les actions réelles mobilières ou immobilières), pourvu qu'il y ait titre et pourvu que le titre ne soit pas contesté. Mais alors, pourquoi y aura-t-il litige ? C'est qu'il y a un titre, sans doute, mais que le débiteur résiste à la demande pour gagner du temps ou pour obtenir un délai de grâce. Cette demande sera jugée selon les règles de la procédure sommaire, à quelque somme qu'elle puisse monter.

Demandes purement personnelles quand il y a titre contesté.

Demandes constituées sans titre qui n'excèdent pas 1.000 frs.

Constituent encore des matières sommaires, les demandes formées sans titre, quand elles n'excèdent pas 1.000 francs. Ce texte doit être corrigé par la loi de 1838; il faut dire 1.500frs. Le législateur a voulu dire que seraient des affaires sommaires toutes les demandes non susceptibles d'appel, soit en matière mobilière, soit en matière immobilière.

Les demandes provisoires.

Sont encore des matières sommaires, les demandes provisoires, telles que les demandes de pension alimentaire, sont encore sommaires, les affaires requérant célérité. Il y a là une formule très large, dont le tribunal est seul juge. C'est à lui qu'il appartient de dire si une affaire requiert célérité et doit être soumise aux règles de la procédure sommaire. Mais, pratiquement, il ne le dira jamais, car il n'y a pas grand intérêt à distinguer la procédure ordinaire de la procédure sommaire.

Les demandes provisoires.

Sont encore des matières sommaires les demandes en paiement de loyers, fermages et arrérages de rentes, car elles requièrent célérité.

Les demandes en paiement de loyers: fermages et arrérages de rentes.

En dehors de ces cas, certaines lois ont décidé que certaines affaires seraient jugées selon les règles de la procédure sommaire. Il en est ainsi de la loi du 9 Avril 1898, article 16, aux termes duquel les affaires d'accidents du travail sont jugées d'après les règles de la procédure sommaire.

Mais quelles sont les particularités de la procédure sommaire et en quoi se distingue-t-elle de la procédure

ordinaire

Particularités
de la procédure
sommaire.

ordinaire ?

En matière sommaire comme en matière ordinaire, le ministère des avoués est obligatoire. La différence qui existait dans l'ancien droit, à cet égard, a été supprimée par le C.P.C. En effet, les affaires qui étaient considérées comme des affaires sommaires dans l'ancien droit sont devenues, à la Révolution, pour la plupart, de la compétence du juge de paix. Il n'est resté alors dans les matières sommaires que des affaires d'une certaine importance, pour lesquelles on a considéré que le ministère de l'avoué était obligatoire.

En matière sommaire il n'y a pas comme en matière ordinaire d'échange de défense ou de mémoires.

Mais voici une première différence théorique, qui existe entre ces deux procédures. L'art. 405 du C.Pr.Civ. dit en effet que " les matières sommaires seront jugées à l'audience, après les délais de la citation échus, sur un simple acte, sans autres procédures, ni formalités ", c'est-à-dire que, en cette matière, il n'y a pas, comme en matière ordinaire, d'échange de défenses, de mémoires, qui caractérisent la procédure ordinaire. Mais comme cet échange de mémoires dans la procédure ordinaire est tombée en désuétude, il n'y a plus de différence, à ce point de vue, entre les deux procédures.

L'art. 70 du Décret de 1808 n'est pas applicable en matière sommaire.

D'autre part, d'après l'article 70 du décret du 30 Mars 1808, en matière ordinaire, les conclusions doivent être signifiées trois jours avant l'audience. Cette disposition ne s'applique pas en matière sommaire. Mais en pratique, même en matière ordinaire, on en prend à son aise avec cette disposition, qui ordonne de signifier les conclusions trois jours avant l'audience. Si l'avoué adverse ne proteste pas, il n'y a pas de nullité.

Les affaires sommaires sont dispensées du tour de rôle et peuvent être jugées pendant les vacances.

Autre particularité peu importante: les affaires sommaires sont dispensées du tour de rôle. En outre, les affaires sommaires peuvent être jugées, pendant les vacances, par la Chambre des vacations, car elles sont plus simples et requièrent célérité. Mais, pratiquement la chambre des vacations statue seulement sur les affaires très urgentes, et toutes les autres sont renvoyées à la rentrée.

Différence concernant la procédure de l'enquête.

Il reste cependant une différence, concernant la procédure d'enquête. En matière ordinaire, la procédure d'enquête se déroule à huis clos devant un juge commissaire. Au contraire, l'enquête sommaire a lieu, publiquement, à l'audience, devant le tribunal. Certains disent que c'est préférable, car il vaut mieux que le juge assis à la déposition des témoins, pour apprécier la valeur de leur témoignage. Dans l'autre cas, le juge ne connaît l'enquête que par le procès-verbal. Si on faisait une enquête suivant les règles de la procédure ordinaire, alors que l'enquête devait se faire à l'audience, il y aurait nullité.

La procédure devant les tribunaux de commerce.

Il faut en arriver à la procédure devant les tribunaux de commerce, pour comparer la procédure des tribunaux de commerce et celle des tribunaux de première instance.

La procédure devant les tribunaux de commerce est plus rapide et plus simple que devant les tribunaux civils. Elle se rapproche de la procédure sommaire devant les tribunaux civils, telle que l'a conçue le C.Pr.Civ. L'instance devant le tribunal de commerce débute comme devant le tribunal civil, par un ajournement, qui doit contenir les mêmes mentions (sauf la constitution d'avoué) que l'ajournement devant le tribunal civil. Le délai de comparution est plus bref qu'en matière civile. L'article 416 avait fixé ce délai à un jour minimum, mais la loi du 13 mars 1922 a décidé que le délai de l'ajournement serait de trois jours pour ceux qui sont domiciliés dans le ressort du siège du tribunal de commerce, de huit jours pour ceux qui sont domiciliés dans le département ou dans les départements limitrophes, et de 15 jours pour ceux qui sont domiciliés dans les autres parties de la France continentale.

Le délai de comparution.

En cas de célérité, le Président peut permettre d'assigner de jour à jour ou d'heure à heure. Mais ce qui différencie la procédure du tribunal de commerce de celle du tribunal civil, c'est que le Président, en cas de célérité, peut permettre d'assigner de jour à jour, ou d'heure à heure, et en matière maritime, afin de pouvoir agir avant le départ d'un navire, on peut agir d'heure à heure, même sans ordonnance du Président (art. 418).

Les parties comparaissent en personne ou par mandataire.

Nécessité d'une élection de domicile.

Les parties comparaissent en personne ou par mandataire, qui peut être une personne quelconque.

Une règle particulière à la procédure devant le Tribunal de Commerce, est celle de l'art. 422, qui prescrit une élection de domicile. Le texte dit que si les parties comparaissent et qu'à la première audience il n'intervienne pas un jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siège le tribunal doivent y faire une élection de domicile.

Quelle est l'utilité de cette élection de domicile ? Et pourquoi la loi n'exige-t-elle pas la même chose pour les affaires de la compétence du tribunal civil ? C'est que dans ce dernier cas, les parties ont un domicile élu de droit chez l'avoué. Or, en matière commerciale il n'y a pas de constitution d'avoué. Et c'est pourquoi

on veut une élection de domicile dans un but de simplification, pour éviter que les parties se fassent des significations à leur domicile réel.

Cette élection de domicile, dit le texte, doit être mentionnée sur le plumeau de l'audience; à défaut de cette élection, toute signification, même celle de jugement définitif, sera faite valablement au greffe du tribunal. Si donc, une partie ne fait pas élection de domicile, elle est censée l'avoir faite au Greffe, et on pourra lui faire là toutes les significations. En pratique, la partie fait élection de domicile chez son mandataire, en particulier chez son agréé.

Arrivons à l'audience.

La procédure
à l'audience.

En matière civile, devant le tribunal de première instance, les avoués doivent se signifier respectivement leurs conclusions. D'autre part, l'affaire est mise en état par la prise de conclusions à l'audience. En matière commerciale, les choses se passent plus simplement. La loi n'exige pas que les parties se signifient leurs conclusions. Comment les choses se passeront-elles alors ? Très simplement, les conclusions du demandeur sont connues par son exploit d'ajournement, le défendeur les connaît et il pourra se présenter à l'audience et conclure verbalement. Il n'est pas nécessaire de signifier à l'adversaire les conclusions à l'audience, ni de remettre des conclusions entre les mains du tribunal.

Il n'est pas nécessaire de signifier les conclusions,

ni de les remettre entre les mains du tribunal.

C'était ainsi du moins que les choses devraient se passer. Mais quand il y a intervention d'un mandataire, les choses sont plus compliquées. Il y a pratiquement signification réciproque des conclusions, et on dépose les conclusions au tribunal. Sans doute, cela n'est pas illégal, mais c'est extra-légal. En effet, ici les parties comparaissent en personne.

Particularités
relatives aux
mesures d'instruction.

Les mesures d'instruction n'appellent pas d'observations particulières, sauf que deux procédures ne peuvent être suivies devant le tribunal de commerce, l'inscription de faux et la vérification d'écritures.

Particularités
relatives à
l'enquête.

Quant à l'enquête, elle a lieu devant le tribunal, à l'audience. Mais, pratiquement les grands tribunaux de commerce nomment un expert ou un arbitre rapporteur et ne font presque jamais d'enquêtes.

Le renvoi devant arbitre.

Il faut mentionner une mesure d'instruction particulière aux tribunaux de commerce (qui serait illégale devant les autres juridictions), c'est le renvoi de l'affaire devant les arbitres, auxquels la pratique a donné le nom d'arbitres-rapporteurs, par opposition aux arbitres-juges, institués par les parties, qui ne veulent pas s'adresser aux tribunaux officiels. Il ne s'agit pas ici d'un véritable arbitrage, mais d'arbitres rapporteurs désignés par le tribunal de commerce, et auxquels les

tribunaux de commerce renvoient souvent les affaires.

Ce renvoi est prévu par l'article 429 du C.Pr. Civ. qui dit que : " S'il y a lieu à renvoyer les parties devant des arbitres, pour examen de comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties et les concilier, si faire se peut, sinon donner leur avis".

Le texte n'envisage le renvoi des affaires devant un arbitre rapporteur que quand il s'agit de l'examen de comptes, pièces et registres. Mais la jurisprudence admet que cette disposition est seulement énonciative. Le renvoi devant arbitre peut être fait en toute matière. Devant les grands tribunaux, il existe des arbitres ayant un caractère officieux.

Pourquoi a-t-on admis la possibilité du renvoi devant arbitres en matière commerciale ? C'est pour décharger les tribunaux de commerce, qui sont composés de juges ayant souvent d'autres occupations et dont la fonction est gratuite.

Mais les juges commerciaux ne doivent pas abuser de ce renvoi. On a parfois critiqué certains tribunaux qui font un abus du renvoi devant arbitre. Ils ne doivent renvoyer devant arbitre que pour les affaires compliquées sinon, c'est une abdication de leur rôle et une source de frais pour les plaideurs.

L'arbitre rapporteur n'est pas un juge, comme l'est l'arbitre nommé par les parties à la suite d'un compromis; il est chargé d'examiner le procès, d'entendre les parties, de les concilier si faire se peut, sinon de donner son avis. Si le rapporteur ne peut arriver à concilier les parties, il fait un rapport et donne son avis, qui, en fait, est très souvent suivi par le tribunal.

L'arbitre rapporteur n'est pas non plus expert. L'article 429 parle, en effet, des experts après les arbitres rapporteurs. C'est donc qu'il y a là deux choses différentes. D'ailleurs, l'arbitre, à la différence de l'expert, n'a pas à prêter serment. Cass. 25 Novembre 1902. - S. 1908.I.258.

Mais, en fait, la pratique a étendu la fonction de l'arbitre, en lui permettant de recueillir l'avis de tiers, de faire des constatations, de sorte que, souvent il est difficile de distinguer l'un de l'autre, et très souvent, le renvoi devant arbitre, dispensera du renvoi devant expert. Et c'est pour cela qu'on les appelle aujourd'hui des arbitres experts. En matière de comptabilité notamment, leur rôle est très important.

LES JUGEMENTS.

Définition.

On appelle jugement toute décision rendue par un tribunal en cours d'une instance ou pour terminer une instance.

Extension du jugement.

Un tribunal ne rend pas que des jugements mettant fin aux litiges. Le tribunal, au cours d'une instance, peut être appelé à prendre différentes décisions qui sont des jugements : jugement ordonnant une mesure d'instruction, jugement statuant sur un incident ou sur une demande provisoire. Dans le langage du droit, on appelle même jugements, certaines décisions qui interviennent en dehors de tout litige et notamment un jugement d'adjudication, un jugement de partage qui sont des actes de juridiction gracieuse; on va même jusqu'à qualifier jugement une décision judiciaire renvoyant une affaire à une autre audience ou devant une autre juridiction. Ici, il ne sera question que de jugements contentieux.

Classification des jugements.

Ces jugements contentieux peuvent être classés de différentes manières; Il y a deux classifications importantes : celle des jugements définitifs et des jugements d'avant-faire droit, d'une part, et d'autre part celle des jugements ordinaires et des jugements d'expédient.

Les jugements définitifs et les jugements d'avant-faire droit.

Est définitif tout jugement qui termine la contestation et aussi tout jugement qui met fin à un incident de telle sorte que le juge n'aura plus à revenir sur le point tranché par son jugement. Par exemple, un plaideur soulève une exception d'incompétence ou de connexité, il forme une demande en récusation d'un juge ou excipe de la nullité d'un acte de procédure; le jugement sur ces incidents est définitif, en ce sens qu'il met fin à une instance incidente, qui est venue se greffer sur le procès principal; la question une fois tranchée, le juge est dessaisi. Ce n'est donc pas le seul jugement qui met fin à l'instance qui est définitif, mais aussi tout jugement qui met fin à un incident survenu en cours d'instance.

Il ne faut d'ailleurs pas confondre le jugement définitif avec le jugement irrévocable, c'est-à-dire le jugement qui n'est plus susceptible de voies de recours. Un jugement peut être définitif sans être irrévocable. Lorsque le tribunal statue sur le fond ou sur un incident, il rend un jugement définitif en ce sens qu'il est

dessaisi, que l'affaire ne peut plus être portée devant lui, mais ce jugement est peut-être susceptible de voie de recours, il n'est pas nécessairement irrévocable.

Le jugement d'avant-faire droit ou d'avant-dire droit, est celui par lequel un tribunal, au cours d'un procès, ou bien ordonne une mesure provisoire dans l'intérêt des deux parties, ou ordonne une mesure d'instruction sans statuer sur le fond.

Les jugements d'avant-dire droit se divisent en deux groupes : le premier comprenant les jugements provisoires, le second les jugements relatifs à l'instruction; celui-ci se subdivise lui-même en deux.

Les jugements provisoires sont ceux qui statuent sur les demandes provisoires; ils ont pour objet d'ordonner une mesure qu'il y a urgence à prendre en attendant la solution de l'instance, par exemple une nomination de séquestre des objets litigieux, ou l'allocation d'une provision alimentaire à l'une des parties; ces jugements sont immédiatement susceptibles d'appel (art. 451 du Code de procédure).

Les jugements relatifs à l'instruction se divisent en deux catégories; les jugements préparatoires et les jugements interlocutoires. Ce qui les distingue c'est que les jugements préparatoires ordonnent une mesure d'instruction qui ne préjuge pas le fond de l'affaire, tandis que les jugements interlocutoires ordonnent une mesure qui préjuge le fond. Cette distinction est posée dans l'art. 452 du Code de procédure, qui est ainsi conçu : " Sont réputés préparatoires, les jugements rendus pour l'instruction de la cause qui tendent à mettre le procès en état de recevoir une solution définitive. Sont réputés interlocutoires, les jugements rendus lorsque le tribunal ordonne avant-dire droit les mesures d'instruction qui préjugent le fond."

L'intérêt essentiel qu'il y a à cette distinction entre ces deux catégories de jugements est indiqué par l'art. 451 : L'appel d'un jugement préparatoire ne peut être interjeté qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel du jugement définitif.

L'appel d'un jugement interlocutoire, au contraire, peut être interjeté immédiatement, c'est-à-dire avant le jugement définitif.

Une remarque cependant: si l'affaire était jugée en dernier ressort, c'est-à-dire si le jugement définitif n'était pas susceptible d'appel, le jugement interlocutoire ne le serait pas davantage; il va de soi que si le jugement sur le fond n'est pas susceptible d'appel, le jugement qui ordonne les mesures d'instruction ne l'est pas davantage. Mais si l'affaire est de celles qui ne sont jugées qu'en premier ressort, le jugement interlocutoire

toire

pourra être frappé d'appel immédiatement sans attendre que le jugement définitif ait été rendu. La raison de cette différence, c'est que le jugement interlocutoire qui préjuge le fond, nuit, en quelque sorte, à l'une des parties, puisqu'il crée un préjugé contre elle et on comprend que l'une des parties puisse en appeler immédiatement, tandis que le jugement préparatoire, qui ne crée pas de préjugé, manifeste simplement chez le juge l'intention de s'éclairer et ne nuit pas par conséquent à aucune des parties. Et dès lors, il y aurait véritablement abus et manifestation d'un esprit de chicane de la part de l'une des parties, que d'interjeter appel immédiatement et sans attendre le jugement définitif, de la décision préparatoire qui manifeste simplement chez le juge, l'intention de s'éclairer.

Telle est la raison que l'on donne en faveur de cette distinction. M. MOREL ne croit pas cette raison bonne et pense qu'on ne devrait pas faire cette distinction. En effet, quand peut-on dire qu'un jugement préjuge ou ne préjuge pas le fond, car c'est la base de la distinction des jugements interlocutoires et des jugements préparatoires ? L'exemple classique du jugement interlocutoire est celui-ci; un époux intente une demande en divorce ou en séparation de corps contre son conjoint et, à l'appui de sa demande, il articule un certain nombre de faits injurieux qu'il impute à son conjoint; le tribunal ordonne une enquête, à l'effet d'établir les faits prétendus. Le jugement dit-on est interlocutoire, parce qu'il préjuge le fond; il donne à penser que si l'enquête établit la véracité des faits allégués, l'époux demandeur obtiendra le divorce ou la séparation de corps, sinon à quoi aurait-il servi d'ordonner l'enquête ?

Voici maintenant un exemple de jugement préparatoire : Deux commerçants sont en rapport d'affaires; des difficultés s'élèvent au sujet du règlement de comptes; le demandeur soutient que l'autre partie lui doit telle somme et le défendeur qu'il doit une somme moindre; ils sont d'accord sur le principe de la dette, mais non sur le montant. Le tribunal ordonne une mesure d'instruction, une expertise, ou la représentation des livres de commerce. Ce jugement est préparatoire; il ne préjuge pas le fond, parce qu'il ne laisse pas prévoir en faveur duquel les plaideurs, le tribunal statuera; cela dépendra des investigations faites par le juge. Mais quand peut-on dire qu'un jugement préjuge ou ne préjuge pas le fond ? Les auteurs disent qu'un jugement préjuge le fond lorsqu'il démontre d'ores et déjà, l'intention qu'a le juge de juger le procès dans tel ou tel sens. Mais c'est trancher la question par la question. La vérité est qu'il est fort difficile de faire la distinction; on a vu

précédemment qu'un jugement qui ordonne l'enquête sur les procédés injurieux d'un époux préjuge le fond en faveur du demandeur, parce qu'il donne à penser que, si ces faits sont reconnus exacts, le demandeur aura gain de cause; mais on peut dire aussi que le jugement préjuge le fond en faveur du défendeur, parce que, si les faits ne sont pas prouvés, le défendeur verra la demande en divorce ou en séparation de corps repoussée. Dès lors, peut-on dire qu'il y a préjugé en faveur d'une des parties ? M. MOREL ne le croit pas et c'est là encore une des manifestations d'un défaut les plus évidents de notre procédure, celui qui consiste à disperser l'instance, à permettre d'interrompre l'instance pour faire appel du jugement sur des incidents. Il n'y a pas de bonne raison à donner en faveur de l'appel immédiat des jugements interlocutoires; quoi qu'on en pense, ces jugements manifestent l'intention du juge de s'éclairer; il vaudrait donc beaucoup mieux attendre le jugement définitif pour faire appel, car l'instance principale est suspendue pendant la durée de l'instance en appel. Il y a là un système déplorable contre lequel on ne saurait trop s'élever. C'est une tendance fâcheuse de notre législation à favoriser la chicane.

jugement
interlocutoire
lie pas
le juge.

Les observations qui précèdent paraissent d'autant plus fondées que le jugement interlocutoire ne lie pas le juge; c'est en effet, un principe qui est traditionnel dans notre Droit et qui était déjà formulé dans nos anciens auteurs que le jugement interlocutoire ne lie pas le juge.

Ainsi le tribunal qui a ordonné une mesure d'instruction n'est jamais lié par ses résultats. On peut reprendre l'exemple précédemment cité de l'époux demandeur en divorce ou en séparation de corps. Le tribunal ordonne une enquête à l'effet de prouver la véracité des faits allégués; si l'enquête démontre la véracité de ces faits, les juges ne sont pas liés par le résultat de l'enquête; ils pourront très bien dire que, bien que les faits soient prouvés, ils estiment que ces faits ne sont pas suffisamment graves pour motiver le divorce; il est donc tout à fait inutile d'admettre l'appel des jugements interlocutoires, puisque le juge n'est pas lié par le résultat de l'enquête. Il vaudrait mieux attendre que la sentence soit rendue pour faire appel tout à la fois du jugement définitif et du jugement interlocutoire.

Mais, ne peut-on dire que dans une certaine mesure, le jugement interlocutoire lie le juge? Il faut répondre qu'il est très fréquent que, dans un jugement interlocutoire, il y ait une partie qui soit définitive; dans cette mesure, on peut concevoir l'appel possible, parce qu'il s'agit d'un jugement définitif.

Le jugement interlocutoire lie le juge, en ce sens

que si le juge déclare tel mode de preuve admissible, par exemple la preuve par témoins ou par présomptions, il est lié définitivement par la sentence qu'il a rendue sur ce point. On comprend que, dans ce cas, l'appel soit fait immédiatement, mais quand il ordonne une enquête, il ne crée pas un préjugé, puisque ce préjugé existe dans l'intérêt du défendeur, comme dans celui du demandeur.

Il y aurait donc lieu de supprimer, comme on le fait dans les législations modernes, la distinction entre les jugements interlocutoires, et les jugements préparatoires et d'attendre la fin du procès pour faire appel.

Les jugements
d'expédients

On appelle jugement d'expédient, un jugement rendu entre deux parties qui se sont mises d'accord sur un point à régler par le tribunal; ces jugements portent aussi le nom de jugements d'accord ou jugements convenus c'est le jugement rendu entre deux parties d'accord qui demandent au juge de consacrer leur accord. Comment se fait-il qu'un tribunal puisse être appelé à rendre un semblable jugement ?

Il arrive quelquefois qu'un litige qui existait primitivement entre les parties ait été porté devant le tribunal, puis qu'au cours de la procédure, les parties se mettent d'accord; elles transigent, se font des concessions réciproques ou bien l'une d'elles acquiesce à la demande de son adversaire; en pareil cas, il est fréquent en pratique, que les parties demandent au tribunal de reconnaître leur accord et lui présentent par l'intermédiaire de leurs avoués, un projet de disposition que le tribunal s'approprie dans son jugement.

Il arrive aussi que, sans qu'il y ait de litige entre les plaideurs, ceux-ci simulent une contestation, portent l'affaire devant un tribunal et obtiennent un jugement qui consacre en réalité leur accord; c'est une application de la simulation. Cette action est licite toutes les fois au moins qu'il ne s'agit pas de tourner une prohibition légale. On ne pourrait évidemment, par ce moyen, obtenir un divorce d'accord ou une reconnaissance de paternité.

Utilité des jugements d'expédients.

Il reste à savoir quel avantage les parties peuvent trouver à cette manière de faire et pourquoi elles ne se contentent pas de constater leur accord par un acte authentique ou sous seing privé. L'avantage qu'elles ont à se servir du jugement d'expédient c'est d'abord d'obtenir un titre exécutoire, mais elles pourraient l'avoir en recourant à un notaire; ce n'est donc pas là la véritable utilité du jugement d'expédient; l'utilité, c'est que les parties donnent à leur accord un caractère définitif qui ne résulterait pas d'un contrat toujours

susceptible d'être attaqué par une action en nullité; c'est en effet un grand principe dans notre Droit : "voies de nullité n'auraient lieu, en France, contre jugement". Il y aura bien les voies de recours contre le jugement, mais elles n'existent que dans certaines conditions de délai et ces délais étant expirés, le jugement devient irrévocable et inattaquable, tandis qu'un contrat peut toujours être attaqué en nullité, pendant au moins dix ans et même parfois davantage. Enfin le jugement d'expédient confère au créancier une hypothèque judiciaire, une hypothèque générale.

On ne s'entend pas sur la nature des jugements d'expédient; certains auteurs n'y voient qu'un contrat judiciaire qui, comme tous les contrats, serait susceptible d'une action en nullité, mais ce n'est pas l'avis de la jurisprudence. La Cour de Cassation, avec raison, distingue bien le contrat judiciaire et le jugement d'expédient; il y a contrat lorsque les parties se bornent à soumettre leur accord au tribunal et lui en demandent acte; en pareil cas, c'est un contrat passé devant le tribunal et constaté par lui; simple contrat ne produisant que les effets d'un contrat, et susceptible d'être attaqué par une action en nullité comme tout contrat.

Mais le jugement d'expédient est tout autre chose. Il suppose que sur le projet de dispositif remis par les avoués des parties, le juge rend une décision; il y a jugement et non pas contrat judiciaire; le juge fait sien l'accord des parties, c'est un véritable jugement destiné à résoudre un litige et alors il n'est susceptible que des voies de recours ordinaires. Il faudra que la partie qui a à se plaindre emploie l'une des voies de recours ouvertes par la loi.

Cette pratique des jugements d'expédient est en effet très curieuse; elle aboutit à faire remplir par le tribunal l'office des notaires, mais elle est traditionnelle; en Droit romain, on arrivait à transmettre la propriété par une sorte de procès fictif "in jure cessio".

Dans notre ancien Droit, le jugement d'expédient était également admis; il est vrai qu'à cette époque, il n'y avait pas de séparation bien tranchée entre les tribunaux et les notaires qui exerçaient la juridiction volontaire et dont les actes emportaient hypothèque générale.

Actuellement, les jugements d'expédient sont considérés comme valables et couramment pratiqués dans notre Droit.

es formalités
ostérieures
u jugement.

Quand le tribunal a rendu son jugement en audience publique, ce jugement doit être conservé. Il est nécessaire

re

qu'il soit rédigé par écrit; le greffier transcrira sur la feuille d'audience le jugement, tel qu'il a été prononcé par le Président, dans ses motifs et son dispositif. Le texte du jugement ainsi transcrit par le greffier constitue la minute du jugement; mais la partie gagnante ne peut pas encore s'en servir; il faut qu'elle en obtienne une expédition du greffier pour pouvoir le signifier d'abord, le mettre en exécution ensuite. Pour obtenir l'expédition du jugement, il est nécessaire d'observer une procédure préliminaire qui va compléter en quelque sorte le jugement, à la minute duquel on joindra les qualités.

Les qualités.

Les qualités sont définies par l'art. 142 du Code de procédure qui dit que " la rédaction des jugements sera faite sur les qualités signifiées entre les parties; en conséquence, celle qui voudra lever un jugement contradictoire sera tenue de signifier à l'avoué de son adversaire les qualités contenant les noms, professions et demeures des parties ".

Les qualités constituent une sorte d'historique du procès; elles viennent s'adapter en quelque sorte aux motifs et au dispositif des jugements dont elles précéderont le texte dans l'expédition; elles permettront par ce la même, de vérifier si le juge a bien statué sur les conclusions des parties, s'il n'a pas omis de statuer sur certains points ou s'il n'a pas, au contraire statué "ultra petita ".

Le contenu des qualités.

Les qualités contiennent d'abord les noms, professions, demeures des parties; ensuite les conclusions des parties. Vient ensuite un résumé des points de droit soumis au tribunal.

Sanction des erreurs dans la rédaction des qualités.

La rédaction des qualités a une extrême importance parce que les erreurs commises dans le règlement des qualités et les erreurs commises dans leur rédaction peuvent entraîner la nullité du jugement tout entier.

Par qui sont rédigées les qualités.

Devant le Tribunal de première instance et devant la Cour d'Appel, la rédaction des qualités est l'oeuvre non pas du tribunal, mais des avoués des parties; le Code a institué sur ce point tout une procédure. L'avoué qui doit rédiger les qualités, est en principe l'avoué du gagnant, puisque c'est lui qui a intérêt à lever le jugement. La loi institue d'ailleurs un contrôle de la rédaction par l'avoué du gagnant. Après avoir rédigé les qualités, l'avoué doit les signifier à l'avoué adverse, par acte d'avoué à avoué.

Un jugement serait nul, s'il était expédié sans que les qualités eussent été signifiées à l'avoué adverse. La Cour de Cassation décide, en effet, que les qualités font partie intégrante du jugement et la nullité des qualités entraîne la nullité du jugement tout entier. L'avoué doit donc rédiger ses qualités et les signifier à l'avoué

de la partie adverse qui peut faire opposition aux qualités s'il les estime mal rédigées. Si l'incident n'est pas réglé amiablement entre les avoués, cet incident sera porté devant le Président du tribunal ou le Président de la Chambre qui a rendu le jugement, ou, en cas d'empêchement du Président, devant le juge le plus ancien, mais ce qui importe, c'est que l'incident soit réglé par un juge qui a pris part à la décision. S'il était réglé par un juge du tribunal n'ayant pas pris part à la décision, le jugement tout entier serait entaché de nullité. Le juge examinera les qualités, entendra les avoués; s'il estime qu'elles contiennent des mentions inexactes, il les fera rectifier; sinon, il les maintiendra. C'est alors que les qualités seront insérées dans la grosse du jugement délivrée par le greffier; on ajoutera la formule exécutoire et l'on aura ainsi un jugement tout prêt à être exécuté.

Devant les tribunaux où n'existent pas d'avoués: tribunal de commerce, Justice de paix, Conseils de prud'hommes et même devant le tribunal de première instance, quand le ministère de l'avoué n'est pas obligatoire, le jugement est rédigé par le greffier, mais dans ce cas, les qualités rédigées par le greffier n'ont aucune force probante à l'encontre des parties.

Le système législatif sur le règlement des qualités est, depuis longtemps, l'objet de critiques; tout d'abord, la rédaction des qualités par l'avoué n'est pas sans danger, car il est très souvent fait à la légère; il peut s'y glisser des erreurs et alors le dispositif du jugement ne cadrera pas avec les conclusions des parties c'est surtout devant la Cour d'Appel que la rédaction des qualités est importante; devant les tribunaux de première instance, quand les jugements sont rendus en premier ressort, les jugements sont susceptibles d'appel, on rectifiera en appel puisque l'appel est possible, mais devant la Cour d'Appel, lorsque les qualités ont été mal rédigées ou que le règlement a été fait d'une manière irrégulière, il y a une sanction très grave pour une simple irrégularité. La Cour de Cassation, dans le cas d'irrégularité dans le règlement des qualités ou leur rédaction, annule le jugement tout entier. Trop souvent la rédaction des qualités est faite à la légère; il est inadmissible que lorsqu'un jugement est rendu et peut-être très bien rendu, le sort de ce jugement puisse dépendre d'une procédure postérieure. Sans doute la rédaction des qualités est contradictoire, l'avoué de l'adversaire est chargé de vérifier les qualités qui ont été rédigées par son confrère, mais cette vérification elle-même peut être faite à la légère.

La vérité, c'est que la rédaction des qualités

devrait être faite par le tribunal qui s'aiderait des conclusions des parties. C'est la vérité législative admise par certaines législations étrangères et qui est admise au Maroc, où le rapporteur rédige les qualités; de toute façon, cela devrait être l'oeuvre du tribunal.

Il y aurait peut-être un moyen terme; c'est que la rédaction des qualités continue à être confiée aux avoués, mais alors les qualités devraient être rédigées avant le jugement; elles seraient remises au tribunal qui les insérerait dans son jugement après les avoir vérifiées. Les qualités sont une chose nécessaire; il est nécessaire que l'historique du procès soit fait, qu'on sache sur quels points le juge a eu à statuer, mais sur ce point le contrôle du tribunal est indispensable.

Le contenu du jugement.

Les motifs.

Tout jugement comprend deux parties: les motifs et le dispositif. Tout jugement doit être motivé à peine de nullité. C'est une règle d'ordre public absolument nécessaire à la bonne administration de la justice. Il ne suffit pas, a-t-on dit, que le juge soit juste, il faut encore qu'il en donne la preuve et c'est en motivant leur décision qu'ils peuvent le faire.

Il ne suffit pas d'ailleurs de donner des motifs quelconques à l'appui de la décision. Il faut que les motifs soient spéciaux; il faut que le juge indique pourquoi la prétention est bien ou mal fondée.

Jugements qui n'ont pas besoin d'être motivés.

Certains jugements cependant, échappent à la nécessité d'être motivés; c'est le cas des jugements préparatoires qui ordonnent des mesures d'instruction ou des jugements de simple administration judiciaire qui mettent l'affaire en délibéré, ou encore des jugements qui prononcent l'application pure et simple de la loi, par exemple le jugement qui condamne aux dépens la partie qui a perdu; ce jugement n'a pas besoin d'être motivé, parce que c'est une conséquence nécessaire de la perte du procès, que le perdant paie les dépens.

Au contraire, si le juge fait exception à ce principe et condamne le gagnant à tout ou partie des dépens, il faut qu'il motive sa décision.

Le dispositif.

La seconde partie du jugement c'est le dispositif, c'est-à-dire la partie du jugement dans laquelle le juge donne la solution du litige, dit le droit, condamne le défendeur ou, au contraire déboute le demandeur.

En ce qui concerne le dispositif, les jugements peuvent varier à l'infini, mais il est cependant une partie du dispositif qui est constante et qui appelle quelques explications, c'est la condamnation aux dépens.

La condamnation aux dépens.

L'art. 130 du Code de procédure dit que toute partie qui succombe sera condamnée aux dépens. Cette disposition n'est pas, comme on l'a soutenu quelquefois à tort, une application pure et simple de l'art. 1382, du Code civil.

Elle n'équivaut pas à une condamnation à dommages intérêts; en effet la partie qui succombe doit être condamnée aux dépens, alors même qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher; cette partie a pu avoir de justes raisons de croire à son bon droit et, néanmoins, si elle a perdu son procès, elle sera condamnée aux dépens. Ce n'est pas une application de la responsabilité pour faute; d'ailleurs il est des cas où la partie qui succombe, en outre des dépens, sera condamnée à des dommages-intérêts, pour sa résistance injustifiée ou sa demande téméraire. Il y a là deux choses différentes.

raison d'être
de la condamna-
tion aux dépens

Comment s'explique la condamnation aux dépens ? C'est une obligation qui pèse sur le succombant par une sorte d'application de la théorie du risque; celui qui a fait un procès qu'il a perdu, ou qui a résisté à un procès qu'il a perdu, supporte les conséquences de son échec. Il faut que le gagnant sorte du procès aussi indemne que possible, du procès qu'il a été obligé de faire ou de subir. Ce qui vient à l'appui de cette théorie, c'est que la condamnation aux dépens est une condamnation forfaitaire; la partie qui succombe n'est pas condamnée à tous les frais du procès mais aux frais essentiels que l'adversaire a été obligé de faire, ceux qu'il n'a pas pu éviter. Le gagnant conserve à sa charge une partie importante des frais qu'il a dû faire, puisqu'elle comprendra les honoraires de l'avoué et ceux de l'avocat. Si le gagnant veut récupérer ces frais qui ne rentrent pas dans les dépens, il faudra qu'il justifie de la faute de son adversaire et obtienne une condamnation à des dommages-intérêts.

En tous cas, la Cour de Cassation dit que l'art. 130 est impératif et que les juges n'auraient pas le droit de dispenser la partie succombante des dépens, sous prétexte qu'elle n'a commis aucune faute, précisément parce que ce n'est pas une application de la théorie de la faute. La Cour de Cassation va même plus loin et décide que le juge doit condamner le succombant aux dépens, alors même que le gagnant n'y a pas conclu.

que comprennent
les dépens ?

Les dépens ne comprennent pas tous les frais engagés par le gagnant, mais seulement les frais essentiels ceux que le procès a rendus nécessaires. Ce sont d'abord les impôts auxquels donnent lieu les actes judiciaires, droits de timbre et d'enregistrement, droits de greffe, là où ils existent encore.

En second lieu, les dépens comprennent les émoluments des officiers ministériels, avoués, huissiers, greffiers, émoluments qui sont fixés par des tarifs; également les frais d'expertise et d'enquête; certains faits préliminaires à l'instance, ceux du préliminaire de conciliation, certains frais postérieurs à l'instance, les frais de

levée et de signification du jugement.

Les frais d'honoraires d'avocat ou d'avoué ou autres frais supplémentaires qu'a fait le gagnant, restent à sa charge ainsi que les frais de consultations qu'il a pu produire, parce qu'il n'était pas obligé de produire des consultations.

Il y a des difficultés pour certains actes. Il peut se présenter des difficultés à l'occasion du paiement des droits d'enregistrement sur les actes que le gagnant a produits en justice à l'appui de sa présentation. C'est un principe en effet qu'un acte ne peut être produit en justice sans avoir été enregistré; par conséquent lorsque cet acte qui n'avait pas été enregistré jusque là a dû l'être, pour être produit par le gagnant à l'appui de sa prétention, le gagnant peut-il faire rentrer dans les dépens les droits d'enregistrement et de timbre perçus à l'occasion de la production de ces actes en justice ? La Cour de Cassation répond négativement. En principe les droits d'enregistrement restent à la charge du gagnant et cela non seulement lorsqu'il s'agit d'un acte qui aurait dû être enregistré préalablement et que le gagnant avait eu tort de ne pas faire enregistrer, mais même s'il s'agit d'un acte qui n'était pas soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé. Peu importe, la Cour de Cassation décide que les frais d'enregistrement restent à la charge du gagnant.

Cependant, il est un cas où, d'après la Cour de Cassation, les frais d'enregistrement rentrent dans les dépens; ce sont les droits d'enregistrement qui, d'après la formule de la Cour de Cassation, trouvent dans le procès leur cause génératrice, c'est-à-dire les droits d'enregistrement qui n'auraient pas été perçus s'il n'y avait pas eu le procès; c'est le cas des dons manuels qui sont par eux-mêmes exempts de droit, mais qui sont soumis aux droits d'enregistrement de donation lorsqu'ils sont reconnus par le donataire devant la justice ou par le jugement. Ici, évidemment, sans le jugement, sans le procès, il n'y aurait pas eu à payer de droits d'enregistrement, donc la cause génératrice du droit d'enregistrement est bien le procès. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 12 Mars 1911 (D. 1921 - I - 148).

L'art. 130 décide : toute partie qui succombe sera condamnée aux dépens, mais l'application du principe comporte certaines difficultés et d'autre part, le principe comporte certaines exceptions.

Les difficul-

tés d'applica- Pour être condamné aux dépens, il faut d'abord é-
tion du princit- tre partie, c'est-à-dire avoir un intérêt au procès. Quand
il y a plusieurs perdants, la condamnation aux dépens n'-
est pas, en principe solidaire, à moins que la condamnati-
on principale ne soit elle-même solidaire; la jurispruden-

dépens.

- ce

est formelle sur ce point.

En second lieu, pour être condamné aux dépens, il faut avoir succombé, c'est-à-dire avoir perdu son procès, être débouté, si l'on est demandeur, ou condamné, si l'on est défendeur; mais il arrive souvent que les parties succombent et gagnent partiellement. Une partie a réclamé 25.000 frs de dommages intérêts le défendeur dit qu'il n'a pas commis de faute; le tribunal trouve qu'il y a faute et condamne simplement à 5.000 frs de dommages intérêts; chaque partie perd et succombe partiellement; dans ce cas, l'art. 131 autorise les juges à compenser les dépens. En réalité le juge fait ce qu'il veut, c'est -à-dire que dans l'exemple précédent, il pourra condamner le défendeur aux dépens, en entier; il pourra aussi partager les dépens entre les parties, décider que chacune d'elles paiera ses propres frais ou aussi faire masse des frais et dire que le demandeur, qui a gagné partiellement supportera le tiers ou la moitié des frais.

Exceptions à la
règle de la con
damnation aux
dépens.

La règle que la partie qui succombe est condamnée aux dépens comporte deux exceptions.

D'abord le Ministère public n'est jamais condamné aux dépens quand il est partie principale; quand il est partie jointe, la question ne se pose pas.

La jurisprudence admet que la partie gagnante peut être condamnée à tout ou partie des dépens, à titre de dommages intérêts, lorsque, par ses agissements, par ses procédés abusifs, elle a causé un préjudice au perdant; ici, c'est l'application de l'art. 1382 du Code civil; mais il faudra d'abord que le perdant ait conclu à la condamnation du gagnant et qu'il démontre la faute commise par celui-ci.

La jurisprudence admet encore que la partie gagnante peut être condamnée aux dépens lorsque l'instance a été engagée dans l'intérêt exclusif du gagnant; il y a des cas où une personne est obligée de plaider contre une administration, contre un agent de change... dans ce cas, on admet que le procès ayant été fait uniquement dans l'intérêt du gagnant, il pourra être condamné aux dépens. Voir à titre d'application un arrêt de la Cour d'Aix (S. 1924 I - 86).

Enfin, l'art. 130 admet encore que, bien qu'une partie ait entièrement perdu son procès, le jugement compense les dépenses entre le gagnant et le perdant lorsque le procès a eu lieu entre conjoints ascendants, descendants, frères et sœurs, ou alliés au même degré. Alors même qu'une des parties a perdu entièrement son procès, le juge est autorisé à compenser les dépens entre le perdant et le gagnant, afin d'apaiser le plus possible les rancunes entre les membres d'une même famille.

En principe, le tribunal est qualifié pour statuer

Le juge des référés a-t-il le droit de statuer sur les dépens?

sur les dépens et il doit le faire. Cependant une difficulté se présente sur le point de savoir si le juge des référés a le droit de condamner aux dépens. La question est discutée en doctrine, et diversement résolue en jurisprudence. Le juge des référés ne prend en principe que des décisions provisoires; il ne peut pas faire préjudice au principal, il ne peut pas notamment prononcer de condamnation; a-t-il le droit de prononcer une condamnation aux dépens?

Opinion des auteurs.

Certains auteurs se prononcent pour la négative, pour la raison que le juge des référés ne peut prendre que des décisions provisoires; à l'inverse, d'autres estiment que le juge des référés est toujours compétent pour statuer sur les dépens exposés devant lui; c'est la règle applicable à toutes les juridictions, à laquelle aucun texte ne déroge en ce qui concerne les juges de référés. D'après une opinion intermédiaire, le juge des référés ne doit pas statuer sur les dépens lorsque sa décision porte sur un litige qui sera tranché au principal par le tribunal civil; mais il peut statuer sur les dépens, lorsque la décision du juge des référés est de nature même à mettre fin au litige. Cette distinction paraît raisonnable à M. MOREL. En effet, toutes les fois que le litige porté devant le juge des référés dépend d'un litige principal qui sera tranché par le tribunal civil, il n'y a pas d'inconvénient à admettre que le juge des référés ne statuera pas sur les dépens et que le tribunal de première instance, lorsqu'il jugera au fond, statuera tout à la fois sur les dépens exposés devant lui et sur les dépens des référés. C'est généralement la solution qui est admise en pratique. Mais il est cependant des cas où la décision rendue en référé, suffit à mettre fin au litige, et il n'y a pas de procès au principal; dans ce cas, il vaudrait mieux que le juge des référés statue sur les dépens; il serait fâcheux d'obliger les parties à ouvrir une instance spéciale pour faire statuer sur les dépens en matière des référés. En effet, si les parties ne s'entendaient pas sur le règlement des dépens du référé, il faudrait que celle qui prétend avoir le droit de recouvrer les dépens sur son adversaire fasse un procès spécial à celui-ci.

Opinion de la Cour de Cassation.

La Cour de Cassation, qui n'a jamais statué formellement la question dans toute son ampleur, décide que le juge des référés a le droit de condamner aux dépens quand l'une des parties a, sans motif sérieux, décliné sa compétence et que le juge des référés s'est au contraire, avec raison, déclaré compétent.

Le paiement des dépens.

En ce qui concerne le paiement des dépens, les principes sont les suivants :

On va se placer exclusivement devant le tribunal

de première instance et la Cour d'Appel. On suppose que le perdant a été condamné aux dépens et que le gagnant a, par conséquent le droit de recouvrer ces dépens contre le perdant.

Rapports des parties avec les officiers ministériels.

L'ordonnance de taxe.

Théoriquement, chacune des parties gagnant et perdant, paiera ce qu'elle doit aux officiers ministériels, avoués, huissiers, qui ont occupé pour elle; le gagnant, par conséquent, paiera ce qui a été déboursé pour lui, mais, le plus souvent, il n'aura rien à déboursier, car son avoué lui aura réclamé une provision qui le couvre suffisamment de ses émoluments et même de ses honoraires; la règle est la même pour le perdant; si le gagnant ne payait pas à son avoué ce qu'il lui doit, celui-ci serait obligé de suivre une procédure fixée par la loi du 24 Décembre 1897, c'est-à-dire de demander au Président une ordonnance de taxe qu'il signifierait à son client, lequel aurait le droit d'y faire opposition dans un certain délai.

En cas d'opposition à l'ordonnance de taxe, l'affaire serait portée devant la Chambre du Conseil du tribunal; si, au contraire, le client ne fait pas opposition à l'ordonnance de taxe, dans les délais prescrits par la loi de 1897, l'ordonnance de taxe, titre exécutoire, peut être exécutée par tous les moyens appropriés.

Le remboursement des frais par le perdant au gagnant.

Quand le gagnant a payé son avoué, il s'adresse ensuite au perdant pour se faire rembourser du montant des dépens qui ont été laissés à la charge du perdant; dans ce but, une procédure est également ouverte au gagnant qui se fera délivrer par le greffier un titre exécutoire et pourra agir contre le perdant au moyen de ce titre.

Les choses ne se passent pas toujours ainsi. Il arrive très fréquemment que l'avoué du gagnant, au lieu de se faire rembourser directement par son client, s'adresse directement au perdant qui doit supporter les dépens. L'avoué du gagnant va donc s'adresser au perdant débiteur des dépens et lui réclamer le paiement des dépens.

La distraction des dépens.

A cet effet, la loi a institué, en faveur de l'avoué du gagnant, un bénéfice que l'on appelle: la distraction des dépens, bénéfice qui est prévu par l'art. 133 du Code de procédure.

La distraction des dépens, est un bénéfice dont il faut bien comprendre l'utilité et la portée et, pour cela, il faut voir comment les choses se passeraient si la loi n'avait pas institué la distraction des dépens.

L'avoué du gagnant étant créancier du gagnant lequel est lui-même créancier du perdant, n'aurait que la

possibilité, en vertu de l'art. 1166, du Code civil, d'exercer contre le perdant, l'action oblique, l'action qui appartient à son débiteur gagnant contre le perdant. Le perdant doit les dépens au gagnant; de son côté, le gagnant doit les frais exposés à son profit par son avoué, et l'avoué est créancier du gagnant; en vertu de l'art. 1166, il pourrait exercer l'action contre le perdant, mais l'inconvénient de l'action oblique est le suivant: Le perdant pourrait opposer à l'avoué du gagnant toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au gagnant lui-même, notamment la compensation, et, d'autre part, en cas d'action oblique, l'avoué du gagnant serait exposé à l'insolvabilité du gagnant. En effet, si le gagnant est insolvable, l'avoué du gagnant serait obligé de venir en concours avec les créanciers du gagnant, puisque l'action oblique ne confère par elle-même aucun privilège.

Avantages de la distraction des dépens.

La distraction des dépens aura cet avantage de conférer à l'avoué du gagnant une action directe contre le perdant; en vertu de la distraction des dépens qui sera prononcée par le tribunal, l'avoué du gagnant n'aura pas besoin d'exercer une action oblique contre le perdant, il bénéficiera, lui, avoué, personnellement d'une action directe contre le perdant et la conséquence, c'est que l'avoué du gagnant ne sera plus exposé aux risques de l'insolvabilité de son client; d'autre part, le perdant ne pourra pas lui opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer au gagnant; la distraction des dépens confère à l'avoué le droit exclusif d'actionner le perdant et de lui réclamer ce qu'il devait au gagnant.

La distraction des dépens ne prive d'ailleurs pas l'avoué de son action contre le gagnant, si le perdant se trouve être insolvable, l'avoué se retournera contre le gagnant, son client, qui reste débiteur des émoluments de son avoué. Finalement, l'avoué obtiendra ainsi deux débiteurs au lieu d'un.

On a beaucoup discuté, et l'on discute encore sur l'explication juridique de la distraction des dépens. On discutait déjà, dans l'ancien Droit, sur sa nature; c'est une institution ancienne, une institution qui n'a d'ailleurs plus la même raison d'être qu'autrefois, depuis qu'on a organisé l'assistance judiciaire.

L'utilité moindre de la distraction des dépens depuis l'organisation de l'assistance judiciaire.

L'assistance judiciaire a été organisée en France en 1851; jusque là, la distraction des dépens avait un rôle vraiment utile, car elle incitait les avoués qui se trouvaient en présence d'un client peu fortuné à ne pas lui réclamer une provision que le client aurait été parfois dans l'impossibilité absolue de fournir. Le client compte parfois sur le résultat du procès pour pouvoir payer son avoué et, avant l'assistance judiciaire, un

client indigent était dans l'impossibilité de fournir une provision à son avoué; aussi avait-on institué la distraction des dépens qui garantissait à l'avoué le recouvrement de ses avances. Aujourd'hui, l'assistance judiciaire permet aux clients de plaider sans frais, et le bénéfice de la distraction des dépens n'a plus le même intérêt pour les avoués qui n'ont plus d'avances à faire, pour le compte des assistés judiciaires.

Nature de la
distraction
des dépens.

On a beaucoup discuté sur la nature de la distraction des dépens dans notre ancien Droit. Des auteurs, tels que Pothier, assimilent la distraction des dépens à une cession forcée de la créance du gagnant contre le perdant, mais cette explication soulève une objection, c'est que le gagnant reste tout de même créancier du perdant. Si, malgré la distraction des dépens, le gagnant paie son avoué, il pourra ensuite agir contre le perdant et lui réclamer ce qui lui est dû. D'autres auteurs ont parlé de délégation imparfaite, certains parlent même d'une saisie arrêt; le jugement ordonnant la distraction des dépens vaudrait saisie-arrêt de plein droit au profit de l'avoué du gagnant contre la créance du gagnant contre le perdant. Il y a différentes explications, l'essentiel est qu'on soit d'accord sur les conséquences de la distraction des dépens et ces conséquences, tout le monde les admet.

La distraction
des dépens
doit être deman-
dée par l'a-
voué du gagnant

La distraction des dépens n'existe pas, de plein droit, au profit de l'avoué du gagnant; il doit la demander et elle doit être prononcée par le jugement. La loi (art. 133, du Code de procédure) exige, qu'en la demandant, l'avoué affirme qu'il a fait la plus grande partie des avances pour son client. C'est en effet l'utilité de la distraction des dépens; si le client a versé une provision à son avoué, et si l'avoué n'a pas fait d'avances, il n'a rien à récupérer, mais s'il a fait des avances, il a intérêt à réclamer la distraction des dépens; la loi n'exige pas la preuve des avances, mais seulement que l'avoué affirme qu'il les a faites. Il peut faire cette affirmation au moment même où le jugement est prononcé. Le plus souvent, l'avoué n'attend pas que le jugement soit rendu pour demander la distraction des dépens; il la demande toujours dans ses conclusions.

Les jugements par défaut.

Jusqu'ici, on a toujours supposé que les deux parties comparaissent et concluent, mais il arrive, et il est même fréquent, que l'une des parties fasse défaut; c'est généralement le défendeur qui fait défaut; mais, dans des cas exceptionnels, il arrive aussi que ce soit le demandeur. Il y a donc deux sortes de défauts: le défaut du demandeur et le défaut du défendeur; mais la

question qui se pose en législation, lorsqu'une des parties, généralement le défendeur, fait défaut, est celle de savoir si le tribunal doit juger. Et, à supposer qu'il doive juger, dans quelles conditions le tribunal doit-il juger?

L'obligation de juger s'impose.

Historique.

Le tribunal doit juger. Le fait que le défendeur fait défaut ne peut empêcher le demandeur d'obtenir justice; cependant, les législations primitives qui sont extrêmement formalistes ne conçoivent pas la procédure par défaut; elles exigent impérativement que les deux plaideurs soient présents, ceci est un vestige du système de la justice privée; les plaideurs consentent à soumettre leurs différends à un arbitre officiel, mais alors il est nécessaire que les deux parties consentent, qu'elles soient présentes devant le juge.

Ces vestiges de la jurisprudence primitive, on les retrouve encore à une époque où la justice privée a disparu, les procédures primitives ne connaissent pas la procédure par défaut; on fournit au demandeur le moyen d'obtenir justice, en lui permettant de traîner son adversaire par la force devant le tribunal.

Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi; si le défendeur ne veut pas comparaître, on ne le contraint pas à se défendre, et le demandeur pourra tout de même obtenir justice.

Sanctions de la non comparution.

Les législations modernes diffèrent entre elles au sujet de la sanction de la non comparution; certaines législations considèrent que le défendeur se met dans son tort en faisant défaut; il y a, par conséquent, dans ces législations, obligation de comparaître. Cette obligation sera sanctionnée très simplement; le défendeur défaillant sera condamné, sans autre examen de l'affaire, c'est le cas notamment de la législation du canton de Genève.

La législation allemande a adopté un système mixte; les faits exposés par le demandeur sont réputés exacts par cela seul que le défendeur fait défaut. Par conséquent les faits exposés sont considérés comme avérés, et le seul point à trancher par le tribunal c'est la question de droit. Le tribunal aura à examiner si, étant donnés les faits exposés par le demandeur et qui doivent être tenus pour certains, la solution de droit qu'en tire le demandeur est véritablement fondée.

Dans notre législation française, on n'admet ni la solution du canton de Genève, ni la solution allemande; la conception est tout autre et, dans une certaine mesure, cette conception est critiquable.

La conception du droit français en cas de défaut.

En droit français le défaillant ne commet pas de faute en ne comparaisant pas; sur ce point, la solution admise par la législation française est sans inconvénient; il n'y a pas d'obligation, pour le défendeur à comparaître

devant le tribunal; il y a seulement, pour lui, une sorte d'alternative: ou comparaître et se défendre, ou ne pas comparaître et s'exposer à ce que le tribunal n'entende que le demandeur; c'est un risque auquel le défendeur peut s'exposer, il ne commet pas de faute en ne comparaisant pas; la jurisprudence en conclut avec raison qu'on ne peut pas condamner le défendeur en s'appuyant sur le motif qu'il a fait défaut; une telle décision ne serait pas valable. La loi exige que le tribunal examine l'affaire, non pas comme si le défendeur avait comparu, parce que, si le défendeur avait comparu, il aurait fait valoir ses arguments, et le tribunal ne les entendrait pas, mais le tribunal doit examiner l'affaire aussi consciencieusement qu'il le peut, comme si le défendeur avait comparu; là-dessus la législation française est défendable. Mais là où elle est critiquable, c'est lorsqu'en cas de défaut, faute de comparaître, elle s'est ingéniée à protéger le défendeur défaillant, sur le fondement de cette présomption, qui est entièrement démentie par la pratique, que le défaillant ignore le procès qui lui est fait; or la pratique dément abondamment cette opinion. Lorsque le défendeur fait défaut, il est près que toujours au courant de la procédure dirigée contre lui, et, s'il fait défaut, c'est uniquement pour employer un moyen dilatoire et retarder une condamnation qu'il sent inévitable; cela est vrai non seulement du défaut faute de conclure, mais aussi du défaut faute de comparaître.

Cette manoeuvre dilatoire, le Code de procédure s'ingénie à la favoriser par tous les moyens possibles; c'est une erreur fondamentale, qui est la cause de retards considérables dans la solution des procès; le défaillant est un individu qui ne veut pas être condamné et use de tous les moyens dilatoires pour retarder la solution du procès.

Les différentes espèces de défaut.

Il faut distinguer le défaut du défendeur, de beaucoup le plus fréquent et le défaut du demandeur, assez rare.

le défaut du
défendeur.

On suppose, jusqu'à nouvel ordre, qu'il n'y a qu'un seul défendeur, car la pluralité de défendeurs est une complication.

deux sortes de
défendeur.

Devant le tribunal de première instance et la Cour d'Appel, notre Droit connaît, en ce qui concerne le défaut du défendeur, deux sortes de défaut: Le défaut faute de conclure et le défaut faute de comparaître. L'art. 149 du Code de procédure dispose: " Si le défendeur ne constitue pas avoué ou si l'avoué ne se présente pas au

jour indiqué, à l'audience indiquée, il sera donné défaut".

a) le défaut
faute de comparaître.

a) Il y a défaut faute de comparaître: lorsque le défendeur ne constitue pas avoué, il y a, ce qu'on appelle défaut contre partie ou défaut faute de comparaître.

b) le défaut
faute de conclure.

b) Lorsque le défendeur ayant constitué avoué, cet avoué s'abstient de conclure au jour fixé, ne se présente pas pour conclure, il y a, dit le Code, défaut faute de conclure ou défaut contre avoué.

Importance de
la distinction
entre le défaut
faute de comparaître et le
défaut faute
de conclure.

Il importe, à différents points de vue, de savoir si l'on est en présence d'un défaut faute de comparaître ou d'un défaut faute de conclure, car les conditions de la signification et de l'exécution des jugements par défaut ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Les conditions de l'opposition sont aussi tout à fait différentes selon qu'il y a défaut faute de comparaître ou défaut faute de conclure. C'est là une distinction capitale, ce qui ne veut pas dire que cette distinction soit défendable.

La raison de cette distinction c'est que le défendeur qui ne comparaît pas, c'est-à-dire qui n'a pas constitué avoué, est présumé avoir une excuse, celle de n'avoir pas reçu la signification et d'ignorer le procès qui lui est fait et ceci explique les dispositions relatives au défaut faute de comparaître. Cette présomption que le défendeur n'a pas été prévenu du procès qui lui est fait, ne paraît pas très vraisemblable. La signification lui a été faite par huissier, et il y a beaucoup de chances pour qu'il l'ait reçue; mais cette présomption explique toutes les mesures prises en la faveur du défendeur défaillant.

Tandis que, si le défendeur a constitué avoué il n'a plus l'excuse d'ignorer le procès qui lui est fait; par conséquent, ici, les mesures de protection sont moins énergiques, parce qu'on est obligé de reconnaître que, si l'avoué ne conclut pas, c'est afin de retarder la marche de la procédure et la condamnation. On comprend donc que la loi se montre moins favorable au défendeur qui, ayant constitué avoué, ne conclut pas, mais il convient d'ajouter que le défaut faute de conclure, devrait être supprimé dans une bonne législation; il n'est jamais qu'une manœuvre dilatoire, car si le défendeur, qui a constitué avoué, ne donne pas à celui-ci le moyen de conclure, c'est qu'il veut retarder le jugement; il arrive aussi parfois que l'avoué ne conclut pas, parce qu'il n'a pas reçu de provision. Le projet de réforme de 1894 avait supprimé complètement le défaut faute de conclure.

Quand pourra-t-on dire d'une façon précise qu'il

y a soit défaut faute de comparaître, soit défaut faute de conclure ?

Domaine du défaut faute de comparaître.

En ce qui concerne le défaut faute de comparaître, ce défaut existe par cela seul que le défendeur n'a pas constitué avoué dans les délais de la loi, huit jours ou quinze jours; ce n'est pas un délai fatal; le défendeur peut toujours constituer avoué, tant que le demandeur n'a pas pris défaut contre lui. Il y aura simplement défaut faute de comparaître, lorsque les délais de comparution du défendeur étant expirés, le demandeur aura pris jugement de défaut contre son adversaire. On admet même, en pratique, qu'un jugement par défaut rendu par le tribunal, peut être "rabattu", si un avoué se présente, pour le défendeur, avant la fin de l'audience où le jugement par défaut a été rendu. Une fois l'avoué constitué, il n'y a plus de défaut faute de comparaître, même si l'avoué est révoqué, parce que, celui qui révoque son avoué doit immédiatement le remplacer, sinon (art 75) la procédure faite et le jugement obtenu par l'avoué révoqué et non remplacé, sont valables.

Cependant, dans le cas où l'avoué cesserait ses fonctions, avant que l'affaire fut en état, c'est-à-dire avant que les conclusions fussent prises contradictoirement à l'audience, il y aurait interruption de l'audience; en ce cas le défendeur est obligé de constituer un nouvel avoué; s'il ne le fait pas, son adversaire l'assignera en constitution de nouvel avoué. Si sur cette assignation le défendeur ne constitue pas un nouvel avoué, il y aura encore possibilité du défaut faute de comparaître, mais en mettant cette hypothèse à part, et elle ne se présente que rarement en pratique, du moment que le défendeur a constitué avoué, il ne peut plus être pris de défaut faute de comparaître contre lui.

Domaine du défaut faute de conclure.

Il y a défaut faute de conclure, quand l'avoué du défendeur a reçu "avenir"; l'avenir joue ici, dans les rapports entre avoués, le même rôle que l'assignation dans les relations entre les plaideurs; il faut que l'avoué ait reçu "avenir" et qu'il ne se présente pas à l'audience fixée pour conclure.

Différents cas peuvent se présenter. Par exemple, l'avoué peut conclure sur un incident, sur un déclinatoire de compétence, mais ne pas conclure au fond. Alors le jugement sera contradictoire sur l'incident et par défaut sur le fond. De plus, il peut arriver, et la jurisprudence l'admet, que la demande ayant plusieurs chefs distincts l'avoué du défendeur conclut sur les uns et non sur les autres; alors le jugement sera contradictoire sur les chefs pour lesquels il y a eu conclusions et pour les autres, il sera par défaut. Ce sont de singulières combinaisons, mais la jurisprudence a ratifié cela, sauf dans le

cas où il y aurait connexité entre les différents chefs dans ce cas, la jurisprudence décide qu'il faut conclure sur le tout ou qu'on sera jugé contradictoirement sur le tout. Voir arrêt du 8 Mars 1905 (S. 1906 - I - 501).

Cas dans lesquels une affaire peut cesser d'être en état.

Quand les conclusions ont été prises contradictoirement, il y a encore possibilité pour de défaut faute de conclure. En effet, l'affaire peut cesser d'être en état. D'abord, dans le cas de changement dans le personnel du tribunal. On sait que les juges qui statuent doivent avoir assisté à toutes les audiences. Or un juge peut avoir été mis à la retraite, ou être changé de poste, il faudra reprendre les conclusions devant le tribunal nouvellement composé; Si l'avoué du défendeur ne conclut pas la seconde fois, il y a défaut de conclure. Une affaire peut encore cesser d'être en état, parce qu'il y a un jugement interlocutoire, un jugement qui a ordonné une enquête; l'enquête a lieu, l'affaire revient devant le tribunal, l'avoué du défendeur ne conclut pas sur le fond; le jugement sur le fond sera rendu par défaut, faute de conclure.

Le défaut devant les juridictions d'exception.

Dans une bonne législation, on devrait décider que devant les juridictions d'exception, il n'y a pas de place pour deux sortes de défaut; du moment que le défendeur a comparu, on devrait rendre un jugement contradictoire, même s'il ne conclut pas. Néanmoins, dans notre droit, il faut distinguer.

Il y a également deux sortes de défaut devant le tribunal de commerce

En ce qui concerne le tribunal de commerce, il y avait un texte, dans le Code de procédure, d'où il paraissait résulter qu'une seule sorte de défaut était possible, c'est le défaut faute de comparaître. Mais on a modifié, par la suite, le texte du Code de procédure. L'art. 643 du Code de commerce a introduit une modification d'où la jurisprudence a conclu, qu'il y a devant le tribunal de commerce, comme devant le tribunal de première instance, deux espèces de défaut, faute de comparaître et faute de conclure.

Certains auteurs ont critiqué cette interprétation; puisqu'il n'y a pas d'avoués devant le tribunal de commerce, il est impossible, disent-ils, d'admettre le défaut faute de conclure, mais cette objection n'a pas prévalu.

Le défaut faute de comparaître devant le tribunal de commerce.

Le défaut faute de comparaître devant le tribunal de commerce consiste, pour la partie assignée, à ne pas se présenter ou à ne pas se faire représenter par un mandataire valablement constitué.

Le défaut faute de conclure devant le tribunal de commerce.

Le défaut faute de conclure consiste pour la partie qui s'est présentée elle-même ou s'est fait représenter par un mandataire valablement constitué à ne pas se défendre. En tous cas, la jurisprudence de la

Cour de Cassation est absolument ferme sur ce point et il semble bien en effet que l'on puisse invoquer certains textes, notamment le texte de l'art. 643 du Code de commerce en faveur de cette solution.

Le défaut devant la justice de paix et le Conseil des Prudhommes.

Devant la justice de paix et le Conseil des prudhommes, il n'y a qu'une seule espèce de défaut. Mais quand le défendeur fera-t-il défaut ? On devrait décider que, devant le juge de paix, celui qui comparait, par cela même qu'il comparait, ne peut plus faire défaut, quand bien même il ne se défendrait pas par la suite; le juge de paix n'en statuera pas moins contradictoirement, et on ne pourra pas faire opposition.

Dans la pratique il y a deux sortes de défaut devant le juge de paix.

Cependant, ce n'est pas la solution qui a été admise en pratique; on adopte, au contraire, un criterium très large. On dit bien qu'il n'y a qu'une sorte de défaut devant le juge de paix; mais on admet le criterium du défaut faute de conclure et notamment on admet que le juge de paix statuera, par défaut, contre celui qui ne se présente pas à l'audience pour se défendre, alors même qu'il a comparu à une précédente audience. On juge aussi par défaut celui qui a demandé une remise et qui ne l'ayant pas obtenue déclare faire défaut devant le juge de paix, et ce jugement par défaut est, par conséquent, susceptible d'opposition. Ce défaut unique que l'on admet, on lui applique le criterium du défaut faute de conclure et cela paraît tout à fait contraire à la loi; en effet, si on prend l'article 20, du Code de procédure, on voit que, devant la justice de paix, le jugement par défaut doit toujours être signifié par huissier commis. Or, lorsqu'il s'agit du tribunal civil ou du tribunal de commerce, on ne signifie par huissier-commis que les jugements par défaut faute de comparaître. En effet, la signification par huissier-commis est une signification qui n'est prescrite que dans le cas où le défendeur peut ignorer le procès qui lui est fait; on lui signifie le jugement d'une manière particulièrement solennelle, parce qu'on présume qu'il n'a pas reçu l'assignation; tout jugement de paix, par défaut, doit être signifié par huissier-commis, parce qu'on considère que le défendeur n'a pas connu le procès qui lui est fait; s'il a comparu et ne s'est pas défendu, à quoi sert la signification par huissier commis ? Il y a donc là une véritable erreur de la pratique contre laquelle on ne saurait trop s'élever.

Rôle du tribunal en cas de défaut, faute de comparaître ou faute de conclure; quel va défaut.

Supposons maintenant que le défendeur a fait défaut. Quel est le rôle du tribunal ? Dans certaines législations, le

défendeur doit être condamné. En France, l'art. 150 dit: le défaut sera prononcé à l'audience et les conclusions de la partie qui les requiert seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées. Pourront cependant les juges faire mettre les pièces sur le bureau, pour prononcer le jugement à l'audience suivante."

Donc le tribunal a un double rôle : prononcer le défaut, donner acte au demandeur du défaut du défendeur. En second lieu: statuer sur la demande; mais le principe est que le défaut ne dispense pas le tribunal de vérifier le bien fondé de la demande; le texte est formel: "Les conclusions seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées." Donc le tribunal doit vérifier le bien fondé de la demande. Par conséquent, le tribunal pourrait très bien débouter le demandeur, s'il lui apparaissait que la demande n'est pas fondée; il peut également ordonner une mesure d'instruction, si sa conviction n'est pas suffisamment assise. Mais, en pratique, le plus souvent, le défendeur est condamné, uniquement parce qu'il fait défaut; seulement, il faut bien que le juge se garde de le dire, sinon la décision serait annulée en appel, ou par le Cour de Cassation; il justifiera donc son jugement en invoquant les faits allégués par le demandeur.

Cas dans lesquels le tribunal ne doit pas se contenter des allégations du demandeur pour condamner par défaut.

Il est cependant des cas où le tribunal doit ordonner une mesure d'instruction, et non se contenter d'accepter des allégations du demandeur; c'est lorsqu'il s'agit de procès où l'aveu n'est pas admis par la loi, par exemple, les questions de divorce ou de séparation de corps ou de biens. Dans ce cas, si l'on permettait au juge de condamner le défendeur sans autre examen et sur les seules allégations même vraisemblables du demandeur, on aboutirait par la voie du défaut au changement du régime matrimonial ou au divorce par consentement mutuel; il faut donc, en pareil cas, que le tribunal procède à des vérifications, il ne pourrait pas condamner le défendeur par défaut au divorce ou à la séparation de biens, sur les seules allégations du demandeur.

Le défaut en cas de pluralité de défendeurs.

Quand il y a plusieurs défendeurs, il faut distinguer deux hypothèses. 1°- Tous les défendeurs font défaut. 2°- Un seul ou plusieurs défendeurs font défaut, les autres comparaissent.

L'art. 151, pour les cas de pluralité de défendeurs dit qu'on ne prendra défaut contre aucune des parties, qu'après l'échéance du plus long délai; car, en effet les défendeurs peuvent être cités à différents délais, selon l'éloignement de leur domicile, l'un peut même habiter l'étranger. En pareil cas, on ne pourra prendre de défaut contre les défendeurs, qu'à l'expiration du plus long délai.

de citation. Si à l'expiration du plus long délai, tous les défendeurs ont fait défaut, l'art. 152 dit qu'on ne peut prendre contre ces défendeurs qu'un seul jugement; on ne peut pas prendre, au fur et à mesure de l'échéance des délais, différents jugements contre les défaillants; les jugements ne seraient pas nuls, mais les frais resteraient à la charge de l'avoué qui les a faits.

La procédure de défaut profit joint ou procédure de réassignation.

Dans le cas de pluralité de défendeurs assignés, on peut supposer que les uns comparaissent et concluent et les autres ne comparaissent pas. Il existe à cet égard, une différence entre ce cas et celui du défendeur unique. En effet, lorsqu'il y a un seul défendeur qui fait défaut faute de comparaître, le tribunal statue et la décision prise par le tribunal est susceptible d'une voie de recours qu'on appelle l'opposition, qui sera formée par le défaillant. Or, la procédure à suivre n'est pas du tout la même lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, dont certains comparaissent et concluent et d'autres ne comparaissent pas. Si tous faisaient défaut, faute de comparaître, on s'en tiendrait à la règle générale; ils seraient tous condamnés par défaut et pourraient faire opposition. Mais dans le cas particulier où certains défendeurs font défaut et d'autres comparaissent et concluent, le législateur a institué une procédure spéciale qu'on appelait autrefois: procédure du défaut profit-joint, et qu'on peut appeler aujourd'hui plus simplement procédure de réassignation.

La raison d'être de cette procédure est la crainte de contrariété de jugements.

Quelle est la raison d'être de cette procédure ? Si la loi n'avait rien prévu, le tribunal aurait statué contradictoirement, vis-à-vis des comparants et, par défaut, vis-à-vis des défaillants; ces derniers auraient pu faire opposition. Mais le législateur a craint, à tort ou à raison, que l'affaire revenant sur opposition des seuls défaillants, le jugement rendu sur cette opposition fût en sens contraire du jugement rendu contradictoirement vis-à-vis des comparants; on aurait assisté alors à une contrariété de jugements. Pour éviter ce résultat, le législateur a institué la procédure suivante; l'art 153 ancien décidait que dans ce cas, le tribunal sans statuer au fond, commençait par rendre un jugement préparatoire, qu'on appelait le jugement par défaut profit joint ou jugement de jonction; par ce jugement, le tribunal constatait le défaut de certains défendeurs, joignait (d'où le nom de profit-joint) la cause de ces défaillants à celle des comparants et ordonnait que le jugement de jonction serait signifié aux défaillants par un huissier commis, avec notification que le jugement à intervenir par la suite serait contradictoire vis-à-vis de tous les défendeurs; et l'on assignait pour telle

A l'expiration du délai, le jugement rendu par le tribunal était contradictoire c'est-à-dire non susceptible d'opposition, même de la part de ceux qui avaient continué à faire défaut; on estimait que ceux qui ne comparaissaient pas devaient supporter la peine de leur défaut; on évitait ainsi la contradiction de jugements, puisqu'il n'y avait plus qu'un seul jugement contradictoire, vis-à-vis de tous. Ce système n'est pas mauvais et en législation, devrait être appliqué à tous les cas de défaut. Le défendeur, même unique, ne comparaisant pas, on le réassignerait et une fois réassigné il n'y aurait plus d'opposition possible, on supprimerait par cela même le droit d'opposition.

Ce système serait donc très rationnel, étendu à tous les cas, mais actuellement on peut lui reprocher de créer une inégalité de situation, selon qu'il y a un ou plusieurs défendeurs.

La loi du 13 mars 1922 a supprimé la procédure de défaut profit-joint.

Du reste, la procédure du défaut profit joint, telle qu'elle avait été instituée par le Code de procédure, était inutilement compliquée; en effet, il fallait que le tribunal rendît un jugement préparatoire, puis il fallait faire signifier ce jugement, et cela demandait du temps, car le greffe ne remet pas la grosse du jour au lendemain, et de plus, cela entraînait des frais c'est pourquoi la loi du 13 Mars 1922, tout en conservant le principe de la réassignation, a supprimé le jugement de défaut profit joint; le principe est resté le même, mais la procédure a été simplifiée.

Désormais, lorsqu'à l'expiration des délais d'ajournement, l'un des défendeurs ou plusieurs d'entre eux ne comparaissent pas alors que d'autres comparaissent et concluent, le tribunal n'a plus à rendre de jugement. L'avoué du demandeur présente une requête au Président du tribunal qui ordonne la réassignation des défendeurs non comparants, réassignation qui a lieu par un huissier commis par le Président, et l'ordonnance est alors signifiée aux défendeurs non comparants avec mention dans la réassignation que le jugement à intervenir aura l'effet d'un jugement contradictoire. Donc une simple ordonnance peut être rendue par le Président du jour au lendemain.

La procédure de réassignation ne s'applique pas au cas de défaut faute de conclure.

Cette procédure de réassignation est certainement applicable au cas où un ou plusieurs défendeurs font défaut, faute de comparaître; mais, faudrait-il l'appliquer aux cas où les défaillants sont seulement défaillants faute de conclure ?

L'hypothèse est la suivante: Il y a plusieurs défendeurs qui comparaissent, mais certains font défaut faute de conclure; il semble bien qu'ici, il y a les

mêmes raisons d'appliquer la procédure de réassignation; si les défaillants, faute de conclure, peuvent faire opposition, il peut se produire une contrariété de jugements; néanmoins, ce n'est pas la solution admise par le législateur. Sous le régime de l'ancien article 153, la question était discutée; finalement, la Cour de Cassation avait répondu qu'il s'agissait d'une procédure spéciale au défaut faute de comparaître; deux arrêts, l'un du 18 Octobre 1909 et l'autre du 28 Avril 1913 ont précisé cette manière de voir. Le législateur de 1922 paraît bien s'être prononcé dans le sens de la Cour de Cassation; le texte suppose en effet que les défaillants n'ont pas constitué avoué.

La procédure de réassignation est donc spéciale au défaut faute de comparaître; ainsi si certains défendeurs font défaut, faute de conclure, il faudra s'en tenir à la règle du droit commun et par conséquent, on statuera contradictoirement vis-à-vis des défendeurs qui auront conclu et par défaut vis-à-vis des autres, qui pourront faire opposition.

Systèmes adoptés devant les tribunaux de première instance et aux Cours d'Appel, mais tribunaux d'exception : La procédure de réassignation s'applique aux tribunaux de première instance et aux Cours d'Appel, mais tribunaux d'exception : La question s'est posée d'abord pour le tribunal de commerce; la Cour de Cassation a adopté un système qui n'est peut-être pas mauvais pratiquement, mais qui est, en tous cas, assez singulier. Elle décide qu'il n'est pas interdit devant les tribunaux de commerce d'appliquer la procédure de réassignation mais que cela n'est pas indispensable; en un mot, l'application de cette procédure devant le tribunal de commerce est purement facultative; on peut demander au Président du tribunal de commerce, par voie d'ordonnance sur requête, d'ordonner la réassignation des non comparants, mais si on ne le fait pas la procédure ne sera pas entachée de nullité, tandis que devant les tribunaux de première instance, l'art. 153 est d'ordre public; le jugement qui serait rendu sans que cette procédure ait été observée, serait nul. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 27 Décembre 1880.

La Cour de Cassation décide. En ce qui concerne la justice de paix, un arrêt de la Cour de Cassation du 22 Avril 1890 (D.1890-I-465) a décidé que rien n'impose l'application de l'art. 153, mais la Cour de Cassation ne dit pas ce qui arriverait si on l'appliquait.

Enfin, en matière de prudhommes, il semble bien que l'on ne doive pas appliquer la procédure de réassignation; Le Code du travail a énuméré un certain nombre d'articles du Code de procédure applicables au Conseil des

Devant les Con- prudhommes et l'art. 153 n'y figure pas.
seils de Prudhom- Le défaut du demandeur, tout en étant assez rare
mes l'art. 153 n'est pas inconnu de la pratique, même en première ins-
ne s'applique pastance. Le demandeur fait défaut en première instance par

ce qu'il peut être empêché de donner des instructions à
son avoué; et aussi, pour gagner du temps. Du reste, de-
vant le tribunal de première instance, le demandeur ne
peut faire défaut que faute de conclure; il ne peut être
question pour lui de faire défaut faute de comparaître
parce qu'il a nécessairement constitué avoué dans son
assignation.

Cas dans lequel Cependant, il est un cas assez spécial et peu
il peut y avoir pratique où le demandeur pourrait faire défaut faute de
défaut faute de comparaître. Il faut supposer que le demandeur ayant cons-
titué avoué dans son assignation, l'avoué a cessé ses
fonctions, l'affaire n'étant pas encore en état; dans ce
cas, il y a interruption d'instance jusqu'à ce que le
demandeur ait constitué un nouvel avoué et si le deman-
deur tarde trop à la faire, le défendeur peut assigner le
demandeur en constitution d'un nouvel avoué. Si le deman-
deur ne constitue pas un nouvel avoué, dans le délai, il
fera défaut faute de comparaître.

Devant la Cour d'Appel, l'appelant fait souvent
défaut. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que l'ap-
pelant qui est demandeur en Cour d'Appel est celui qui a
été condamné en première instance; l'appelant fait appel
pour éviter une exécution immédiate et bénéficier de l'ef-
fet suspensif de l'appel; il ne conclura pas sur cet ap-
pel de manière à retarder les choses, et puis il fera op-
position.

Donc le défaut du demandeur n'est pas inconnu de
la pratique, mais la question qui se pose est celle de sa-
voir ce qui se passe en cas de défaut du demandeur. Le Co-
de de procédure a bien prévu l'hypothèse; l'art. 150 qui
vise le défaut du défendeur dit que le tribunal constatera
d'abord le défaut, puis statuera au fond. Au cas du dé-
faut du demandeur, le texte est autrement rédigé; l'art.
154 dit que le défendeur qui aura constitué avoué, pourra,
sans avoir fourni de défenses, suivre l'audience, par un
seul acte, et prendre défaut contre le demandeur qui ne
comparaîtrait pas. Par conséquent, ce texte, en cas de dé-
faut du demandeur, ne prévoit qu'une seule chose à faire,
par le tribunal : donner acte au défendeur du défaut du de-
mandeur et renvoyer ce demandeur des fins de la poursuite,
c'est ce qu'on appelle le jugement de défaut-congé.

Le défaut
congé.

Controverse
basée sur la se fondant sur la différence de rédaction de l'art. 150 et
différence de l'arti. 154, disent qu'en cas de défaut du demandeur, la
entre les seule chose que puisse faire le tribunal, c'est de rendre

articles 150
et 154.

ère opinion.

le jugement de défaut-congé, jugement par lequel le tribunal se contente de donner acte au défendeur du défaut du demandeur, mais là se borne la portée du jugement de défaut-congé; la poursuite est arrêtée, mais le jugement de défaut-congé n'équivaut pas, d'après eux, au rejet de la demande du demandeur; ce n'est pas une décision sur le fond, c'est un simple congé donné au défendeur, si bien que le demandeur ne sera pas obligé de faire opposition à ce jugement qui n'est pas motivé; le demandeur dès lors n'aurait qu'à lancer une nouvelle assignation, le jugement congé ne le déboutant pas de sa demande.

ème opinion.

Telle est une des interprétations données de l'art. 154, mais il en est une autre qui paraît préférable à M. MOREL. Sans doute l'art. 154 ne prévoit qu'une chose en cas de défaut du demandeur, c'est que le tribunal donne acte du défaut de ce demandeur et renvoie le défendeur. Mais M. MOREL considère avec une partie de la doctrine, que le défendeur pourrait très bien demander au tribunal de statuer sur la prétention du demandeur et de débouter celui-ci de sa demande et alors il y aurait non plus un jugement de défaut congé, non susceptible d'opposition, mais un véritable jugement par défaut, statuant sur le fond, rendu contre le demandeur, jugement contre lequel le demandeur pourrait, par la suite, faire opposition; il serait nécessaire que ce demandeur prenne la voie de l'opposition pour faire tomber ce jugement rendu au fond. La raison pour laquelle il paraît nécessaire de permettre au défendeur de demander au tribunal de statuer sur le fond, c'est que toute personne qui est sous le coup d'une menace, menace qui s'est même réalisée, dans une certaine mesure, a toujours le droit de s'adresser au tribunal pour faire juger que la menace dont il est l'objet est sans fondement. Le défendeur est l'objet d'une menace, puisqu'il a été assigné, c'est son droit de demander au tribunal d'examiner la prétention du demandeur et de débouter celui-ci. D'ailleurs, si le défendeur a formé une demande reconventionnelle, le tribunal est obligé de statuer sur cette demande reconventionnelle. Si, en cas de demande reconventionnelle, le tribunal est obligé de statuer sur le fond, sur la demande principale et sur la demande reconventionnelle, pourquoi en serait-il autrement dans le cas où le défendeur se contente d'opposer une simple défense à l'assignation du demandeur; donc si le défendeur le requiert, le tribunal doit statuer sur le fond, examiner la prétention du demandeur et si elle ne lui paraît pas fondée, il doit débouter le demandeur qui sera ensuite obligé de faire opposition au jugement.

La jurisprudence ne se décide en faveur d'aucune

Opinion de la jurisprudence

des solutions indiquées; elle a admis une solution très simple et assez énergique, mais qui encourt des critiques. Pour la jurisprudence, il suffit au défendeur de demander acte, conformément à l'art. 154, au tribunal du défaut du demandeur et le jugement qui intervient alors, le jugement du défaut-congé, quoique non motivé, quoique n'ayant pas examiné l'affaire au fond, ce jugement, dit la Cour de Cassation, équivaut à un jugement de débouté. Ici, le tribunal n'a nullement à examiner l'affaire au fond; par cela seul que le demandeur fait défaut et que le défendeur le requiert, le tribunal ou la Cour n'a qu'à rendre un arrêt ou jugement de défaut congé qui équivaut à un arrêt de débouté; il faudrait, pour le faire tomber que le demandeur le frappe d'opposition. La raison que la jurisprudence donne à l'appui de sa solution est que le demandeur qui fait défaut, faute de conclure, est censé avoir renoncé à sa demande, si l'on est en première instance, ou avoir acquiescé au jugement dont il a fait appel; il n'y a donc qu'à constater cela et à le débouter de sa demande; mais la Cour de Cassation ouvre tout de même une voie de recours à ce défaillant; il pourra faire opposition bien que son affaire n'ait pas été jugée; c'est une solution rapide et peu coûteuse. Pratiquement, la solution est bonne; le défaut du demandeur est une manoeuvre dilatoire, surtout en appel. La Cour de Cassation décide que cet appelant sera repoussé purement et simplement, il sera considéré comme débouté de son appel, il pourra faire opposition, mais il faudra qu'il fasse opposition.

Critiques encourues par la solution de la Cour de Cassation.

La solution est peut-être bonne pratiquement, théoriquement, au point de vue des principes, elle encourt des critiques qu'on n'a pas manqué de lui faire; on a dit d'abord que la solution de la jurisprudence repose sur une présomption de renonciation à la demande; mais rien ne dit en somme que le demandeur qui fait défaut, abandonne sa demande; il abandonne l'instance, ce qui n'est pas la même chose, il ne renonce pas à sa prétention pour l'avenir; d'autre part, il est assez singulier de décider que ce jugement de défaut-congé équivaut à un jugement de débouté, alors que l'affaire n'a pas été examinée au fond et que le jugement n'est pas motivé; solution singulière, puisque tout jugement, qu'il accorde ou repousse les prétentions du demandeur, doit être motivé. Dans la conception du Code de procédure, le jugement de défaut congé est un simple donné acte et non un jugement qui juge sur le fond, mais la Cour de Cassation a persisté dans sa conception, malgré les critiques des auteurs.

Les jugements par défaut

Dispositions
particulières
aux jugements
par défaut.

Les jugements par défaut sont soumis, sur un assez grand nombre de points, aux mêmes règles que les jugements contradictoires, notamment en ce qui concerne leur rédaction, leur prononcé, etc. Néanmoins, il existe pour les jugements par défaut, un certain nombre de particularités par lesquelles ils se séparent des jugements contradictoires, particularités qui tiennent à la situation du défaillant de l'une des parties.

D'abord, lorsqu'il y a jugement par défaut, le règlement des qualités ne se fait pas contradictoirement; l'avoué qui a obtenu le jugement rédige seul les qualités; s'il s'agit d'un jugement par défaut, faute de comparaître, il ne saurait à qui les signifier puisque la rédaction contradictoire des qualités suppose qu'un avoué existe pour chaque partie et ici il y en a une qui n'est pas constitué avoué; mais il en est ainsi même pour le jugement par défaut faute de conclure, l'avoué qui a obtenu le jugement n'a pas à signifier les qualités à son confrère.

Il existe des particularités plus intéressantes en ce qui concerne l'exécution des jugements par défaut; la loi a pris certaines précautions en faveur de la partie défaillante, précautions qui sont plus rigoureuses encore lorsqu'il s'agit d'un défaut, faute de comparaître, parce que la loi obéit toujours à cette crainte qui domine toute la matière, c'est que le défaillant, faute de comparaître, n'a pas été averti du procès qui lui a été fait; on arrive donc ici à l'un des intérêts les plus importants de la distinction du défaut faute de comparaître et du défaut, faute de conclure; cet intérêt existe en ce qui concerne l'exécution du jugement et ensuite pour l'opposition.

La signification d'un jugement par défaut (car c'est un principe que tout jugement contradictoire ou par défaut, ne peut être exécuté avant d'être fait par huissier commis.)

En ce qui concerne l'exécution du jugement par défaut (car c'est un principe que tout jugement contradictoire ou par défaut, ne peut être exécuté avant d'être fait par huissier commis.) la signification de ce jugement doit être faite par huissier commis tout au moins quand il s'agit d'un jugement par défaut faute de comparaître. (art. 156). Lorsque le tribunal a rendu un jugement par défaut faute de comparaître, il doit toujours désigner un huissier qui sera généralement un huissier audiencier, pour signifier ce jugement. Au contraire, s'il s'agit d'un jugement par défaut, faute de conclure, il n'est pas nécessaire de désigner un huissier pour signifier ce jugement.

l'huissier qui signifiera sera librement choisi par celui qui aura obtenu le jugement. En principe, il appartient à celui qui a obtenu le jugement de choisir l'huissier qui signifiera, mais si c'est un jugement par défaut faute de comparaître, ce sera la tribunal qui désignera l'huissier chargé de faire la signification. Singulière disposition qui marque à quel point le législateur a pris la défense du défaillant, faute de comparaître. Un huissier est spécialement nommé par le tribunal, parce qu'on estime, à tort évidemment, que cet huissier chargé d'une mission spéciale du tribunal, signifiera le jugement avec plus d'attention que ne le ferait un huissier choisi par la partie. Précaution tout à fait inopérante, car les huissiers ne signifient pas les jugements, faute de comparaître autrement qu'ils ne le font pour les jugements, par défaut, faute de conclure ou les jugements contradictoires; les règles sont les mêmes, mais enfin, il y a là une disposition qui est d'ordre public et, par conséquent, le jugement, qui ne serait pas signifié par huissier commis, serait nul et l'exécution ne pourrait pas s'ensuivre.

Tribunaux auxquels la règle est applicable

Cette première règle est applicable aux tribunaux de première instance et aux tribunaux de commerce; dans les cas de jugement par défaut rendu par juges de paix, il y a toujours un huissier commis, ce qui vient bien à l'appui de ce qui a été soutenu, à savoir que devant le juge de paix, il n'y a jamais qu'un défaut faute de comparaître.

Le jugement par défaut ne peut être exécuté immédiatement.

Quant à l'exécution du jugement par défaut, un principe est posé par l'art. 155, principe commun aux deux sortes de jugement par défaut, faute de comparaître et faute de conclure, c'est que le jugement par défaut ne peut être exécuté immédiatement. Ici encore il y a une mesure de protection pour les défaillants, mais commune aux deux sortes de défaut... L'art. 155 dit que les jugements par défaut ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification, pendant cette huitaine il est interdit d'exécuter le jugement; on veut donner au défaillant une sorte de répit, pendant lequel il pourra réfléchir et se décider à faire opposition s'il y a lieu.

Délai d'exécution devant le tribunal de première instance.

Il y a sur ce point, une différence entre les jugements par défaut et les jugements contradictoires; en effet les jugements contradictoires peuvent être exécutés vingt-quatre heures après la signification s'ils sont rendus en dernier ressort et huit jours après le prononcé du jugement, s'ils sont susceptibles d'appel.

Le jugement par défaut ne peut être exécuté que huit jours après la signification du jugement (et non

le prononcé). Dans ce délai de huitaine, on ne peut faire que des actes conservatoires mais aucun acte d'exécution. Telle est du moins la solution légale pour les tribunaux de première instance.

En matière commerciale le jugement est exécutoire un jour après la signification.

En matière commerciale, la loi se montre moins favorable aux défaillants, art. 435; le jugement est exécutoire un jour après la signification. Devant le juge de paix, on admet que le jugement ne peut pas être exécuté tant que l'opposition est encore possible c'est-à-dire dans les trois jours de la signification.

Devant le juge de paix, trois jours après la signification.

L'art. 155, pour les tribunaux de première instance, dit qu'on ne peut pas exécuter le jugement dans la huitaine après sa signification, mais il appartient au tribunal de déroger à ce principe en cas d'urgence et de décider que l'exécution pourra avoir lieu dans la huitaine, il devra avoir été requis spécialement d'ordonner l'exécution par la partie qui obtient le jugement. Le tribunal n'est jamais obligé d'ordonner cette exécution provisoire et ne peut le faire dit l'art. 155 que dans les cas prévus par l'art. 135, c'est-à-dire dans les cas où le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire, notwithstanding appel d'un jugement contradictoire.

Il reste une dernière particularité concernant l'exécution d'un jugement par défaut, et celle-ci est spéciale au jugement par défaut, faute de comparaître; c'est donc un nouvel intérêt de la division des jugements par défaut faute de comparaître et des jugements par défaut faute de conclure. Il s'agit de la péremption des jugements par défaut faute de comparaître. D'après l'art 156, tout jugement par défaut, contre une partie qui n'a pas constitué avoué, doit être exécuté dans les six mois sinon il sera réputé non avenu. C'est ce qu'on appelle la péremption, du jugement par défaut faute de comparaître. Généralement, on a trente ans pour exécuter les jugements; cela s'applique aux jugements contradictoires, comme aux jugements par défaut, faute de conclure; mais lorsqu'il s'agit d'un jugement par défaut, faute de comparaître, on n'a que six mois.

Tout jugement par défaut faute de comparaître doit être exécuté dans les six mois.

Raison de cette courte prescription.

La raison de cette courte prescription, c'est toujours cette même idée, qui est fautive pratiquement, mais qui a inspiré toute notre législation en ce qui concerne les jugements par défaut, à savoir que le défaillant est peut-être dans l'ignorance du procès qui lui a été fait et du jugement; dans ces conditions, il détruira peut-être ses moyens de preuves; c'est pourquoi on ne veut pas que celui qui doit exécuter le jugement tarde à le faire; il faut que le défaillant soit prévenu dans un bref délai; tout cela repose sur une présomption fautive, car dans la plupart des cas, le défendeur est parfaite

au courant et il a été touché par les diverses significations qui lui ont été faites. D'ailleurs le jugement a été signifié au défendeur par un huissier commis: il faut donc supposer qu'il n'a reçu aucune de ces significations. C'est invraisemblable, mais telle est la conception de la loi.

Il faut donc que le demandeur exécute dans les six mois; fort heureusement, à cet égard, la jurisprudence s'est montrée assez favorable à celui qui a obtenu le jugement.

ce qu'on entend
par exécution
du jugement.

On pourrait supposer avec raison que le jugement ne sera réputé exécuté que dans le cas où l'exécution empêche l'opposition; on verra, en effet, que l'opposition au jugement par défaut, faute de comparaître, est recevable jusqu'à l'exécution et il faut ici en principe, que l'exécution soit consommée; il semblerait donc que l'article 156 exige que l'exécution soit consommée dans les six mois; mais la jurisprudence n'a pas ainsi interprété la loi, elle se contente d'un commencement d'exécution dans les six mois; on n'exige même pas que le défaillant soit prévenu de ce commencement d'exécution. On se contentera d'un acte de saisie-arrêt, ou d'un procès-verbal de saisie; il suffira que le demandeur envoie un huissier chez le défendeur défaillant; s'il n'y a rien à saisir, cet huissier rédigera un procès-verbal de carence et le jugement sera considéré comme exécuté.

a péremption
est pas en-
courue lorsque
le jugement
ne pourra
être exécuté
en raison de
la distance.

Mais voici une difficulté qui a été résolue par la loi du 13 Mai 1922; le délai de six mois est un délai fixe qui ne s'augmente pas à raison des distances; il faut nécessairement que le jugement soit exécuté dans les délais prescrits. Or, on ne peut pas exécuter un jugement sans avoir fait signification, et il arrive que lorsque le défaillant habite hors de la France continentale, à raison des délais de distance, la signification du jugement, le commandement et l'exécution ne peuvent avoir lieu matériellement dans les six mois; en effet, surtout avant la loi de 1922, les délais de distance pour les habitants de la France continentale étaient quelquefois supérieurs à six mois; ils pouvaient aller à huit mois; il y avait donc contradiction entre la loi qui exigeait l'exécution du jugement dans les six mois sous peine de péremption et les délais de distance accordés aux personnes habitant hors de la France continentale. Le législateur du 13 mars 1922 est donc intervenu pour déclarer que la péremption ne serait pas encourue lorsque le jugement ne pourra être exécuté en raison du délai de distance.

Autre diffi-
culté.

Mais il y a une difficulté dont le législateur de 1922 ne s'est pas aperçu. En effet la loi de 1922 a diminué le délai de distance lorsqu'il s'agit de personnes habi-

hors de la France continentale; désormais le délai maximum pour exécuter est de cinq mois et le délai de péremption est de six mois. Ne peut-on soutenir alors que la péremption sera toujours encourue du moment que l'exécution n'a pas eu lieu dans les six mois. Cependant, il faut considérer que le greffe ne délivre pas, du jour au lendemain une expédition du jugement, on l'attend peut-être trois semaines ou un mois; le temps d'obtenir l'exécution et de faire la signification, le délai de six mois sera écoulé. Il semble que l'on doit désormais admettre que toutes les fois qu'il s'agit d'une exécution contre un individu qui habite hors de la France continentale, le demandeur sera relevé de la péremption par cela seul qu'il démontrera qu'il lui a été matériellement impossible d'exécuter dans les six mois.

Cette solution paraît raisonnable, sans cela la loi de 1922 serait inapplicable; c'est une solution que M. MOREL propose.

la péremption s'applique aux jugements par défaut des tribunaux de commerce et des conseils de prudhommes.

s'applique-t-elle aux juges de paix ?

La péremption s'applique aux jugements par défaut des tribunaux de première instance, des tribunaux de commerce (C. Com. art. 643) ainsi qu'aux jugements par défaut des Conseils de prudhommes (livre 4 du Code de travail, art. 74), mais il n'y a pas de texte pour le juge de paix et on peut se demander si la péremption de six mois s'applique aux jugements des juges de paix. Suivant M. MOREL il faut répondre par la négative; la déchéance de l'art. 156 ne peut être appliquée à des tribunaux autres que ceux pour lesquels elle a été expressément prévue.

L'opposition.

Définition.

L'opposition est une voie de recours ouverte à la partie contre laquelle a été rendu un jugement par défaut; cette voie de recours est ce que l'on appelle une voie de rétractation, en ce sens que, sur opposition, l'affaire revient devant le tribunal qui a rendu la décision par défaut, tandis que l'appel est une voie de réformation, en ce sens que l'appel est porté à une juridiction supérieure.

Le droit de faire opposition est une faveur accordée au défaillant; cette faveur est justifiée lorsque ce dernier avait de justes raisons de faire défaut; lorsqu'il était absent ou n'a pas été touché par la signification, mais trop souvent, c'est un moyen dilatoire, on fait défaut, pour faire ensuite opposition.

Tout jugement par défaut est susceptible d'opposition.

En principe, tout jugement par défaut est susceptible d'opposition qu'il s'agisse du défaut du demandeur ou du défaut du défendeur, du défaut faute de comparaitre,

ou du défaut faute de conclure; seules les conditions dans lesquelles l'opposition sera faite varient, mais tout jugement par défaut est susceptible d'opposition.

Exceptions.

Néanmoins, la loi approuve certaines exceptions à ce principe; il y a des cas, généralement à cause de l'urgence, où la loi supprime l'opposition ou encore parce que la loi estime qu'il y a là une manœuvre dilatoire; c'est ainsi que ne sont pas susceptibles d'opposition, les jugements en matière de partage ou licitation et les jugements rendus sur des incidents de saisie immobilière; la loi s'inspire ici de raisons de célérité et d'économie. En matière de référé, l'opposition contre les ordonnances de référé, n'est jamais recevable. (art. 809); mais la Cour de Cassation interprète cette disposition d'une manière très étroite, trop étroite selon M. MOREL en décidant que le texte de l'art. 809 ne visant que les ordonnances de référés, seules celles-ci ne sont pas susceptibles d'opposition; au contraire les arrêts rendus en cas d'appel d'ordonnance de référés, sont susceptibles d'opposition; c'est une interprétation très étroite du texte il est bien évident que le législateur a entendu supprimer l'opposition en matière de référé, vu l'urgence. Telle n'est pas cependant la solution admise par la Cour de Cassation.

Opposition
sur opposition
ne vaut "

On verra en outre que, lorsqu'un jugement a été rendu sur opposition, ce jugement n'est plus désormais susceptible d'opposition; c'est la règle : Opposition sur opposition ne vaut ".

Conditions
dans lesquelles
on doit
faire opposi-
tion.

On retrouve en matière d'opposition un nouvel intérêt à la distinction des jugements par défaut faute de comparaître et des jugements par défaut faute de conclure. Plaçons-nous d'abord devant les tribunaux de première instance et les Cours d'Appel.

L'opposition
en cas de dé-
faut faute de
conclure doit
être faite par
acte d'avoué
à avoué dans
un certain
délai.

S'il s'agit du défaut faute de conclure, il n'y a qu'une seule manière de faire opposition; elle est simple et doit être observée dans un certain délai; l'art. 160 dit que lorsque le jugement aura été rendu contre une des parties ayant un avoué, c'est-à-dire faute de conclure, l'opposition ne sera recevable qu'autant qu'elle aura été faite par acte d'avoué à avoué. Puisqu'il n'y a que défaut faute de conclure, l'opposant aura constitué avoué et cet avoué devra faire connaître par un acte à son confrère qu'il fait opposition au nom de son client.

Cet acte, dit l'art. 160 doit contenir les moyens d'opposition; une opposition qui ne serait pas faite dans cette forme n'arrêterait pas les poursuites, dit l'art. 161. De plus, cette opposition doit être faite dans un certain délai.

Pour le jugement par défaut, faute de comparaître,

Il y a plusieurs moyens de faire opposition à un jugement pour défaut faute de comparaître. La loi se montre plus libérale et ouvre au défaillant plusieurs moyens; il y a d'abord des moyens rapides et provisoires, ce sont d'ailleurs les seuls que prévoit le Code. Il y a deux moyens rapides et provisoires de faire l'opposition. Le premier, c'est de la part de l'opposant, signifier un acte extra-judiciaire à celui qui a obtenu le jugement, acte d'huissier par lequel l'opposant défaillant fait connaître à son adversaire qu'il fait opposition au jugement. Autre moyen rapide prévu par l'art. 162, moyen d'urgence, c'est la simple déclaration à l'huissier sur les commandements procès-verbaux de saisie ou tout autre acte d'exécution. Ici, il faut supposer qu'un huissier se présente muni de l'expédition de ce jugement, qu'il fasse un commandement ou commence une procédure d'exécution, une saisie; sur la simple déclaration d'opposition faite par le défaillant à l'huissier, celui-ci devra s'arrêter. Mais ces deux mesures, l'acte extra-judiciaire, la déclaration à l'huissier, n'ont qu'un effet provisoire. Il faut qu'elles soient complétées dans un certain délai, par une opposition régulière; la loi exige, art. 162, que l'opposition soit réitérée avec constitution d'avoué et par requête dans la huitaine; requête qui sera signifiée à l'avoué de l'autre partie, faute de quoi l'opposition serait irrecevable.

On peut faire opposition par acte d'ajournement avec constitution d'avoué et assignation devant le tribunal. Quoique ce soient les seules manières de faire opposition prévues par le Code de procédure, il est certain que l'opposant pourrait faire opposition en employant les modes normaux et en particulier l'assignation. Tout le monde est d'accord sur ce point que l'opposition pourrait avoir lieu par voie d'ajournement avec constitution d'avoué et assignation par le défaillant, à la partie qui a obtenu le jugement, de se présenter devant le tribunal à tel jour pour entendre statuer sur son opposition; tout le monde est d'accord sur ce point.

Après la jurisprudence, on douteux, mais la pratique l'a ratifié) que l'opposition pourrait être faite tout simplement par simple acte d'avoué à avoué; en un mot, le défaillant constitue avoué et cet avoué signifie alors à son confrère sa constitution avec les moyens à l'appui. Voir Cassation du 11 Juillet 1878.

Devant les tribunaux de commerce, le défaillant ne dispose pas de moyens aussi nombreux et cela se comprend très bien puisque devant le tribunal de commerce, il n'y a pas d'avoué. Par conséquent, qu'il s'agisse de défaut faute de comparaître, ou de défaut, faute de conclusion ou par défaut, on fera opposition de la même manière et l'opposant n'a à sa disposition que deux moyens : l'assignation à l'huissier, celui qui a obtenu le jugement ou bien la déclaration

faite à l'huissier lors de l'exécution, art. 438 du Code de procédure, à la charge pour l'opposant de réitérer cette opposition, dans les trois jours, par un exploit d'assignation.

Devant le juge de paix l'opposition se fait par voie de citation.

Enfin, devant le juge de paix, il n'y a qu'une seule manière de faire opposition, c'est de citer la partie qui a obtenu le jugement; il n'y a pas lieu d'assigner la partie à l'huissier; en effet, on admet, en général, que les jugements par défaut des juges de paix, ne peuvent être excusés tant qu'ils sont susceptibles d'opposition.

Délai de l'opposition.

Huit jours pour les jugements faute de conclure.

Dans quel délai doit être formée l'opposition; c'est un nouvel intérêt, plus important celui-là que la loi apporte à la distinction entre les jugements par défaut faute de comparaître, et les jugements par défaut, faute de conclure. La loi a admis, sur ce point, une distinction critiquable. S'il s'agit du jugement par défaut, faute de conclure, le délai est de huitaine; l'opposition doit être faite dans la huitaine, à compter du jour de la signification du jugement à avoué. L'art. 15 dit que si le jugement est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huit jours, à compter de la signification à cet avoué. L'avoué du défaillant a reçu signification du jugement; il est nécessaire que l'opposition soit faite dans la huitaine de cette signification; ici, le défaillant connaît le procès qui lui est fait. Ce délai de huit jours n'est pas franc, il faudra faire opposition le dernier jour du délai.

Pour les jugements par défautment est par défaut, faute de comparaître; la loi se motive encore ici très protectrice des intérêts de la partie défaillante, toujours sur le fondement de cette présomption est recevable que la partie défaillante n'a connu ni le procès, ni le jugement; aussi la loi permet-elle au défaillant de faire opposition jusqu'à l'exécution du jugement ou jusqu'à certains actes tenant lieu d'exécution; disposition très critiquable et qui entraîne des difficultés et bien des complexités. Il est assez curieux de constater que, sur ce point, les rédacteurs du Code de procédure ont fait œuvre réactionnaire par rapport à l'ordonnance de 1667. D'après cette ordonnance, l'opposition devait toujours être faite dans les huit jours de la signification qu'il s'agisse d'un défaut faute de comparaître ou d'un défaut faute de conclure. Très sagement, l'ordonnance de 1667 enfermait l'opposition dans un certain délai, comme généralement toutes les voies de recours, mais le Code de procédure déclare l'opposition recevable jusqu'à certains actes d'exécution, toujours dans l'idée que le défaillant

Mais, il n'en est plus de même lorsque le jugement par défautment est par défaut, faute de comparaître; la loi se motive encore ici très protectrice des intérêts de la partie défaillante, toujours sur le fondement de cette présomption est recevable que la partie défaillante n'a connu ni le procès, ni le jugement; aussi la loi permet-elle au défaillant de faire opposition jusqu'à l'exécution du jugement ou jusqu'à certains actes tenant lieu d'exécution; disposition très critiquable et qui entraîne des difficultés et bien des complexités. Il est assez curieux de constater que, sur ce point, les rédacteurs du Code de procédure ont fait œuvre réactionnaire par rapport à l'ordonnance de 1667. D'après cette ordonnance, l'opposition devait toujours être faite dans les huit jours de la signification qu'il s'agisse d'un défaut faute de comparaître ou d'un défaut faute de conclure. Très sagement, l'ordonnance de 1667 enfermait l'opposition dans un certain délai, comme généralement toutes les voies de recours, mais le Code de procédure déclare l'opposition recevable jusqu'à certains actes d'exécution, toujours dans l'idée que le défaillant

n'a pas connu le procès; cependant la signification du jugement a été faite par un huissier commis.

Puisque l'opposition est recevable jusqu'à exécution, il importe de savoir quand le jugement sera considéré comme exécuté. Cela soulève toutes sortes de difficultés.

Quand l'opposition cessera-t-elle d'être recevable ? Un point certain, art. 158, c'est que l'opposition cessera d'être recevable lorsque l'exécution sera consommée; du moment que le jugement est complètement exécuté, l'opposition est irrecevable, que le défaillant ait ou non connu cette exécution. Mais la loi admet, dans certains cas, que l'opposition cesse d'être recevable avant que l'exécution soit consommée. L'art. 159 dit que l'opposition cessera d'être recevable lorsqu'il y aura quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution a été connue du défaillant. Il suffit d'un simple commencement d'exécution duquel il résulte que le défaillant est au courant du jugement que l'on a commencé d'exécuter contre lui.

Ici, il n'est pas nécessaire que l'exécution soit consommée; la loi présume que le défaillant ignore le jugement rendu contre lui, mais, du moment qu'un acte du défaillant démontre qu'il a eu connaissance du jugement et qu'il n'a pas fait opposition, il est considéré comme ayant renoncé à l'opposition. Par exemple, le défaillant était présent au moment où l'huissier a fait la saisie exécution et il a été constitué gardien des meubles saisis. S'il a accepté d'être gardien des meubles, c'est qu'il connaît la mesure d'exécution dont il est l'objet et s'il a accepté d'être gardien de la saisie sans faire d'opposition, c'est qu'il a renoncé à faire opposition, donc l'opposition ne sera plus recevable.

Ou bien encore, le défaillant a reçu la signification d'un commandement ou il a été l'objet d'une saisie et il a introduit un référé pour faire cesser les poursuites, sans faire opposition; on peut penser qu'il a renoncé à l'opposition et celle-ci n'est plus recevable.

Mais la loi admet encore une troisième catégorie d'actes qui prouvent, en vertu d'une présomption irréfragable, que l'exécution est connue du défaillant. Il est admis que lorsque la procédure d'exécution est arrivée à un certain stade, elle est réputée connue du défaillant. Ceci résulte de l'art. 159 : le jugement est réputé exécuté lorsque les meubles saisis ont été vendus. La loi ne se contente pas d'un simple procès-verbal de saisie, il faut que les meubles saisis aient été vendus. Le défaillant ne peut pas soutenir qu'il ignorait la vente.

D'autre part, le jugement est réputé exécuté,

lorsque le condamné a été emprisonné. Il s'agit de la contrainte par corps. Et aussi, lorsque la saisie d'un ou plusieurs de ses immeubles lui a été notifiée. Il y a une différence sur ce point, entre la saisie immobilière et la saisie mobilière; dans la saisie mobilière, l'exécution n'est réputée connue du défaillant que lorsque les meubles ont été vendus. Pour la saisie immobilière, au contraire, il suffit, pour que le jugement soit réputé connu du défaillant, que la saisie de l'immeuble lui ait été notifiée. La raison de cette différence est que la saisie immobilière est précédée de certaines formalités importantes qui ont dû porter l'exécution à la connaissance du défaillant.

Tout cela est compliqué, et dans la pratique, il arrive fréquemment que le défaillant qui a été l'objet d'un commencement d'exécution, soutienne que l'opposition est encore recevable, tandis que son adversaire dira qu'il est forclos. La question se pose notamment dans le cas d'un procès-verbal de carence; il est très fréquent que l'huissier, se présentant au domicile du défendeur, ne trouve rien à saisir, c'est-à-dire que le mobilier n'est pas saisissable. En pareil cas, l'huissier dresse un procès-verbal de carence; on s'est demandé si le procès-verbal de carence constituait un commencement d'exécution suffisant pour priver le défaillant du droit de faire opposition. La jurisprudence paraît faire une distinction : si le procès-verbal de carence a été dressé en présence de la partie défaillante il est donc connu d'elle et l'opposition n'est plus recevable. Mais si le procès-verbal de carence a été dressé en l'absence de cette partie défaillante, il ne suffit pas à empêcher l'opposition.

Tout cela soulève en pratique, bien des difficultés qui seraient certainement supprimées si l'on revenait au régime de l'ordonnance de 1667 et si l'on admettait en cas de défaut faute de comparaître, que l'opposition devrît être faite dans un certain délai, à dater de la signification à partie; ce serait la solution raisonnable.

Difficulté

dans le cas d'impasse: c'est lorsque le jugement, faute de comparaître, doit être exécuté par un tiers, auquel le jugement ne peut faire grief. On sait que le jugement n'a d'effet qu'entre ceux qui ont été partie, mais il peut arriver qu'un jugement doive être exécuté par un tiers désintéressé qui, par ses fonctions est appelé à exécuter le jugement; c'est le cas de la Caisse des Dépôts et Consignations ou du Trésorier-Payeur Général auxquels un jugement ordonne de verser des fonds entre les mains d'une personne; c'est le cas du Conservateur des Hypothèques, auquel un jugement ordonne de radier une inscription, c'est le cas du Maire auquel

Il est un cas où le régime aboutit à un véritable

jugement ordonne de rectifier un acte de l'état-civil ou de célébrer le mariage. Lorsqu'un jugement doit être exécuté par un tiers, c'est un principe posé par le Code de procédure, dans ses art. 164 et 548, que ce jugement ne peut être exécuté que sur production du certificat de l'avoué constatant la date de la signification et d'un certificat du greffier constatant qu'il n'y a pas de voies de recours exercées; en un mot, les tiers sont obligés d'exécuter les jugements que lorsqu'il n'y a pas de voies de recours ordinaires exercées, et qu'il est certain que, les délais de voies de recours étant expirés, il n'y aura pas de voies de recours ordinaires contre le jugement. donc le tiers peut refuser d'exécuter le jugement tant que l'opposition est recevable. En matière de jugement par défaut, faute de comparaître, la difficulté résulte de ce que l'opposition n'est pas enfermée dans un délai mais est recevable jusqu'à l'exécution. Si le tiers ne peut pas exécuter tant que l'opposition est ouverte, et si l'opposition est ouverte, tant que le jugement n'est pas exécuté, on se trouve dans une situation absurde par suite de cette disposition critiquable qui ouvre l'opposition jusqu'à exécution;

Il est cependant un moyen de se tirer d'affaire, lorsque le jugement a prononcé une condamnation qui ne doit pas être exécutée par le tiers, notamment la condamnation aux dépens; par exemple, si le défaillant a été condamné aux dépens, un moyen très simple de le priver du droit d'opposition, c'est d'exécuter, contre lui, la condamnation aux dépens; ou bien il fera opposition, ou bien il se laissera exécuter sans faire opposition et alors l'opposition ne sera plus recevable.

Mais, s'il n'y a pas de condamnation qui puisse être exécutée contre le défaillant, on s'en tirera par des expédients. En pratique, on sera obligé d'obtenir un nouveau jugement, autorisant le tiers à exécuter, en un mot, il faudra assigner de nouveau le défaillant, pour pouvoir dire que le tiers est autorisé à exécuter le jugement; on signifiera ce jugement au défaillant en lui notifiant que l'exécution aura lieu à tel jour et qu'une fois l'exécution effectuée, il ne pourra plus faire d'opposition; encore faut-il que le tiers se prête à tout cela; en réalité, on aboutit à une impasse par suite de cette conception absurde qui présume jusqu'au bout que le défaillant ignore le procès qui lui a été fait et le jugement qui a été rendu.

Déroptions
au principe
que l'opposi
tion est
recevable

Le principe que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution, lorsqu'il s'agit d'un défaut, faute de comparaître, reçoit heureusement un certain nombre de dérogations. Tout d'abord en ce qui concerne les sentences du Juge de paix. L'art. 20 dit, en ce qui concerne les just

jusqu'à l'exécution.

de paix, que la partie condamnée par défaut, pourra former opposition dans les trois jours de la signification faite par l'huissier du juge de paix ou autre qu'il aura commis; par conséquent, l'opposition n'est ici recevable que dans les trois jours de la signification.

Il y a une disposition excellente dans le Code de procédure, en ce qui concerne les juges de paix. L'art 21 dit que si le juge de paix sait par lui-même ou par les proches ou les voisins du défaillant que celui-ci n'est pas au courant du procès qui lui est fait, il pourra en jugeant par défaut, fixer, pour le délai d'opposition le délai qui lui paraîtra convenable. Et même si personne ne s'est présenté à l'audience pour excuser le défaillant devant le juge de paix et dans le cas où la prorogation n'aura pas été prononcée d'office, l'art. 21 nous dit que le défaillant pourra être relevé du délai d'opposition en justifiant qu'en raison d'une maladie grave ou d'une absence, il a ignoré le procès qui lui a été fait; le juge de paix pourra déclarer qu'il n'est pas forclos du droit de faire opposition; c'est une disposition humaine que l'on devrait généraliser. Ces dispositions spéciales au juge de paix s'appliquent également au Conseil de prud'homme livre 4, du Code du travail, art. 74.

Même lorsqu'il s'agit du tribunal de première instance, il est des cas où l'opposition au jugement par défaut faite de comparaître, doit être formée dans un certain délai; il en est ainsi: en cas de jugement de divorce par défaut, faite de comparaître, en matière d'accidents du travail. Enfin, le délai d'opposition est limité à deux mois, même s'il s'agit du défaut faite de comparaître, lorsque le défaillant est domicilié hors de la France continentale (art. 156).

Pour cela deux conditions sont requises :

1°- Il faut que le jugement ait été signifié dans les trois mois de son obtention, et 2°- que, dans l'assignation et dans la signification du jugement, on ait déclaré expressément qu'on entendait se prévaloir des dispositions contenues dans le texte. Dans ce cas, le défaillant devra faire opposition dans les deux mois de la signification du jugement.

Les effets de l'opposition.

L'opposition produit deux effets :

1°- elle suspend l'exécution du jugement par défaut.

2°- elle fait revenir l'affaire devant la juridiction qui a rendu la décision par défaut.

L'effet dévolutif de l'appel.

L'opposition a, comme l'appel, un effet suspensif. Les actes d'exécution qui auraient lieu après l'opposition seraient nuls.

L'exécution provisoire.

Toutefois, l'art. 155 du Code de procédure permet au tribunal d'ordonner l'exécution provisoire d'un jugement, malgré l'opposition, par dérogation à l'effet suspensif. L'art. 155 prévoit deux sortes d'exécution provisoire; le tribunal peut ordonner l'une et l'autre ou, seulement l'une ou l'autre. La première, est celle prévue par l'art. 155 qui autorise le tribunal, en cas d'urgence et sur la demande qui lui est faite, à ordonner l'exécution provisoire dans la huitaine de la signification du jugement, vu l'urgence; cette exécution ne peut être ordonnée que dans les cas prévus par l'art. 135.

La seconde forme d'exécution provisoire, c'est l'exécution provisoire, nonobstant opposition : "pourront aussi les jugements dans le cas où il y aurait péril dans la demeure, autoriser l'exécution, nonobstant l'opposition, avec ou sans caution.

L'exécution provisoire no nobs- Le tribunal peut donc rendre le jugement exécutoire malgré l'opposition dont il pourrait être frappé tant opposition

1°- L'exécution provisoire doit être demandée, le tribunal ne peut pas l'ordonner d'office.

2°- L'exécution provisoire doit être ordonnée par le jugement par défaut, et le tribunal n'est jamais obligé de l'ordonner, en tous cas, il ne peut l'ordonner dit la loi, qu'en cas de péril en la demeure. D'autre part, lorsque le tribunal ordonne l'exécution provisoire il peut l'ordonner avec ou sans caution; la caution est destinée à couvrir les dommages-intérêts, auxquels pourrait être condamné l'exécutant si, après l'opposition, le jugement venait à être réformé.

L'exécution provisoire nonobstant opposition semble possible devant les tribunaux de commerce. Les règles précédentes s'appliquent certainement aux tribunaux de première instance, mais on discute sur le point de savoir si les jugements par défaut des tribunaux de commerce sont susceptibles d'exécution provisoire nonobstant l'opposition. Il semble que les tribunaux de commerce ont toujours le droit comme les tribunaux de première instance, d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, mais enfin cette faculté leur est contestée parce qu'elle ne résulte pas d'un texte et certains auteurs considèrent que les jugements par défaut des tribunaux de commerce ne sont jamais exécutoires par provision; on en donne cette raison que devant les tribunaux de commerce l'opposition est très rapidement jugée et qu'il n'y a pas d'inconvénient pour celui qui a obtenu le jugement à se voir opposer la suspension résultant de l'opposition.

La remise en question du jugement.

L'opposition produit un second effet, qui est de remettre le jugement en question et de faire revenir l'affaire, devant le tribunal, comme si elle se présentait

devant lui pour la première fois. En un mot, on va faire abstraction du jugement par défaut, et l'affaire revien dra devant le tribunal, comme si il n'y avait jamais eu de jugement rendu. Il résulte de là que, dans l'instance qui va s'ouvrir sur opposition, chacune des parties conservera le rôle qu'elle avait dans la première instance: le demandeur restera demandeur, le défendeur restera défendeur; c'est une différence avec l'appel où le défendeur, condamné en première instance, devient demandeur en appel; ici, au contraire, on fait abstraction du jugement, le demandeur reste demandeur et le défendeur reste défendeur. Il résulte encore de ce second effet que le demandeur pourra modifier ses conclusions que le tribunal pourra ordonner une mesure d'instruction qu'il n'avait pas ordonnée dans le jugement par défaut; il va entendre le défendeur et sera peut-être ensuite amené à ordonner une mesure d'instruction.

Interprétation
(ancienne) de
la Cour de Cas-
sation du second
effet de l'op-
position.

Mais on rencontre ici une difficulté, pendant longtemps, la Cour de Cassation interprétait ce second effet de l'opposition en décidant que, par l'opposition le second jugement par défaut était complètement anéanti. Cette solution n'était pas exacte. Lorsqu'il s'agit de l'appel personne n'admet que cet appel suffise à anéantir le jugement. Pourquoi en décider autrement lorsqu'il s'agit de l'opposition par défaut ?

L'opposition
suspend le ju-
gement par dé-
faut et rou-
vre l'instan-
ce.

Ce qu'il faut dire c'est que l'opposition suspend le jugement par défaut et rouvre l'instance, dans la mesure où un débat contradictoire se trouve désormais substitué à l'état de choses antérieur qui était caractérisé par l'absence de contradiction; l'opposition va substituer un débat contradictoire à un débat qui, jusque là avait été unilatéral; ainsi s'explique que l'instance soit rouverte, que les parties conservent les mêmes rôles, ou encore que celui qui avait la capacité de plaider, dans l'instance par défaut conserve la capacité de plaider, dans l'instance contradictoire; mais cela ne signifie nullement que l'opposition fasse disparaître le jugement par défaut; ce jugement ne tombera que s'il est rétracté s'il est confirmé, il continuera à produire ses effets, il vaudra titre et la meilleure preuve, d'ailleurs, que l'opposition ne suffit pas, par elle-même à anéantir le jugement par défaut, c'est que la loi déclare, dans certains cas, que le jugement pourra être exécuté par provision. Donc, l'opposition, pas plus que l'appel, n'anéantit le jugement par défaut; elle en suspend les effets, elle rouvre un nouveau débat.

Intérêt de
cette question.

La question présente un grand intérêt pratique; si l'on admet, comme l'admettait la Cour de Cassation jusqu'à ces dernières années, que l'opposition anéantit

le jugement par défaut, les actes d'exécution qui avaient été faits auparavant tombaient nécessairement, ils étaient sans valeur, puisqu'ils avaient été faits en vertu d'un jugement anéanti et cela, quand bien même le jugement aurait été ensuite confirmé. D'autre part, si l'on admettait avec la Cour de Cassation que le jugement par défaut était anéanti par l'opposition il fallait décider que l'inscription d'hypothèque judiciaire prise en vertu d'un jugement par défaut cessait de produire ses effets par cela même qu'il y avait opposition quand bien même, par la suite, le jugement aurait été confirmé. Dans ce cas, il fallait prendre une nouvelle inscription qui n'avait eu d'effet qu'à sa date. Si, au contraire, on n'admet pas qu'un jugement par défaut soit anéanti par l'opposition, les actes d'exécution, faits avant l'opposition ou encore l'inscription d'hypothèque judiciaire, par exemple, seront valables, du moment que le jugement sera ensuite confirmé par le tribunal; l'inscription aura effet à sa date, puisqu'en somme le jugement par défaut renaît à ce moment là, il retrouve toute sa force.

La Cour de Cassation a fini par se rallier à cette doctrine; il y a là un véritable revirement de jurisprudence. La Cour de Cassation, par trois arrêts successifs du 21 Juillet 1919, Décembre 1922, et 1er Août 1924 décide que le jugement par défaut, bien qu'attaqué par l'opposition, constitue un titre qui sera confirmé par le rejet de l'opposition; par l'arrêt du 1er Août 1924, la Cour de Cassation décide même très nettement que le jugement par défaut n'est pas anéanti par l'opposition. (D. hebdomadaire, page 537).

Le jugement de
l'opposition.

Lorsque l'opposition est faite, le tribunal va statuer; de deux choses l'une, le tribunal confirmera le jugement par défaut ou il l'infirmera; de toutes manières le jugement qui interviendra ne sera plus susceptible d'opposition de la part du défaillant, même si celui-ci fait encore défaut dans la seconde instance.

Opposition
sur opposition
ne vaut.

Par exemple, le défendeur a été condamné par défaut, puis il a fait opposition et il fait encore défaut dans l'instance sur opposition; l'art. 165 décide que l'opposition ne pourra jamais être reçue contre un jugement qui aurait débouté d'une première opposition. L'art. 22 dit la même chose pour les jugements rendus par le juge de paix; mais il faut bien s'entendre sur la portée de la règle; ce que signifie la loi, c'est qu'une même partie ne peut faire opposition deux fois sur le même chef de la demande.

Supposons que le défendeur ayant fait opposition, le demandeur à son tour fasse défaut dans l'instance sur opposition; le tribunal rend son jugement mais le deman-

deur.

ne sera pas privé du droit de faire opposition. Supposons encore que dans l'instance sur opposition, le demandeur ait formé une nouvelle demande; si le défendeur fait encore défaut, le défendeur ne pourra pas faire opposition sur le chef de la demande qui avait été présenté la première fois, mais sur le second chef de la demande qui n'a été présenté par le demandeur que dans l'instance sur opposition, le défendeur pourra encore faire opposition puisque sur ce chef, il n'y a pas encore eu d'opposition.

LES VOIES DE RECOURS.

Définition.

Les voies de recours sont des moyens par lesquels les plaideurs, et même dans certains cas, des tiers attaquent un jugement ou un arrêt qui leur fait grief, dans le but d'obtenir une solution qui leur soit plus favorable.

Irrégularités de fond.

Un jugement ou arrêt peut être entaché de deux sortes d'irrégularités, de deux sortes d'erreurs. L'irrégularité peut tenir d'abord à la décision elle-même qui a été mal rendue : il y a eu violation ou fausse application de la loi, ou erreur d'appréciation dans les faits, erreur dans le jugement qu'on appelle quelquefois erreur "in judicando"; Le juge s'est trompé, il a commis une erreur de fait, ou une erreur de droit ou du moins on lui impute ces erreurs.

Irrégularités de forme.

Le jugement peut être encore entaché d'une irrégularité tenant soit à l'incompétence du tribunal, soit à l'incapacité de l'une des parties, soit à l'omission d'une forme substantielle dans la procédure, ou dans la prononciation ou dans la prononciation ou dans la rédaction du jugement; ici, il n'y a plus mal jugé, mais erreur de forme ou erreur dans la procédure; c'est ce que l'on appelle l'erreur "in procedendo" par opposition à l'erreur "in judicando".

Les voies de recours contre les jugements.

Qu'il y ait erreur "in judicando" ou erreur "in procedendo" c'est un grand principe, en Droit français, que les jugements ne peuvent être attaqués par les voies de nullité ouvertes contre les autres actes juridiques; un jugement peut être nul parce que le tribunal était incompétent, ou parce qu'une partie était incapable ou parce qu'il y a eu erreur dans la procédure, omission ou faute substantielle, il ne pourra être attaqué que par une voie de recours admise par la loi.

La loi énumère limitativement les voies de recours ouvertes contre les jugements. Ces voies de recours sont l'opposition, l'appel, la requête civile, la tierce opposition.

la prise à partie et le recours en cassation. A cette liste, il faudrait d'ailleurs ajouter le désaveu qui, dans une certaine mesure, joue le rôle de voie de recours.

la prise à partie.

La prise à partie ne constitue qu'incidemment une voie de recours, c'est l'action dirigée contre le juge ou un tribunal pour obtenir la réparation du préjudice que le tribunal a causé à raison de certains faits dolosifs dont il s'est rendu coupable. Seulement, la prise à partie peut aboutir à la réformation du jugement rendu par le tribunal.

1ère division des voies de recours.

On divise les voies de recours de différentes manières; d'abord parmi les voies de recours, il en est une qui est exclusivement à la disposition des tiers : c'est la tierce opposition qui n'est ouverte qu'aux tiers, tandis que les autres voies de recours sont ouvertes exclusivement à ceux qui sont été parties aux jugements.

2°- Les voies de rétractation et les voies de réformation.

Une autre distinction des voies de recours, c'est la distinction des voies de rétractation et des voies de réformations. La rétractation ramène l'affaire devant les mêmes juges auxquels on demande de l'examiner de nouveau; les voies de rétractation sont : la requête civile et, l'opposition. Les voies de réformation, au contraire, saisissent de la procédure une juridiction supérieure; les voies de réformation sont l'appel et la prise à partie.

La tierce opposition est tantôt une voie de réformation, tantôt une voie de rétractation.

Le recours de cassation ne peut pas figurer dans cette classification, puisqu'il n'est ni une voie de rétractation, ni une voie de réformation, en effet, la Cour ne statue pas elle-même sur l'affaire, elle renvoie devant une autre juridiction égale à celle qui a rendu jugement cassé.

3°- Les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires.

Une autre distinction des voies de recours est celle des voies de recours ordinaires et des voies de recours extraordinaires. Cette distinction est faite par la loi et non par le Code. En effet, dans la première partie du Code de procédure, le livre 4 est intitulé : voies extraordinaires pour attaquer les jugements et, dans ce livre 4, le Code s'occupe de la tierce opposition, de la requête civile et de la prise à partie; Le Code de procédure ne s'occupe pas du recours en cassation qui est, lui aussi, une voie de recours extraordinaire pour des raisons qui ne s'expliquent guère que par des raisons de tradition. Dans le Code de procédure, il n'est qu'un seul texte, l'art. 504 qui indique une des causes d'ouverture de recours en cassation et c'est une de celles qui sont le moins fréquemment invoquées en pratique: la contrariété de juge.

en dernier ressort, rendus par des tribunaux différents. La raison de cette omission du Code de procédure pour le pourvoi en cassation, c'est que l'ordonnance de 1667 ne s'en occupait pas et que les rédacteurs du Code de procédure se sont attachés avant tout à reproduire l'ordonnance de 1667.

Les voies de
recours ordinai-
res.

Les voies de recours ordinaires sont au nombre de deux: l'opposition et l'appel. Les deux catégories de voies de recours se distinguent en ce que les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes que dans des cas limitativement déterminées par la loi, tandis que les voies de recours ordinaires sont admises sans aucune limitation de cas d'ouverture; du moment qu'un jugement est susceptible d'appel, on peut faire appel sans aucune limitation de cas d'ouverture, tandis qu'on ne peut pas se pourvoir en cassation, on ne peut pas intenter la requête civile, sans invoquer une des causes d'ouverture limitativement déterminées par la loi. D'autre part, il résulte de cette différence que, dans les voies de recours ordinaires, le juge est saisi du procès tout entier dans les mêmes conditions que l'ont été les juges de première instance, tandis que lorsqu'il s'agit d'une voie de recours extraordinaire, le pouvoir du juge, appelé à statuer sur cette voie, est limité par la question soulevée par la voie de recours, pourvoi ou requête civile; le juge ne peut examiner que le moyen qui lui est présenté. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'appel ou d'opposition, le juge peut juger le procès tout entier, comme l'a fait le juge de première instance.

Intérêt de la
distinction
des voies de
recours.

Il y a des intérêts à la distinction des voies de recours ordinaires et des voies de recours extraordinaires; les voies de recours ordinaires sont en principe suspensives, c'est-à-dire qu'elle arrêtent l'exécution du jugement, à moins que le tribunal n'ait ordonné l'exécution provisoire, dans le cas où cela est possible; les voies de recours extraordinaires, en principe, ne sont pas suspensives de l'exécution du jugement, quand un jugement a été frappé d'une requête civile ou d'un recours en cassation, on peut encore l'exécuter.

D'autre part, il est admis, dans notre Droit, que les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes contre une décision qu'autant que les voies de recours ordinaires ne le sont pas ou ne le sont plus; en un mot, on ne peut se pourvoir en cassation que contre des décisions rendues en dernier ressort.

Les voies de recours constituent une atteinte aux effets généraux que la loi attache aux jugements et aux arrêts.

Les effets que la loi attache à un jugement ou

Effet que la loi à un arrêt sont au nombre de trois principaux :

- attache à un jugement ou à un arrêt.
- 1°- le jugement ou l'arrêt dessaisit le juge qui l'a rendu.
 - 2°- le jugement est investi de la force exécutoire.
 - 3°- Le jugement emporte l'autorité de la chose jugée.

Effet des voies de recours sur le dessaisissement.

Les voies de recours vont porter atteinte, dans une certaine mesure, aux effets que comporte tout jugement ou arrêt. Prenons d'abord le dessaisissement; l'un des effets essentiels qu'emporte le jugement, c'est qu'il dessaisit le juge qui l'a rendu, c'est-à-dire que le tribunal ne peut plus revenir sur sa décision, soit d'office, soit même à la demande des parties qui seraient d'accord, le tribunal n'a plus le droit d'en connaître. Si l'une des parties le lui demande, il peut rectifier une erreur matérielle, telle qu'une erreur de calcul, ou interpréter son jugement, si le dispositif est obscur, mais à la condition, bien entendu que, sous couleur de rectifier ou d'interpréter, il ne modifie pas son jugement. Certaines voies de recours, les voies de rétractation, constituent une dérogation au principe du dessaisissement, puisqu'elles ont pour effet d'appeler le juge à connaître de nouveau de l'affaire.

Effet des voies de recours sur la force exécutoire des jugements.

Les voies de recours apportent aussi, dans une très large mesure, une dérogation au principe que les jugements sont investis de la force exécutoire; les jugements peuvent être exécutés avec le concours de la force publique, lorsqu'une partie a obtenu un jugement, elle peut procéder contre la partie condamnée à des mesures d'exécution forcée et elle peut demander à la force publique en cas de résistance, à la police, à la gendarmerie et même à la force armée de lui prêter main forte; tout cela est dit dans la formule exécutoire insérée dans la grosse du jugement; or, l'exercice des voies de recours porte, dans une certaine mesure, atteinte à la force exécutoire des jugements; en effet, lorsqu'un jugement est frappé d'une voie de recours ordinaire, la force exécutoire est suspendue; un jugement frappé d'opposition ou d'appel ne peut plus être exécuté, sauf dans les cas où la loi autorise le juge à ordonner l'exécution provisoire, nonobstant opposition ou appel et sauf encore les cas où la loi déclare d'office un jugement exécutoire, nonobstant opposition ou appel.

Enfin, les voies de recours portent atteinte, dans une certaine mesure, à l'autorité de la chose jugée. Tout jugement emporte autorité de la chose jugée entre les parties et sur l'objet de la demande: mais la chose jugée n'acquiert pas toujours immédiatement l'autorité définitive.

et cela précisément à cause de l'exercice possible des voies de recours, puisque la chose jugée peut être remise en question. L'autorité de la chose jugée aura un caractère plus ou moins définitif, selon que la décision sera ou non susceptible d'être attaquée par les voies de recours; lorsqu'un jugement n'est plus susceptible d'être attaqué par les voies de recours, on dit qu'il est irrévocable et ici la présomption de vérité qu'il emporte devient irréfragable, présomption absolue résultant de l'autorité de la chose jugée; mais entre le moment où la décision est rendue et celui où elle devient irrévocable, il existe une période pendant laquelle le jugement n'a en somme qu'une autorité provisoire, susceptible d'être remise en question par l'exercice d'une voie de recours; c'est une période transitoire qui peut être plus ou moins longue, suivant les cas, mais qui est généralement assez brève étant donné que les voies de recours, si l'on met à part la tierce opposition qui peut être exercée pendant trente ans, doivent être exercées dans des délais assez brefs, les parties ayant la possibilité de faire courir ces délais en signifiant le jugement ou l'arrêt. Il y a là tout de même, une période transitoire où l'autorité de la chose jugée peut être remise en question. En France, on établit habituellement une distinction à ce point de vue, suivant que les jugements sont encore susceptibles d'une voie de recours ordinaire ou ne sont plus susceptibles que d'une voie de recours extraordinaire.

Le jugement a l'autorité de la chose jugée tant qu'il n'a pas été rétracté ou annulé.

Lorsqu'un jugement est encore susceptible d'une voie de recours ordinaire, l'opposition ou appel, son autorité est précaire, puisque, à tout instant, elle peut être remise en question, suspendue même par l'exercice de l'opposition ou de l'appel; il n'acquerra l'autorité de la chose jugée que du jour où il ne sera plus susceptible d'opposition ou d'appel, disent certains auteurs ou même certaines décisions. Cette opinion a été condamnée à juste titre par la Cour de Cassation qui nous dit qu'un jugement a l'autorité de la chose jugée dès qu'il a été rendu. Evidemment, cette autorité sera détruite ou tout au moins suspendue s'il y a opposition ou appel, mais tant que l'opposition ou l'appel n'a pas été interjeté, le jugement a l'autorité de la chose jugée et la Cour de Cassation en a conclu que tant qu'un jugement en premier ressort n'est pas attaqué par la voie de l'appel, celui contre qui la décision a été rendue n'est pas recevable à élever devant un autre tribunal une prétention contraire à ce qui a été jugé par le jugement qui est encore susceptible d'appel. Tant que la partie condamnée n'a pas fait appel, le jugement produit tous les effets de la chose jugée. Suivant la terminologie générale employée en France, la décision qui n'est

plus susceptible de voie de recours ordinaire est une décision passée en force de chose jugée, alors même qu'une voie de recours extraordinaire est encore possible; un jugement qui n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel ou qui, frappé d'opposition ou d'appel, a été confirmé est passé en force de chose jugée; mais, bien plus, le jugement ou l'arrêt conserve l'autorité de la chose jugée, alors même qu'il est frappé d'une voie de recours extraordinaire et tant que ce jugement n'a pas été rétracté ou annulé, la voie de recours extraordinaire dont il a été l'objet ne porte atteinte ni à l'autorité de la chose jugée, ni à la force exécutoire.

On a déjà étudié l'opposition à propos de la procédure par défaut, la prise à partie à propos de la responsabilité des magistrats, et le désaveu à propos des avoués. Il ne reste donc à étudier que les voies de recours suivantes : l'appel, la requête civile, le recours en cassation et la tierce opposition.

L'appel.

Définition.

L'appel est le recours par lequel la partie lésée par un jugement en premier ressort, porte le nouveau le procès ou certains points du procès devant la juridiction du second degré, à l'effet d'obtenir soit l'annulation, soit la réformation du jugement qui lui fait grief. On demande l'annulation du jugement, lorsqu'il est entaché d'un vice de forme, lorsqu'il y a erreur " in procedendo". On demande la réformation lorsqu'on soutient qu'il y a eu mal jugé, mauvaise appréciation des droits ou des faits, en un mot erreur " in judicando".

On a vu, en étudiant l'organisation judiciaire quelles sont les juridictions du second degré, qui sont appelées à statuer sur les appels des jugements des tribunaux de première instance, de commerce et des ordonnances des référés; ce sont les cours d'appel. Les tribunaux de première instance sont juges d'appel des décisions des justices de paix et des Conseils de prudhommes. On a vu également, en étudiant la compétence, quelles sont les décisions susceptibles d'appel, c'est-à-dire les décisions rendues en premier ressort. En étudiant la compétence des juridictions du second degré, on a vu aussi comment est fixé le taux du dernier ressort au-dessus duquel une affaire n'est jamais jugée qu'à charge d'appel : 1.500 frs en matière personnelle mobilière devant les tribunaux de première instance, 1.500 frs devant les tribunaux de commerce 1.500 frs pour la justice de paix.

On va donc supposer qu'on est en présence d'un jugement susceptible d'appel et on étudiera :

- 1°- Les conditions d'exercice du droit d'appel.
- 2°- Les effets de l'appel interjeté.
- 3°- l'instance en appel et le jugement ou l'arrêt d'appel.
- 4°- l'appel incident.

Les conditions
d'exercice du
droit d'appel

Les conditions d'exercice du droit d'appel comprennent des conditions de forme et des conditions de fond.

Conditions
de fond.

Pour être recevable à interjeter appel, il faut d'abord avoir été partie en première instance; en second lieu, il faut y avoir intérêt; en troisième lieu, avoir la capacité nécessaire et enfin n'avoir pas renoncé au droit d'interjeter appel. Telles sont les quatre conditions auxquelles est ouvert l'exercice du droit d'appel.

1°- Il faut avoir été partie en première instance.

1°- Il faut avoir été partie en première instance pour être recevable à faire appel. Toute personne qui a été partie en première instance peut interjeter appel, qu'elle ait été partie principale ou partie intervenante; tout intervenant peut interjeter appel comme toute partie principale. Il suffit d'ailleurs d'avoir été représenté en première instance, alors même qu'on n'aurait pas figuré personnellement à la procédure; un mineur, qui aurait été représenté par son tuteur en première instance et qui serait devenu majeur, pourrait certainement interjeter appel; de même les héritiers ou les successeurs, l'acquéreur de l'objet litigieux, à condition que son titre soit postérieur à l'objet du procès en première instance, car, en pareil cas, le jugement de première instance lui est opposable, il a donc le droit de faire appel; enfin, le créancier de la partie qui a perdu son procès en première instance, si cette partie se trouve négligente, peut exercer lui-même les droits de cette partie, à moins que le litige ne porte sur un droit exclusivement attaché à la personne. Mais, en dehors de ces cas, toute personne qui n'a pas été partie en première instance, n'est pas recevable à faire appel, alors même que le jugement lui porterait préjudice. Un tiers qui n'a pas été partie en première instance, ne peut pas faire appel, il ne peut faire que la tierce opposition au jugement, ou, à supposer que le jugement soit frappé d'appel, par une des parties, il peut intervenir devant la juridiction d'appel, avec cette réserve que l'art. 466 du Code de procédure n'autorise un tiers à intervenir en appel que s'il a le droit de former tierce opposition;

2°- Il faut y avoir intérêt.

La seconde condition pour pouvoir interjeter appel, c'est d'y avoir intérêt, par application de la règle; pas d'intérêt, pas d'action; l'intérêt consiste ici à mettre fin au préjudice que le jugement cause à l'appelant; on ne peut donc faire appel quand on a obtenu gain de cause, alors

même que les motifs du jugement seraient défavorables à l'appelant; il arrive quelquefois qu'un jugement donne gain de cause à une personne, en lui infligeant, dans ses motifs, une sorte de flétrissure morale; en pareil cas, celui qui a obtenu entièrement gain de cause, ne peut pas faire appel pour faire changer les motifs; c'est un principe en matière de voies de recours qu'on ne peut exercer de voies de recours que contre le dispositif du jugement parce que le seul dispositif est de nature à faire grief à la partie. La partie qui a perdu son procès partiellement peut, bien entendu, faire appel et, alors même que la partie a obtenu entièrement gain de cause, mais a été condamnée en totalité ou en partie aux dépens, elle peut faire appel du chef des dépens; il faut qu'il y ait un grief, mais quelque minime que soit ce grief, l'appel est recevable.

2°- Il faut a-

voir la capaci-
té nécessaire.

3°- Pour être recevable à interjeter appel, il faut avoir la capacité nécessaire. Cette capacité est la même que pour plaider en première instance, celui qui est incapable de plaider par lui-même ou sans autorisation, en première instance, ne peut pas davantage plaider en appel, à moins, bien entendu, qu'il ne soit devenu capable; c'est le cas du mineur devenu majeur. La question se pose de savoir si le tuteur, qui a été autorisé à plaider en première instance pour son pupille, a besoin d'une autorisation nouvelle pour plaider en appel, ou encore si la femme mariée, qui a été autorisée à plaider en première instance a besoin d'une autorisation nouvelle pour interjeter appel et, en tous cas, pour plaider sur l'appel. La question est controversée; l'opinion qui paraît la meilleure et qui a été consacrée par certains arrêts, fait une distinction; si l'incapable a gagné son procès en première instance et, par conséquent, est intimé sur l'appel, en un mot, si c'est contre l'incapable que l'appel est interjeté, l'incapable qui était habilité à plaider, en première instance, est habilité également à défendre sur l'appel; mais au contraire, l'incapable a perdu son procès en première instance, il lui faut une autorisation nouvelle pour plaider en appel.

L'appel ne
peut être in-
terjeté que
contre une
personne qui
a été partie
en première
instance.

Après s'être occupé de celui qui fait appel, il faut envisager celui contre qui l'appel est dirigé, celui qu'on appelle l'intimé. L'appel ne peut être dirigé que contre une personne qui a été partie, en première instance contre l'appelant; la Cour de Cassation a jugé qu'on ne peut intimer sur l'appel, une personne contre laquelle on n'a pas conclu devant la juridiction du premier degré, quand bien même cette partie aurait été partie au procès. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 31 Décembre 1919, (S.-I.- 401).

Difficulté dans
le cas de plura
lité des parties

Une difficulté se présente quand il y a pluralité de parties en première instance; plusieurs personnes ont plaidé en première instance; elles ont ensemble perdu ou gagné leur procès; pas de difficulté si l'appel est interjeté par toutes ou contre toutes ces personnes; mais que décider si l'on a interjeté valablement appel que contre l'une d'elles ou si l'appel n'a été interjeté valablement que par l'une d'elles? Le principe est que l'appel est individuel; il ne profite qu'à celui qui l'a interjeté; le jugement acquiert force de chose jugée vis-à-vis de ceux qui n'ont pas interjeté appel ou contre qui l'appel n'a pas été interjeté; mais l'on fait exception pour le cas de solidarité et d'indivisibilité. Cette matière soulève les plus grandes difficultés en pratique. Sauf controverses et sauf de nombreuses questions de détails, on admet généralement qu'en matière solidaire ou indivisible, l'appel interjeté par l'un des coobligés profite aux autres et qu'à l'inverse l'appel interjeté contre l'un des coobligés est opposable aux autres;

4°- Il ne faut
pas avoir renon
cé à la faculté
d'appel.

Enfin, pour pouvoir interjeter appel, il faut n'avoir pas renoncé à la faculté d'appeler. Les parties peuvent d'avance se mettre d'accord, pour renoncer à l'appel, pour proroger la compétence de la juridiction du premier degré qui alors statuera en dernier ressort; pareille convention est reconnue valable, à la condition qu'elle ait lieu entre parties capables de transiger et sur un objet susceptible de transaction. Par contre, sur les matières intéressant l'ordre public, l'état des personnes, la capacité, la filiation, le mariage, on ne pourrait pas se mettre d'accord pour renoncer au droit d'appel, car sur ces questions, la renonciation est impossible, mais lorsqu'il s'agit d'une matière susceptible de transaction, et lorsque les parties sont capables de transiger, la renonciation à l'appel supprime la faculté d'appel; si l'une des parties faisait appel, malgré la convention, cet appel devrait être rejeté à la demande de son adversaire.

L'acquiesce-
ment.

En second lieu, lorsqu'un jugement a été rendu en première instance, la partie condamnée a toujours le droit de renoncer à faire appel; il est pour elle un moyen bien simple de renoncer au droit d'appel, c'est de laisser expirer les délais d'appel, sans user du droit d'appel.

La partie perdante peut encore renoncer à l'appel en acquiesçant au jugement. L'acquiescement peut être exprès ou tacite; il est exprès lorsqu'il résulte d'une déclaration formelle de la partie perdante qui, dans un acte, déclare renoncer à l'appel du jugement. L'acquiescement est tacite lorsqu'il résulte de certains faits qui

impliquent une renonciation au droit d'appel, notamment l'exécution volontaire du jugement de première instance par la partie perdante. Lorsqu'on a perdu un procès en première instance, il faut faire très attention à ne pas accomplir un acte qui implique renonciation au droit d'appel et notamment un acte d'exécution volontaire. S'il s'agit d'un acte d'exécution forcée, dans le cas d'un jugement exécutoire par provision on ne renonce pas au droit d'appel parce qu'on exécute sous menace d'exécution forcée; au contraire, l'acquiescement résulte d'une exécution volontaire; en particulier, le paiement des frais implique toujours acquiescement au jugement, parce que le paiement des dépens n'est jamais susceptible d'exécution provisoire, il est toujours volontaire et implique acquiescement au jugement, renonciation au droit d'appel. D'après l'art. 443 du Code de procédure, le seul fait, pour une partie de signifier à son adversaire le jugement de première instance, sans réserver son droit d'appel, implique acquiescement au jugement et emporte renonciation au droit d'appel au principal.

Certains jugements ne sont pas susceptibles d'acquiescement.

L'acquiescement n'est valable que dans les matières qui ne touchent pas à l'ordre public, d'une façon générale, on n'admet pas que l'on puisse créer, par l'acquiescement, une situation qui échappe à la convention des parties; c'est ainsi que l'art. 249 du Code civil décide que le jugement ou arrêt qui prononce le divorce, n'est pas susceptible d'acquiescement, parce que la loi interdit le divorce par consentement mutuel; on ne peut donc, soit par acte exprès, soit par acte tacite acquiescer à un jugement de divorce; ce que l'on peut faire c'est de laisser expirer le délai d'appel; mais si l'on avait fait un acquiescement avant le jugement cela ne compterait pas et la partie perdante aurait toujours le droit de faire appel, l'acquiescement ne lui serait pas opposable, sauf toutefois s'il s'agit d'un jugement prononçant conversion de la séparation de corps en divorce, parce qu'ici le divorce est de droit.

Le jugement prononçant la séparation de biens n'est pas non plus susceptible d'acquiescement parce qu'on pourrait craindre que par ce moyen détourné, les époux n'arrivent au changement de régime par consentement mutuel. Le mari peut laisser expirer le délai d'appel, mais il n'a pas le droit d'acquiescer d'avance ou avant l'expiration du délai. Par contre, il ne serait pas interdit à la partie qui a demandé le divorce et qui a été repoussée, ou qui a demandé la séparation de biens et qui a vu sa demande repoussée, d'acquiescer au jugement qui a repoussé sa

demande. La jurisprudence critiquée par certains, admet l'acquiescement au jugement prononçant la séparation de corps.

Conditions de forme de l'appel En ce qui concerne les conditions de forme de l'appel, il y a des difficultés ou du moins des distinctions nombreuses.

Les deux sortes d'appel. Il y a, en effet, deux sortes d'appel; le principal, qui est premier en date, et puis l'appel incident. On ne s'occupe pour le moment que de l'appel principal.

Les deux délais de l'appel principal. Pour être recevable, l'appel principal est soumis à des conditions de délai et à des conditions de formes. Les conditions de délai sont plus complexes que les conditions de forme. En matière d'appel, il est deux sortes de délai :

1° - un délai pendant lequel l'appel ne peut pas être interjeté; ce délai n'existe pas toujours. Il est des cas où l'on peut faire appel immédiatement.

2° - Le délai pendant lequel l'appel doit être interjeté; l'appel, à la différence de l'opposition, doit toujours être exercé dans un délai.

1° - En ce qui concerne le délai pendant lequel l'appel ne peut être interjeté, il faut distinguer les jugements préparatoires, les jugements définitifs, les jugements contradictoires et les jugements par défaut.

On a déjà vu, en étudiant la distinction des jugements préparatoires et des jugements interlocutoires, que l'appel des jugements préparatoires ne peut être interjeté qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel du jugement définitif. (Art. 451) Par conséquent, si l'on interjetait l'appel du jugement préparatoire avant que le jugement définitif ne fût rendu, cet appel serait irrecevable; la règle est contraire pour les jugements interlocutoires.

Le délai d'appel des jugements définitifs et contradictoires. Pour les jugements définitifs contradictoires, le principe est, en ce qui concerne les tribunaux de première instance, qu'aucun appel d'un jugement non exécutoire par provision, ne pourra être interjeté dans la huitaine à dater du jour du jugement; les appels qui seraient interjetés dans ce délai seraient déclarés irrecevables (art. 449). La loi du 25 Mai 1838, art. 13 décide que l'appel des jugements des juges de paix est suspendu pendant les trois jours qui suivent la prononciation du jugement; ce délai est applicable au Conseil des prudhommes. La raison d'être de ce délai est que le législateur a entendu interdire que l'on fît appel " ab irato " c'est-à-dire sous l'empire du contentement; car le plaideur condamné aurait la tentation de faire appel tout de suite; on lui laisse le temps de la réflexion; mais la contre partie, c'est que pendant ce délai celui qui a obtenu le jugement ne pourra pas l'exécuter.

Cependant, lorsque le jugement a été déclaré exécutoire par provision, il peut être frappé d'appel immédiatement. L'art. 645 du Code de commerce décide que lorsqu'il s'agit de jugement du tribunal de commerce, l'appel peut être interjeté le jour du jugement, parce que les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires par provision, nonobstant appel; il faut en dire autant des ordonnances de référé qui peuvent être frappées d'appel immédiatement.

Le délai d'appel des jugements par défaut.

Pour les jugements par défaut l'art. 455 décide que les appels des jugements susceptibles d'opposition ne seront pas recevables pendant la durée du délai pour l'opposition. Il faut supposer qu'un jugement a été rendu par défaut; ce jugement est en premier ressort et, par conséquent, susceptible d'appel, mais il est aussi susceptible d'opposition; lorsque le jugement est susceptible d'opposition, la loi (art. 455) décide que tant que la voie de l'opposition est ouverte, l'appel ne pourra pas être interjeté. Bien entendu, pendant que court le délai de l'opposition, le délai d'appel ne court pas, cela va de soi, mais à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable, le délai d'appel courra. Si on faisait appel d'un jugement encore susceptible d'opposition, l'appel serait déclaré non recevable. La loi n'exige pas nécessairement que l'on fasse opposition, mais pendant le temps ouvert à l'opposition, l'appel ne peut être interjeté.

On peut faire appel le jour même d'un jugement du tribunal de commerce.

Le principe comporte une exception en ce qui concerne les tribunaux de commerce; il résulte de l'art. 645 du Code de commerce que l'on peut faire appel le jour même d'un jugement du tribunal de commerce et, comme ce texte ne distingue pas selon que le jugement est contradictoire ou par défaut, on entend ce texte d'une façon très large et on admet qu'un jugement du tribunal de commerce rendu par défaut et susceptible d'opposition, peut être l'objet d'un appel sans que l'on attende que les délais pour l'opposition soient expirés.

Les délais d'appel devant les différents tribunaux.

En ce qui concerne le délai pendant lequel l'appel doit être interjeté, ce délai varie suivant les tribunaux et même devant le même tribunal, ils sont quelquefois variables selon les affaires. En principe, le délai d'appel pour les jugements des tribunaux de première instance et de commerce est de deux mois (art. 443 du Code de procédure); pour les décisions du Juge de paix, trente jours; pour les Conseils de prudhommes dix jours et pour les ordonnances de référé, quinze jours, art. 809 du Code de procédure.

Ce sont les délais de principe, mais il y a des exceptions; par exemple en matière d'accidents du travail,

le délai d'appel du jugement du tribunal de première instance a été abrogé.

le point de

départ du délai
d'appel des ju-
gements contra-
dictoires.

En ce qui concerne le point de départ du délai, il faut distinguer les jugements contradictoires et les jugements par défaut; en outre, il y a des règles particulières pour certaines espèces de jugements. Pour les jugements contradictoires, le délai court du jour de la signification du jugement à partie, à personne ou à domicile, et non pas de la signification à avoué; généralement on commence par la signification à avoué, mais cela ne suffit pas pour faire courir le délai d'appel, c'est la signification à partie qui fait courir le délai d'appel. Cette règle mauvaise en pratique, est absolue dans notre Droit. Tant qu'on n'a pas signifié la décision à partie, le délai d'appel ne court pas et c'est pourquoi la Cour de Cassation décide que tant qu'un jugement n'a pas été signifié, l'appel peut être interjeté fût-ce au bout de vingt, vingt cinq ans; la Cour de Cassation n'y met un terme qu'au bout de trente ans; à ce moment là, le droit d'appel est prescrit (D. 1912 - I - 305).

Nul ne se

forclot soi-
même.

Donc, il faut que la partie qui veut faire courir le délai d'appel contre son adversaire lui signifie le jugement; seulement, il arrive souvent que chacune des parties ait perdu partiellement son procès; il est très rare qu'une partie gagne complètement son procès; en pareil cas il faut faire très attention à deux choses : d'une part, la partie qui a perdu partiellement son procès et qui entend se réserver le droit d'appel doit faire signification à son adversaire en se réservant le droit d'appel; sans cela, elle serait censée acquiescer au jugement et se priverait par là même de son droit d'appel principal. D'autre part, il est un principe qui est admis d'une manière constante dans la pratique, principe que l'on formule de la manière suivante : nul ne se forclot soi-même; il signifie que le délai courra contre celui qui reçoit la signification, mais non pas contre celui qui l'a faite; Cette règle formaliste est admise par la jurisprudence et par la pratique.

Le point de

départ du délai d'appel, en ce qui concerne les jugements par défaut, est le jour où l'opposition n'est plus recevable, art. 443 du Code de procédure et 645 des jugements du Code de commerce. On a vu, tout au moins en ce qui concerne les tribunaux de première instance, qu'on ne peut pas

faire appel tant que l'opposition est recevable; ici, le délai d'appel ne court que du jour où l'opposition n'est plus recevable, quand bien même le jugement aurait été signifié à partie; par conséquent, en cas de défaut faute de comparaître, le délai courra du jour où le jugement aura été tout à la fois signifié et exécuté, puisqu'en matière de défaut faute de comparaître, c'est l'exécution du jugement qui

prive la partie du droit de faire opposition. En cas de défaut, faute de conclure, l'opposition n'est plus recevable à l'expiration de la huitaine, à compter de la signification à avoué; et il semble alors que, ce délai de huitaine étant expiré, sans qu'il y ait eu opposition, le délai d'appel court immédiatement. Seulement, il y a une difficulté, c'est que le jugement n'a été signifié qu'à avoué; or, c'est un principe que, pour que les délais d'appel courent, le jugement doit avoir été signifié à la partie; par conséquent et c'est l'opinion de la Cour de Cassation, bien que la question ait été discutée, il ne suffira pas d'avoir signifié à l'avoué le jugement par défaut et il ne suffira pas que le délai de huitaine se soit écoulé sans que l'opposition ait été faite, pour que le délai d'appel court; il faudra encore que le jugement ait été signifié à partie et si on ne le signifie qu'après le délai de huitaine, ce n'est qu'à partir du jour de la signification que courra le délai d'appel.

Le point de départ du délai d'appel des jugements préparatoires.

En ce qui concerne les jugements préparatoires, on ne peut faire appel qu'avec le jugement définitif; par conséquent, le délai d'appel contre un jugement préparatoire ne court qu'après la signification du jugement définitif. Mais, il y a une difficulté pour les jugements interlocutoires; on peut faire appel immédiatement d'un tel jugement et la question qui se pose est celle de savoir s'il y a là une obligation; est-ce que la partie ne pourrait pas attendre, pour faire appel du jugement interlocutoire, que le jugement définitif ait été rendu ou cette partie serait-elle forclosée du droit d'appel, parce qu'elle n'aura pas fait appel dans le délai de deux mois à dater de la signification du jugement interlocutoire. La question n'a pas une très grande importance pratique, parce que généralement on ne signifie pas à partie les jugements interlocutoires, on se contente de les signifier à avoué et on les signifie à partie en même temps que le jugement définitif et peut-être même ne signifiera-t-on pas du tout le jugement interlocutoire. Par conséquent, la partie pourra faire appel tout à la fois du jugement interlocutoire et du jugement définitif; mais enfin, à supposer que l'on ait signifié à partie le jugement interlocutoire, cette signification fait-elle nécessairement courir le droit d'appel, si bien que la partie serait privée du droit de faire appel du jugement interlocutoire en même temps que du jugement définitif? Selon M. MOREL, il ne faut pas entendre les choses rigoureusement; si la loi permet de faire appel d'un jugement interlocutoire, avant le jugement définitif, c'est une simple faculté qu'elle ouvre à la partie qui peut en user s'il lui plaît, mais si elle préfère attendre le jugement définitif pour faire appel

Les formes de l'appel.

des deux jugements à la fois, elle est libre de le faire. L'acte d'appel se présente sous forme d'une assignation devant la juridiction d'appel, assignation dans laquelle on dira simplement : (inutile d'indiquer les moyens) que l'on fait appel de tel jugement rendu par le tribunal, à telle date. Le délai de comparution est de huitaine ou de quinzaine; l'assignation doit contenir une constitution d'avoué, qu'il s'agisse d'un jugement de tribunal de première instance ou d'appel d'un jugement de tribunal de commerce; S'il s'agit maintenant d'un appel de justice de paix, il faudra une constitution d'avoué pour faire appel devant le tribunal. Mais si l'on fait appel d'un jugement de Conseil de prudhommes, le ministère d'un avoué n'est plus nécessaire devant le tribunal de première instance et par conséquent la constitution d'avoué n'est pas exigée à peine de nullité.

Les effets de l'appel.

L'appel produit deux effets : un effet suspensif et un effet dévolutif.

Un effet suspensif, c'est-à-dire que l'appel interjeté suspend l'exécution du jugement frappé d'appel,

Un effet dévolutif, c'est-à-dire que l'appel transporte le litige des juges de première instance aux juges d'appel.

L'effet suspensif de l'appel

L'appel interjeté suspend l'exécution du jugement frappé d'appel. C'est le principe posé par l'art. 457 du Code de procédure. Cette solution s'explique parce que l'exécution pourrait causer un préjudice irréparable, alors que le jugement sera peut-être réformé en appel. Si donc l'exécution a été commencée avant que l'appel fut interjeté, elle doit être arrêtée. Si l'exécution n'a pas été commencée, elle ne peut pas avoir lieu et les actes d'exécution qui seraient faits au mépris de l'effet suspensif de l'appel seraient entachés de nullité.

C'est l'appel lui-même qui est suspensif; il faut qu'il y ait appel; en un mot, l'exécution du jugement d'appel est possible pendant le délai d'appel et tant que l'appel n'a pas été interjeté, sauf le délai de trêve de huit jours qui est prévu par la loi, le jugement peut être exécuté; ce n'est donc pas le délai d'appel qui est suspensif mais l'appel lui-même.

Cas dans lesquels le délai d'appel est suspensif.

Il est cependant des cas où le délai d'appel est suspensif, où en un mot, l'exécution ne peut avoir lieu tant que le délai d'appel court; il en est ainsi :

I^o - Lorsqu'il s'agit de l'exécution des jugements par des tiers, désintéressés au procès, comme un Maire qui a reçu l'ordre, par un jugement, de rectifier un acte de l'état-civil, ou un conservateur des hypothèques, qui doit radier une inscription, il résulte de l'art. 548 du Code de procédure, que ces jugements ne peuvent être exécutés

tant que la décision est susceptible d'opposition ou d'appel. Ici, c'est donc le délai d'appel qui est suspensif on ne peut pas contraindre le tiers à exécuter tant que l'appel est possible, et; à plus forte raison, on ne peut le contraindre à exécuter quand l'appel a été interjeté.

Il est d'autres cas, tout à fait exceptionnels où le délai est lui-même suspensif, même s'il s'agit d'exécution entre les parties, notamment en matière de divorce et de séparation de corps.

Exception au principe de l'effet suspensif de l'appel Le principe de l'effet suspensif de l'appel reçoit une exception, lorsque le jugement est déclaré exécutoire par provision.

L'exécution provisoire .

Quand on étudie l'exécution provisoire nonobstant appel, il faut distinguer deux sortes de tribunaux; ceux pour lesquels le principe est l'effet suspensif, par conséquent pour lesquels l'exécution provisoire est l'exception, c'est-à-dire les tribunaux de première instance, les juges de paix, les Conseils de prudhommes et, deuxième catégorie, ceux dont les décisions sont au contraire, de plein droit, exécutoires par provision; ce sont les tribunaux de commerce et les référés.

Parmi les juridictions aux décisions desquelles s'applique l'effet suspensif de l'appel, il y a le tribunal de première instance, mais ici des sous distinctions s'imposent car la question est complexe.

L'exécution provisoire d'un jugement du tribunal de première instance. L'exécution provisoire d'un jugement du tribunal de première instance est tantôt ordonnée par la loi et tantôt ordonnée par le tribunal.

Cas dans lesquels elle est ordonnée par la loi. L'exécution provisoire ordonnée par la loi, c'est-à-dire de plein droit, par dérogation au principe de l'effet suspensif de l'appel est tout à fait exceptionnelle; ici, le principe, c'est l'effet suspensif de l'appel. La loi prescrit cette exécution, nonobstant appel, dans un petit nombre de cas tout à fait spéciaux; par exemple, les jugements qui prononcent sur la récusation d'un juge ou d'un expert; ou encore, en matière d'accident du travail, la loi du 9 Avril 1898, art. 16 dit que le jugement, qui accorde une rente à la victime, est exécutoire de plein droit par provision.

Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire du jugement doit être ordonnée par le tribunal et celui-ci n'a pas le droit de l'ordonner quand il lui convient.

Cas dans lesquels le tribunal est obligé d'ordonner l'exécution provisoire à condition que les parties la lui demandent. Une subdivision s'impose : il est des cas où le tribunal est obligé d'ordonner l'exécution provisoire à condition que les parties la lui demandent. Il faut que le demandeur la demande dans ses conclusions. Il est d'autres cas où l'exécution provisoire est simplement facultative pour les parties.

Cas dans lesquels l'exécution provisoire est facultative pour le juge.

Cas dans lesquels le tribunal doit nécessairement ordonner l'exécution provisoire.

juge. Il faut donc, en principe, devant le tribunal de première instance, que le demandeur requiert le juge d'ordonner l'exécution provisoire, mais il est des cas où le tribunal doit l'ordonner du moment qu'elle est demandée et des cas où le tribunal a simplement la faculté de l'accorder.

Les cas dans lesquels le tribunal doit nécessairement ordonner l'exécution provisoire à la condition qu'elle soit demandée par le demandeur sont indiqués dans l'art. 135, alinéa 1er, du Code de procédure; "L'exécution provisoire, sans caution sera ordonnée s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point d'appel".

Ce qui caractérise ces trois hypothèses, c'est que le demandeur agit en vertu d'un titre auquel provision est due; titre authentique, promesse reconnue, c'est à-dire acte sous seing privé, dont le défendeur n'a pas dénié la signature, et qui constate son engagement, ou bien jugement dont il n'y ait point d'appel, jugement définitif. Il y a ici les plus grandes chances pour que la contestation soulevée par le défendeur ne soit pas sérieuse et puis il y a un titre auquel provision est due, et c'est pourquoi la loi décide qu'en pareil cas, le tribunal devra ordonner l'exécution provisoire, si le demandeur le demande en ses conclusions. On peut supposer que le défendeur conteste la portée de son obligation ou en demande l'annulation, si le tribunal condamne le défendeur, il devra ordonner l'exécution provisoire, à la condition bien entendu que le demandeur la réclame.

Voici maintenant des cas dans lesquels l'exécution provisoire est simplement facultative pour le tribunal et toujours à la condition qu'elle soit réclamée par le demandeur. Ici, le tribunal a le choix entre trois partis; ou bien accorder l'exécution provisoire purement et simplement sans caution; ou bien l'accorder avec une caution qui garantisse le défendeur contre le préjudice qu'il subira en cas d'exécution provisoire, si jamais le jugement venait à être réformé sur son appel; ou bien refuser l'exécution provisoire.

Cas dans lesquels le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire.

Dans quels cas en est-il ainsi? La loi a suivi ici une méthode assez critiquable; il aurait été très simple, comme la loi le fait en matière d'opposition, ou comme elle le fait lorsqu'il s'agit des décisions du juge de paix, de dire que toutes les fois que le juge aurait constaté l'opportunité de cette mesure, il pourrait ordonner l'exécution provisoire, mais le Code de procédure ne laisse pas volontiers latitude au juge, c'est pourquoi l'art. 135 a procédé par voie d'énumération

limitative; le tribunal ne peut ordonner l'exécution provisoire que dans les cas limitativement énumérés par l'art. 135; ils sont au nombre de 7; la plupart de ces cas ne sont pas pratiques en ce sens que presque jamais le tribunal n'aura l'occasion d'ordonner l'exécution dans l'un de ces cas, parce que tous présentant un caractère d'urgence, la décision sera presque toujours demandée au juge des référés dont les décisions sont, elles de plein droit, exécutoires par provision; donc, très rares sont les cas où le tribunal de première instance aura l'occasion d'ordonner l'exécution provisoire, c'est le juge des référés qui y pourvoiera.

D'après l'art. 135, le tribunal pourra ordonner l'exécution provisoire en cas d'opposition, et de levée de scellés, en cas de réparations urgentes, en cas d'expulsion de lieux, lorsqu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré; en cas de séquestre, ou de réception de caution, enfin, finalement dans un septième cas, le seul qui soit pratique, le tribunal aura l'occasion d'ordonner l'exécution provisoire facultative: lorsqu'il s'agit de pension alimentaire; le tribunal peut faire droit à la demande d'aliments, constater que le débiteur d'aliments doit une pension alimentaire et il peut, en même temps s'il prononce une condamnation, ordonner que le jugement sera exécutoire par provision.

Mais il est une condamnation qui ne peut jamais être prononcée avec exécution, c'est la condamnation aux dépens (art. 137) parce qu'on considère qu'il n'est pas d'extrême urgence que les frais soient payés avant que la Cour d'appel ait statué.

Jusqu'à quel moment peut-on demander l'exécution provisoire ?

On peut demander l'exécution provisoire jusqu'à la clôture du débat; une fois le jugement rendu, on ne peut plus la demander au tribunal; mais, pourrait-on la demander à la juridiction d'appel ? Sur ce point, il y a controverse; il est certain que l'on peut demander l'exécution provisoire à la juridiction d'appel si on l'a demandée en première instance et que le tribunal ait omis de la prononcer; mais on se demande si l'exécution provisoire pourra être obtenue devant la juridiction d'appel alors qu'on ne l'a pas demandée en première instance; il y a controverse sur ce point, mais la jurisprudence paraît bien admettre que l'exécution provisoire, dans les cas prévus par la loi, peut être réclamée en appel, alors même que le demandeur n'a pas réclamé cette exécution provisoire en première instance.

L'exécution provisoire des

L'exécution provisoire des décisions des juges de paix est beaucoup plus simple; du reste lorsqu'il s'agit

décisions des
juges de paix.

d'une procédure devant le juge de paix, la loi est toujours plus simple que lorsqu'il s'agit du tribunal de première instance. Les textes qui régissent ces matières sont les articles II et I2 de la loi du 25 Mai 1838, qui ont remplacé l'art. 17 du Code de procédure ; devant le Juge de paix, il n'y a jamais d'exécution provisoire de plein droit, car l'exécution doit toujours être ordonnée le juge de paix doit l'ordonner dans les cas prévus par l'art. 135, alinéa I c'est-à-dire lorsqu'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou jugement condamnant le défendeur et dont il n'a point été fait appel: le juge de paix est alors obligé de l'ordonner, sans caution; dans tout autre cas, c'est au gré du juge de paix, à la condition que la partie la demande; ici, il y a latitude complète d'ordonner l'exécution provisoire toutes les fois qu'elle lui est demandée, à raison du caractère d'urgence. Mais le juge de paix ne peut ordonner l'exécution provisoire sans caution que s'il s'agit de pension alimentaire ou si la somme n'excède pas 300 frs; au-dessus, le juge de paix devra ordonner l'exécution provisoire avec caution. La loi de 1838, dans son art. 12 permet au juge de paix en cas de péril en la demeure, d'ordonner l'exécution provisoire de son jugement, sur minute, avec ou sans caution, c'est-à-dire que l'on remettra la minute même à l'huissier, qui exécutera et remettra ensuite la minute au greffier, tandis qu'en principe, on ne peut exécuter qu'après avoir levé la grosse du jugement. On se demande d'ailleurs si cette exécution provisoire sur minute ne pourrait pas être ordonnée par les autres juridictions il y a controverse sur ce point.

L'exécution
provisoire des
décisions des
Conseils de
Prudhommes.

En ce qui concerne le Conseil de Prudhommes, il y a un texte assez compliqué qui figure dans le Code du travail, livre 4, art. 84. Il résulte au fond de ce texte que le Conseil des prudhommes, où il s'agit surtout de question de salaires, peut ordonner l'exécution provisoire pour la partie insaisissable des salaires. C'est le principe ; il y a des distinctions dans les détails desquelles on n'entre pas ici.

Juridictions
dont les déci-
sions sont
exécutaires
de plein droit
et moyennant
caution.

Les décisions de certaines juridictions sont exécutoires de plein droit. Ce sont d'abord les tribunaux de commerce. Le principe est posé dans un texte obscur du Code de procédure, l'art. 439 qui ne paraît pas dire du tout que les jugements du tribunal de commerce sont exécutoires par provision de plein droit, mais cette solution est traditionnelle et, d'autre part, elle résulte implicitement de certains textes, notamment du texte du Code de commerce qui décide que les cours d'appel ne peuvent jamais suspendre l'exécution des jugements des tribunaux de commerce. Les jugements des tribunaux de commerce sont

donc exécutoires par provision de plein droit, nonobstant appel, mais cela ne veut pas toujours dire que l'exécution provisoire aura lieu sans condition; le principe même qui est posé par l'art. 439, du Code de procédure, c'est que les jugements des tribunaux de commerce ne sont exécutoires par provision que moyennant caution, ou à la condition que celui qui a obtenu le jugement justifie de solvabilité suffisante.

Cas où le tribunal de commerce peut dispenser de la caution.

Cependant, il est des cas où le tribunal de commerce peut dispenser de la caution, c'est-à-dire ordonner l'exécution provisoire sans caution et alors même que le demandeur ne justifie pas de condition de solvabilité suffisante; il en est ainsi, dit l'art. 439 lorsqu'il y aura titre non attaqué, c'est-à-dire titre authentique, ou promesse reconnue, ou condamnation précédente sans appel; ce sont les cas dans lesquels les tribunaux de première instance doivent ordonner l'exécution provisoire lorsqu'elle leur est demandée; dans ces cas là, le tribunal de commerce est dispensé d'exiger une caution.

Les ordonnances de référés sont de plein droit exécutoires par provision.

En ce qui concerne maintenant les ordonnances de référés, elles sont, dit l'art. 809 du Code de procédure de plein droit, exécutoires par provision et sans caution, en raison de l'urgence, à moins que le juge n'ordonne qu'il n'en soit fourni une. C'est ici peut-on dire le maximum de l'exécution provisoire.

Cas dans lequel le juge a ordonné à tort l'exécution provisoire.

Qu'arrive-t-il si un juge a ordonné l'exécution provisoire, alors qu'il n'en avait pas le droit; la question se présente surtout pour les tribunaux de première instance, pour lesquels l'exécution provisoire est assez strictement limitée. Celui qui est l'objet de cette exécution provisoire et qui a fait appel, a-t-il un moyen d'empêcher cette exécution provisoire? La loi lui en donne les moyens. L'art. 459 dit : si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas ordonnés par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, c'est-à-dire pourra se pourvoir immédiatement devant la juridiction d'appel pour faire statuer à bref délai sur l'assignation et obtenir de la Cour d'appel des défenses à l'exécution provisoire; en un mot, avant que la Cour d'appel n'ait statué sur le fond, l'appelant pourra, sur assignation à bref délai, faire citer l'adversaire devant la Cour d'Appel pour qu'elle lui interdise l'exécution provisoire, puisque le tribunal n'avait pas le droit de l'ordonner.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'un jugement du tribunal de commerce; il est vrai qu'elle ne se pose pas souvent, puisqu'ici l'exécution provisoire est de droit, mais il peut arriver que le tribunal de commerce ait ordonné l'exécution provisoire sans caution en un cas où il n'avait pas le droit de dispenser de la

caution; en pareil cas, celui qui est menacé de cette exécution provisoire a-t-il le droit de se pourvoir devant la Cour d'appel, pour faire cesser cette exécution provisoire ? La question est discutée parce que nous avons un texte dont la portée est douteuse. L'art. 647 du Code de commerce, qui décide que les Cours d'appel ne pourront, en aucun cas, à peine de nullité et même de dommages intérêts, accorder des défenses, ni surseoir à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce. D'où l'on a conclu que l'on ne peut jamais demander à la Cour d'appel de suspendre l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, alors même qu'il aurait ordonné l'exécution provisoire sans caution dans un cas où il n'aurait pas le droit de dispenser de la caution; cependant la jurisprudence admet que, dans le cas où le tribunal de commerce a ordonné l'exécution provisoire sans caution, alors qu'il aurait dû exiger une caution, on peut se pourvoir d'urgence devant la Cour d'appel, pour obtenir qu'il soit sursi à l'exécution jusqu'à ce qu'une caution ait été fournie.

Et maintenant, quelles sont les conséquences de la décision qui ordonne l'exécution provisoire ? C'est que la partie qui a obtenu le jugement, en première instance peut exécuter immédiatement et nonobstant appel, c'est précisément pour cela qu'est faite l'exécution provisoire l'appel ici n'arrête pas l'exécution, mais la partie qui a obtenu l'exécution par provision n'exécute qu'à ses risques et périls. Pas de difficulté si le jugement est confirmé en appel; mais qu'arrivera-t-il si jamais le jugement est réformé et que l'exécution ait eu lieu ? Ici pas de doute, les actes d'exécution seront annulés, mais il est quelquefois difficile d'annuler en fait les conséquences d'un acte d'exécution; par exemple, on a saisi un mobilier qui a été vendu... évidemment, on ne peut pas reprendre le mobilier entre les mains des acquéreurs. La partie qui a subi un préjudice de ce fait peut demander des dommages-intérêts à celle qui avait obtenu le jugement en première instance et a usé de l'exécution provisoire.

L'effet dévolutif de l'appel.

Dire que l'appel a un effet dévolutif, c'est dire que l'appel transporte le litige des premiers juges aux juges d'appel, tous les points de fait et de droit que comporte ce litige; en un mot, l'affaire arrive tout entière devant le juge d'appel qui a le droit de l'examiner en fait ou en droit, comme l'ont fait les premiers juges. Par conséquent, en vertu de l'effet dévolutif, le juge d'appel se trouve investi de la connaissance entière de la cause, telle qu'elle s'est présentée devant le juge du premier degré; voilà un premier principe. Les conséquences

de l'effet dévolutif de l'appel doivent être considérées par rapport à la juridiction du premier degré et à la juridiction d'appel.

Conséquences de l'effet dévolutif vis-à-vis de la juridiction du premier degré.

En ce qui concerne la juridiction du premier degré, l'appel consomme le dessaisissement des juges du premier degré; sans doute le jugement, une fois prononcé dessaisit par lui-même le juge; mais le juge qui a prononcé le jugement de première instance conserve néanmoins le droit de rectifier les erreurs matérielles de son jugement et il conserve aussi le droit d'interpréter son jugement en cas d'obscurité; l'appel interjeté prive le juge du premier degré du droit de rectifier ou d'interpréter son jugement; le juge ne peut plus rectifier les erreurs matérielles de son jugement, lorsque celui-ci est frappé d'appel; c'est au juge d'appel qu'il appartient de rectifier les erreurs; d'autre part, une fois que l'appel est interjeté, le juge du premier degré ne peut plus être appelé à interpréter son jugement, puisque l'autorité du jugement est suspendue; l'interprétation n'aurait plus de raison d'être.

Conséquences de l'effet dévolutif de l'appel par rapport au juge d'appel.

En ce qui concerne les conséquences de l'effet dévolutif par rapport au juge d'appel, des explications plus étendues sont nécessaires; l'effet dévolutif produit cette conséquence que le juge d'appel a le droit de connaître tous les points de fait et de droit que comporte l'affaire; il procède à un nouvel examen de l'affaire dans les mêmes conditions que le juge du premier degré. Si le juge d'appel n'est pas suffisamment éclairé, il peut ordonner une mesure d'instruction. Il peut confirmer le jugement de première instance, le réformer entièrement ou partiellement. Le juge d'appel qui a le droit de statuer sur le litige sur tous les points de fait et de droit a aussi le devoir de statuer, c'est-à-dire qu'il ne pourra pas se dessaisir au profit d'une autre juridiction. Le juge d'appel est saisi du procès et, comme tout juge saisi d'un procès, il doit statuer sans pouvoir renvoyer devant une autre juridiction.

L'appel peut être restreint à certains chefs du jugement.

Le principe, c'est que le juge d'appel est saisi du procès tout entier, dans les mêmes conditions que l'ont été les juges du premier degré. Cependant, cette règle reçoit une importante limitation par le fait que l'appel peut être restreint à certains chefs du jugement; C'est en effet, une règle capitale en cette matière, que les pouvoirs du juge sont limités par l'étendue de l'appel. Cette règle s'exprime généralement de la manière suivante : " tantum devolutum, quantum appellatum". En un mot, la dévolution ne s'opère que dans la mesure où le jugement est frappé d'appel. Or, une partie peut ne frapper d'appel un jugement que sur certains chefs, sur ceux

qui lui font grief; c'est ce qui arrive lorsqu'en première instance, les parties ont succombé partiellement, en ce cas là, si l'une des parties fait appel des chefs qui lui font grief, elle ne fera pratiquement appel que de ces chefs là.

Si l'une des parties fait appel sur les chefs qui lui font grief, le juge d'appel n'est saisi que du procès ainsi limité; si de son côté l'autre partie veut obtenir la réformation du jugement dans les parties qui lui font grief, elle doit faire ce qu'on nomme un appel incident; mais du moment qu'une partie n'a frappé d'appel un jugement que sur certains chefs " tantum devolutum, tantum appellatum " les pouvoirs du juge d'appel sont limités par l'acte d'appel; c'est en effet l'acte d'appel qui fixe l'étendue de la dévolution, on ne saurait, par conséquent, faire trop attention en cette matière. L'acte d'appel conçu en termes généraux et sans réserve, saisit le juge d'appel de toutes les contestations qui ont été soulevées en première instance; par conséquent, lorsqu'ayant plaidé, on a obtenu partiellement gain de cause et qu'on veut faire appel sur les chefs pour lesquels on a été condamné, il faut avoir soin de ne faire appel que sur les points qui font grief, car autrement, le juge pourrait réformer le jugement à la demande de l'adversaire; mais si on a eu soin de faire appel seulement sur les points qui font grief, le juge n'aura pas le droit de toucher aux parties du dispositif, qui n'ont pas été frappées d'appel, à moins que l'adversaire n'ait fait de son côté appel incident.

Le juge d'appel est saisi du procès tout entier.

Il existe un autre principe : le juge d'appel est saisi du procès tout entier, mais il n'est saisi du procès que dans la mesure où l'ont connu les juges du premier degré ; en un mot, le juge d'appel n'a pas compétence pour statuer sur des questions qui n'ont pas été soumises aux juges du premier degré; ce principe explique la règle posée par l'art. 464 du Code de procédure qui interdit d'introduire en instance d'appel des demandes nouvelles. En un mot, on ne peut pas élargir le procès devant le juge d'appel; le procès ne doit se présenter que dans les limites où il s'est présenté en première instance. C'est qu'en effet, si l'on avait permis de former en appel des demandes nouvelles, on aurait supprimé pour ces demandes, le premier degré de juridiction; c'est ce qui explique l'art. 464 du Code de procédure: " Il ne sera formée aucune nouvelle demande..." mais il est permis au contraire, de présenter devant la juridiction d'appel des moyens nouveaux.

Distinction de la demande

Ici, se pose une question assez délicate, c'est la question de savoir ce qui distingue la demande nouvelle

nouvelle du
moyen nouveau.

du moyen nouveau. Devant la Cour d'appel, on ne peut pas présenter de demande nouvelle, mais on peut présenter un moyen nouveau; au contraire, devant la Cour de Cassation, on ne peut présenter ni demande nouvelle, ni moyen nouveau.

Qu'est-ce qu'un
moyen nouveau?

Le moyen nouveau, c'est le moyen de justification d'une demande qui a été déjà formée devant le premier degré; on ne fait pas une nouvelle demande, lorsqu'on produit des titres nouveaux, lorsqu'on invoque des faits nouveaux qu'on n'avait pas invoqués devant le juge du premier degré; on peut proposer devant le juge d'appel un moyen justificatif nouveau qu'on n'avait pas présenté au juge du premier degré, parce qu'on l'avait peut-être jugé inopérant; les moyens nouveaux sont toujours recevables.

Qu'est-ce qu'une
demande nouvelle ?

Quand dira-t-on qu'une demande est nouvelle? La demande est nouvelle si elle est différente de la demande formée devant le juge du premier degré soit quant à son objet, soit quant à sa cause, soit quant à la qualité qu'invoque le demandeur, soit quant à la personne du défendeur.

Demande nouvelle
quant à l'objet.

En premier lieu, une demande est nouvelle et par conséquent irrecevable devant la juridiction d'appel, lorsque la partie qui forme cette demande réclame un objet qu'elle n'avait pas réclamé devant le premier juge.

Par exemple, devant le premier juge, le demandeur a demandé la résolution du contrat et devant la Cour d'appel, il invoque la nullité du contrat, c'est une demande nouvelle. Au contraire, il y aurait moyen nouveau si, à l'appui de sa demande en résolution formée devant le tribunal de premier degré, il invoquait un moyen justificatif nouveau.

De même, il y aurait demande nouvelle, si une partie, qui revendiquait en première instance un droit de servitude, réclamait devant la Cour d'appel, un droit de propriété; c'est une demande nouvelle quant à l'objet; pour réclamer un droit de propriété, la partie devra faire un nouveau procès, car elle n'a pas le droit d'apporter, devant la Cour d'appel, une demande nouvelle.

Demande nouvelle
quant à la cause.

La demande peut, en second lieu, être nouvelle quant à sa cause; par exemple, on change le fondement juridique en vertu duquel on réclame une condamnation du défendeur si, en première instance, on a réclamé une somme à titre de restitution de dépôt et qu'on réclame en appel la restitution de cette somme à titre de remboursement, d'un prêt d'argent, c'est une demande nouvelle quant à la cause.

Cette question de demande nouvelle par changement de cause, ne laisse pas d'être embarrassante; elle soulève

pas mal de difficultés; par exemple, la question s'est posée à propos de vices du consentement; en première instance, une partie a réclamé la nullité du contrat pour dol et voici qu'ayant été repoussé devant le juge de première instance, elle fait appel, et en appel, elle réclame la nullité du contrat pour erreur sur la substance; y a-t-il demande nouvelle? On en discute. Certains auteurs considèrent qu'il y a là une demande nouvelle, c'est, suivant M. MOREL, l'avis le plus raisonnable. D'autres auteurs considèrent qu'on a évoqué le dol en première instance et qu'on peut invoquer un autre vice du consentement devant la juridiction d'appel, soit l'erreur sur la substance ou la violence, parce que ce sont trois vices du consentement et que ces trois causes découlent d'une cause commune.

Une autre application de ce changement de cause s'est présentée récemment devant les tribunaux en ce qui concerne les accidents d'automobiles; Depuis quelque temps la jurisprudence applique l'art. 1384 aux accidents d'automobile. Donc, si une partie fait une demande qu'elle fonde sur l'art. 1382 et qu'ayant été repoussée en première instance, elle fonde, en appel sa demande sur l'art. 1384 (présomption de fautes) y a-t-il changement de cause? La Cour de Cassation a répondu affirmativement elle a décidé que si la partie a invoqué en première instance l'art. 1382, elle ne peut invoquer en appel l'art. 1384, car ce serait là une seconde demande, ayant une cause juridique différente de la première. Voir Cassation du 24 Mai 1928 (D. 1928 - I - 128).

Demande nouvelle quant à la personne ou quant à la qualité de l'une des parties. La demande est encore nouvelle si elle implique un changement de personne ou une modification dans la qualité de l'une des parties; par exemple, un tuteur qui a plaidé, en cette qualité, en première instance, pour réclamer une somme d'argent à une personne, ne pourrait, en appel, réclamer cette même somme au même défendeur, en son propre nom, car il n'agirait pas en la même qualité, par conséquent, sa demande serait nouvelle.

Nature de l'incompétence en cas de demande nouvelle en appel. La juridiction d'appel est incompétente pour connaître toute demande nouvelle et elle doit la déclarer irrecevable; mais cette incompétence de la juridiction d'appel est-elle une incompétence absolue? ou une incompétence relative? La question est discutée. La jurisprudence considère que l'incompétence résultant de la nouveauté de la demande n'est qu'une incompétence relative; par conséquent, si la partie contre laquelle une demande nouvelle est formée en appel n'invoque pas l'irrecevabilité "in limine litis", l'incompétence est couverte et la juridiction d'appel statuera valablement sur la demande.

Exception au prin-
cipe de l'irrece-
vabilité des de-
mandes nouvelles
en appel.

Le principe que les demandes nouvelles sont irrecevables en appel, comporte un certain nombre d'exceptions qui sont indiquées par l'art. 464 : " Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à la demande principale. pourront ainsi les parties réclamer les intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance et les dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. Il résulte de ce texte qu'il y a deux catégories de demandes nouvelles recevables en appel.

Première caté-
gorie de cas de
demandes nouvel-
les recevables
en appel.

La première catégorie comprend deux cas : En premier lieu, la partie qui a joué le rôle de défenderesse en première instance est admise à former en appel une demande nouvelle, lorsqu'il s'agit de compensation; l'art. 464, fait allusion à la compensation judiciaire; que veut dire l'art. 464 qui admet la recevabilité d'une demande nouvelle formée sur la compensation, c'est que le défendeur, bien qu'il n'ait pas invoqué la compensation en première instance, pourra l'invoquer en appel; par exemple, s'il a été assigné pour paiement d'une somme de 1.000 francs, en raison de la restitution d'un prêt, il pourra soutenir en appel qu'il est créancier du demandeur à raison de dommages-intérêts et demander à la Cour d'Appel d'opérer la compensation.

Il est un second cas dans lequel le défendeur originaire peut former, devant la juridiction d'appel, une demande nouvelle, c'est lorsque la demande n'est que la défense à l'action principale; par exemple, le défendeur poursuivi en exécution d'une vente d'immeuble, peut après avoir vainement opposé la nullité de cette vente, devant le tribunal de première instance, demander la rescission pour lésion, parce qu'ici sa demande, bien que nouvelle n'a pour objet que de faire repousser la demande principale.

Deuxième catégo-
rie de cas de
demandes nou-
velles receva-
bles en appel.

Enfin, il est une deuxième catégorie de cas dans lesquels les parties peuvent former des demandes nouvelles en appel; ici cela s'applique aussi bien au demandeur originaire qu'au défendeur; les parties peuvent demander les intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le premier jugement de première instance, par exemple, a réclamé le paiement d'une créance qui comprend les intérêts; l'art. 464 décide qu'en instance d'appel on pourra demander les intérêts échus depuis le jugement de première instance. On peut dire qu'en ce cas, il n'y a pas vraiment de demande nouvelle, on

ne pouvait pas demander ces intérêts en première instance, alors qu'ils n'étaient pas échus.

De même on pourra demander en instance d'appel, des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis le jugement de première instance.

Le droit d'évocation.

Le droit d'évocation est une exception au principe que les juges d'appel ne sont saisis du procès que dans la mesure où il a été soumis au tribunal de première instance. Le droit d'évocation est prévu par l'art. 473 qui l'admet dans deux catégories de cas.

Le cas d'évocation : 1ère catégorie.

Première catégorie; lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement par un seul et même jugement. Si l'art. 473 n'existait pas, les juges d'appel statueraient sur l'appel du jugement interlocutoire, infirmeraient ou confirmeraient ce jugement; puis, ils renverraient l'affaire pour le fond devant les premiers juges. Les juges de première instance, auxquels l'affaire serait renvoyée pour le fond, statueraient sur le fond et leur jugement sur le fond pourrait, à son tour, être frappé d'appel. Le droit d'évocation supprime ce vœu et vient en permettant à la juridiction d'appel saisie de l'appel du jugement interlocutoire, d'évoquer le fond, c'est-à-dire de statuer sur l'appel du jugement interlocutoire et ensuite sur le fond, par un seul et même jugement.

Le droit d'évocation est une exception à deux principes de procédure.

Le droit d'évocation constitue une exception à deux principes de notre procédure. D'abord au principe que le juge d'appel n'est saisi que dans la mesure où l'appel est interjeté; puisqu'ici, il s'agit d'un appel de jugement interlocutoire, la Cour d'appel ne devrait pouvoir statuer que sur ce jugement; au contraire, le droit d'évocation lui permet d'évoquer le fond sur lequel la juridiction du premier degré n'a pas statué.

Le droit d'évocation constitue ensuite une exception à la règle du double degré de juridiction; en effet les juges du premier degré n'ont pas encore connu du fond et les juges d'appel pourront statuer sur le fond en vertu du droit d'évocation.

Conditions auxquelles est soumis le droit d'évocation.

Le droit d'évocation est d'ailleurs soumis, par l'art. 473 à trois conditions:

1^{re} - que le jugement interlocutoire soit infirmé en appel. Si ce jugement était confirmé, l'évocation ne serait pas possible; le tribunal de première instance a ordonné une enquête; il y a eu appel. La Cour confirme le jugement qui ordonne l'enquête, il faudra retourner devant le tribunal de première instance, et à la suite de l'enquête le tribunal de première instance statuera sur le fond.

2°- Pour que le droit d'évocation puisse avoir lieu, il faut que l'affaire soit disposée à recevoir une décision définitive, ce qui exige que les parties aient déjà conclu au fond en première instance et, en tous cas, que l'affaire soit suffisamment instruite pour que les juges d'appel puissent immédiatement statuer sur le fond.

3°- Il faut que les juges d'appel statuent sur le tout par un seul et même jugement.

Telles sont les trois conditions auxquelles est subordonné le droit d'évocation de la juridiction d'appel. Lorsque ces trois conditions sont réunies, la juridiction d'appel peut évoquer, mais elle n'y est jamais obligée; les parties ne peuvent jamais lui imposer l'évocation et la juridiction d'appel, alors même que les trois conditions sont réunies, peut refuser d'évoquer.

La raison d'être du droit d'évocation.

On pourrait penser que la raison d'être de cette faculté d'évocation est le désir du législateur de hâter la solution des litiges. Mais ce n'est pas la véritable raison; la faculté d'évocation a surtout pour but d'éviter que les premiers juges devant qui l'affaire reviendrait après infirmation de leur jugement ne se montrent guère disposés à suivre les suggestions des juges d'appel; C'est ce qui explique que le droit d'évocation ne soit ouvert que lorsqu'il y a infirmation de la décision des premiers juges.

2ème cas d'évocation.

L'art. 473 alinéa 2, prévoit un second cas d'évocation : " Il en sera de même, dit-il, dans le cas où la Cour ou un autre tribunal d'appel, infirmerait, soit pour vice de forme ou pour toute autre cause des jugements définitifs".

Mais ici, une difficulté se présente: la loi suppose l'évocation à la suite de l'appel d'un jugement définitif. Evidemment, il ne peut s'agir ici d'un jugement définitif au fond, sinon une Cour d'appel ne statuerait jamais que par voie d'évocation. Lorsque les juges du premier degré ont statué sur le fond, la Cour d'appel est saisie, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, du procès tout entier et, lorsqu'elle statue sur le fond, ce n'est pas par voie d'évocation, mais par l'effet dévolutif de l'appel; peu importe qu'elle infirme ou confirme, elle doit statuer sur le fond, elle n'aurait pas le droit de se refuser à le faire. La juridiction d'appel est saisie du procès tout entier, par conséquent, lorsque l'art. 473 parle d'évocation à la suite d'appel d'un jugement définitif, il ne s'agit évidemment pas d'un jugement définitif sur le fond.

Par jugement définitif, la loi entend évidemment un jugement qui, sans être interlocutoire, statue sur un

incident de procédure ou sur une exception, mais sans trancher le fond. Par exemple, une partie a proposé un déclinatoire ou a déposé une exception de nullité devant le premier juge; le jugement qui statue sur cette exception est un jugement définitif; à supposer qu'il soit frappé d'appel, si la Cour infirme la décision définitive du premier juge, elle peut évoquer à condition que l'affaire soit en état de recevoir une solution définitive au fond et que la Cour statue sur l'appel du jugement définitif et sur le fond par un seul et même jugement.

Mais il y a ici, une condition supplémentaire. Cette condition vient s'ajouter aux trois conditions ordinaires auxquelles est subordonnée la faculté d'évocation; c'est que le juge d'appel soit compétent pour statuer sur le fond. Par exemple, une affaire a été portée devant le tribunal de Pontoise, devant lequel on a élevé un déclinatoire de compétence, le défendeur a décliné la compétence du tribunal de Pontoise, et le tribunal de Pontoise s'est déclaré compétent. La Cour de Paris saisie de l'appel de ce jugement définitif sur la compétence infirme et déclare que le tribunal de Pontoise n'est pas compétent. Elle pourra évoquer si le tribunal qu'elle estime compétent est du ressort de la Cour de Paris. A supposer au contraire que le tribunal que la Cour de Paris estime compétent ne soit pas de son ressort, elle n'a plus le droit d'évoquer et devra se contenter d'infirmar le jugement.

L'instance
d'appel.

Il faut distinguer d'abord suivant que l'appel est porté devant une Cour d'appel ou devant le tribunal de première instance compétent pour statuer sur l'appel, des Conseils de prudhommes et des juges de paix. Si l'appel est porté devant la Cour d'appel, l'instance se déroule suivant les règles qui ont déjà été exposées pour l'instance devant le tribunal civil. En somme, la procédure, devant la Cour d'appel, est la même que devant le tribunal civil, sauf qu'elle est beaucoup plus simple, parce qu'ici les incidents sont rares et les mesures d'instruction plus rares encore; par conséquent, la procédure est très simplifiée; on retrouve devant la Cour d'appel, les trois procédures usitées devant le tribunal de première instance: procédure ordinaire, procédure sommaire, et instruction par écrit; cette dernière est complètement tombée en désuétude.

Affaires qui
doivent être
jugées en ap-
pel selon la
procédure som-
maire.

La distinction de la procédure ordinaire et de la procédure sommaire conserve son utilité en Cour d'appel, comme devant le tribunal de première instance. Les affaires qui, devant la Cour d'appel doivent être jugées selon la procédure sommaire sont d'abord celles qui, en première instance, ont été jugées selon la procédure sommaire.

En second lieu, les affaires commerciales dans lesquelles il a été fait appel devant la Cour, doivent être jugées d'après la procédure sommaire (art. 648 du Code de Commerce). De même tous les appels des ordonnances de référés et enfin toutes les affaires jugées par défaut, art. 463 du Code de procédure, qu'il s'agisse du défaut de l'intimé ou de l'appelant.

Quant aux différences qu'il y a entre la procédure sommaire et la procédure ordinaire devant le tribunal de première instance et la Cour d'appel, la différence essentielle c'est que, s'il s'agit d'une enquête, devant la Cour d'Appel, en matière sommaire, elle aura lieu à l'audience tandis que, si on est en matière ordinaire, l'enquête aura lieu par devant un conseiller nommé commissaire; mais généralement, la Cour d'appel se sert des mesures d'instruction qui ont eu lieu devant le tribunal de première instance.

Si l'appel est porté devant un tribunal de première instance pour une affaire qui a été jugée en première instance par le Juge de paix, il y a lieu d'observer les règles de la procédure sommaire. S'il s'agit d'un appel, contre un jugement de Conseil de Prudhommes, la procédure à suivre devant le tribunal de première instance, juge d'appel, est celle des affaires commerciales sans ministère obligatoire d'avoué; on observe alors devant le tribunal de première instance, la procédure que doit suivre le tribunal de première instance lorsqu'il n'y a pas de tribunal de commerce dans la circonscription.

On utilise en appel la procédure du premier degré.

D'une façon générale, devant la juridiction d'appel, la procédure est très simple, on utilise la procédure faite devant le premier degré, mais, bien entendu, les juges d'appel ont toujours le droit d'ordonner une nouvelle mesure d'instruction s'ils estiment que les premiers juges n'étaient pas suffisamment éclairés.

Différentes solutions que peut prendre la juridiction d'appel.

En ce qui concerne le jugement de l'affaire par la juridiction d'appel, celle-ci, saisie du procès tout entier peut prendre différentes solutions. D'abord, elle peut déclarer l'appel non recevable, ce qui arrive lorsque l'appel est tardif ou a été formé irrégulièrement. Lorsque l'appel est tardif, la juridiction d'appel doit d'office déclarer l'appel non recevable, parce qu'il s'agit ici d'une règle d'ordre public; si, au contraire, l'appel est nul, le plus souvent il appartiendra seulement à l'intimé de demander à la Cour de déclarer l'appel nul.

Lorsque l'appel est recevable, la juridiction d'appel peut le déclarer non fondé et confirmer le jugement ou le déclarer bien fondé et alors elle infirme le jugement.

Lorsque la juridiction d'appel confirme, elle peut

se contenter de le faire en adoptant les motifs du jugement attaqué, elle peut aussi adopter d'autres motifs.

En ce qui concerne les dépens, tout dépend des circonstances; si la juridiction d'appel confirme le jugement, elle condamnera l'appelant aux dépens; si, au contraire, elle infirme, elle condamnera généralement l'intimé aux dépens de première instance et aux dépens d'appel.

L'amende de
" fol appel".

Lorsque la juridiction d'appel confirme, il résulte de l'art. 461 du Code de procédure, qu'elle devra condamner l'appelant à une amende de 15 francs s'il s'agit d'un jugement du Juge de paix, et de 25 frs s'il s'agit d'un jugement du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce; c'est ce qu'on appelle l'amende de " fol appel" institution archaïque et qui gagnerait à être supprimée, car 15 ou 25 frs ne sont pas des sommes de nature à faire reculer devant un appel téméraire. Cette amende est encourue que dans le cas d'infirmité totale; l'infirmité partielle ne pourrait donner ouverture à l'amende de " fol appel".

L'exécution des
décisions d'-
appel.

Quand la Cour a rendu son jugement, il s'agit de l'exécuter. L'art. 472, en ce qui concerne l'exécution des décisions d'appel, fait une distinction selon qu'il y a infirmité ou confirmation. " Si le jugement est confirmé, dit le texte, l'exécution appartiendra au tribunal dont la décision a été frappée d'appel". Si le tribunal de première instance avait ordonné une enquête et si la Cour d'appel confirme, il faudra renvoyer, pour l'exécution de l'enquête devant le tribunal de première instance qui l'avait primitivement ordonnée.

Si, au contraire, le jugement est infirmé, dit l'art. 472, l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la Cour qui aura prononcé ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt; par conséquent, en cas d'infirmité, l'exécution de la décision de la Cour appartient soit à la Cour d'appel, qui a rendu l'arrêt infirmatif, soit à un autre tribunal de première instance qu'elle désigne dans son arrêt; C'est une solution qui apparaît assez singulière. On ne renvoie pas devant le tribunal de première instance dont la décision a été infirmée, parce que ce tribunal mettrait peut-être une certaine inertie à exécuter la décision des juges d'appel c'est pourquoi l'art. 472 dit qu'il appartiendra à la Cour d'exécuter son arrêt ou à un autre tribunal qu'elle désignera. Elle renverra l'affaire devant un autre tribunal, mais comme, en pratique, le renvoi devant un autre tribunal est quelquefois gênant, puisqu'il oblige les plaideurs à aller plaider devant un autre tribunal que lui qui était normalement compétent, la jurisprudence

que les juges d'appel, au lieu de désigner un autre tribunal pour l'exécution, ont la faculté de renvoyer devant le tribunal qui a déjà statué, mais en stipulant que ce tribunal devra être composé d'autres juges que ceux qui ont pris part à la décision qui a été infirmée. On respecte ici la volonté de la loi qui craint que les juges, dont la décision a été infirmée, ne mettent un esprit d'obstruction ou de mauvaise volonté à exécuter la décision des juges d'appel qui ont infirmé leur propre décision.

Lorsqu'il y a infirmation d'un jugement interlocutoire la Cour ne peut connaître de l'exécution de son arrêt.

Lorsqu'il s'agit de l'appel d'un jugement interlocutoire et que la Cour a infirmé, le principe c'est que la Cour ne pourra pas statuer et connaître de l'exécution de son arrêt, parce que si la Cour connaissait l'exécution de son arrêt, elle évoquerait. Or on est ici dans un cas où elle ne peut pas évoquer, parce que si la Cour a ordonné une mesure d'instruction, c'est que l'affaire n'est pas en état de recevoir une solution définitive. Il faut donc qu'elle renvoie devant un autre tribunal ou devant le même tribunal composé d'autres juges.

Exception à ce principe.

Le principe que la Cour d'appel doit connaître de l'exécution de son arrêt, lorsqu'elle infirme reçoit une exception, dit l'art. 472, dans les cas où la loi attribue juridiction ; " si le jugement est infirmé l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la Cour qui aura prononcé ou à un autre tribunal, sauf les cas d'emprisonnement, d'expropriation forcée, de saisie immobilière ou lorsque la loi attribue juridiction". Par conséquent, la Cour est obligée de renvoyer devant le tribunal dont la décision a été infirmée si la juridiction de ce tribunal est exclusive pour cette matière ;

D'après la jurisprudence, il est encore d'autres cas dans lesquels la Cour devra renvoyer, mais s'il y a infirmation devant le tribunal exclusivement compétent, c'est notamment en cas de partage de succession et de communauté. C'est une application de ce principe qui est faite couramment par la Cour de Cassation. Supposons qu'un époux ait demandé le divorce, et si en première instance, le divorce n'a pas été prononcé, l'époux demandeur fait appel ; et la Cour d'appel réforme et prononce le divorce ; si l'on s'en tenait au principe de l'art. 472, la Cour d'appel devrait connaître de l'exécution de son arrêt. Mais comme il y a attribution exclusive de juridiction, en ce qui concerne les partages de communautés, la Cour de Cassation décide que la Cour d'appel n'a pas le droit, en prononçant le divorce, de désigner le notaire chargé de liquider la communauté ; il faudra que la Cour d'appel renvoie devant le tribunal de première

instance qui a attribution exclusive de juridiction en matière de partage de communauté et c'est ce tribunal qui désignera le notaire chargé de procéder à la liquidation et au partage de la communauté.

L'appel incident

L'appel incident est l'appel qui est interjeté par l'intimé en réponse à l'appel principal; Il faut supposer que le jugement dont il a été fait appel n'a entièrement donné gain de cause à aucune des parties; par exemple, un demandeur a assigné une autre personne devant le tribunal de première instance en 50.000 francs de dommages-intérêts, à raison du soi-disant préjudice que le défendeur lui aurait causé; le défendeur conteste sa responsabilité, il soutient qu'il n'a pas commis de faute; le tribunal ne donne satisfaction à aucune des parties; il constate que le défendeur a commis une faute, mais il ne le condamne qu'à 5.000 francs de dommages-intérêts; Supposons que le défendeur ait fait appel principal et demandé à la Cour de réformer la décision et de décider qu'il n'a pas commis de faute et ne doit pas de dommages-intérêts; le tribunal n'est saisi de l'appel que dans la mesure où le jugement fait grief au défendeur par conséquent, en vertu de la règle "tantum devolutum quantum appellatum" le tribunal saisi de l'appel du défendeur ne pourrait pas augmenter le chiffre de l'indemnité auquel il a été condamné, il ne peut que réformer au profit de l'appelant, c'est-à-dire diminuer les dommages-intérêts ou constater qu'il ne doit pas de dommages-intérêts. Le demandeur, qui n'a pas obtenu entière satisfaction peut, à son tour, faire appel et cet appel incident, a pour conséquence de permettre à la Cour de connaître de l'affaire tout entière, telle qu'elle s'est présentée devant le premier tribunal; à la suite de cet appel incident, la Cour pourra réformer et augmenter le chiffre des dommages-intérêts au profit du demandeur.

Règles particulières de l'appel incident.

L'appel incident est soumis à certaines règles particulières qui sont la conséquence de cette idée que l'appel incident est considéré comme une sorte de défense à l'appel principal.

1ère règle.

Première règle particulière; il peut être intenté même par la partie qui a acquiescé au jugement, notamment en signifiant le jugement sans réserve d'appel et qui a renoncé, par conséquent, à faire appel principal. Le principe est posé par l'art. 443 du Code de procédure qui dit que celui qui a renoncé à l'appel principal peut encore faire appel incident; la raison est la suivante c'est que celui qui a acquiescé au jugement et renoncé à l'appel a fait une sorte de geste de conciliation, il a manifesté son intention d'en rester là; mais son adversaire fait appel; dans ces conditions, on restitue en quelque sorte

celui qui a renoncé à faire appel principal dans ses droits, en lui permettant de faire appel incident.

ème règle.

Deuxième règle particulière à l'appel incident : il n'est pas soumis au délai d'appel principal. L'art. 443 dit que l'appel incident peut être interjeté en tout état de cause; jusqu'à la clôture du débat, on a la possibilité de faire appel incident.

ème règle.

Troisième règle particulière; c'est la forme dans laquelle l'appel doit être interjeté. Pour faire appel incident, il n'est pas nécessaire de procéder par voie d'assignation; en effet, l'appelant principal a constitué avoué, l'intimé a également constitué avoué sur l'appel principal; l'appel incident se fera seulement par acte d'avoué à avoué; La Cour de Cassation décide même que l'appel incident peut avoir lieu sans forme; il peut résulter du seul fait que l'intimé a déclaré reprendre en appel ses conclusions de première instance. Voir arrêt de la Cour de Cassation du 11 Avril 1922 (Gazette du Palais 1922 - 2ème semestre 143 -).

Le sort de l'appel incident par rapport à l'appel principal.

Il reste une dernière question relative à l'appel incident; c'est la question de savoir si le sort de l'appel incident est nécessairement lié à celui de l'appel principal. Il faut supposer que l'appel principal est déclaré nul, ou irrecevable. Quel est alors le sort de l'appel incident ? Deux opinions sont soutenues à cet égard; d'après une première opinion, l'appel incident étant une sorte d'appel accessoire, est, en quelque sorte, lié à l'appel principal et disparaît avec lui; du moment que l'appel est nul, irrecevable, l'appel incident tombe par soi-même. D'après une seconde opinion, l'appel incident est indépendant de l'appel principal et il subsiste malgré la nullité de cet appel. La loi donne, d'une façon absolue, à l'intimé, le droit de faire appel incident, en tout état de cause. Sans doute, pour qu'il y ait appel incident, il faut qu'il y ait appel principal, mais, du moment qu'il y a eu appel principal et qu'un appel incident a été formé, l'intimé a le droit de demander à la Cour de statuer sur son appel incident.

La requête civile.

Définition.

La requête civile est une voie de recours extraordinaire par laquelle on demande au tribunal qui a rendu une décision en dernier ressort, de rétracter cette décision pour l'une des causes limitativement énumérées par la loi.

Les causes d'ouverture de la requête civile ont

pour fondement, l'erreur du juge, mais erreur involontaire, erreur non imputable à ce juge et c'est ce qui explique que la requête civile soit une voie de rétractation; on revient devant le juge qui a été induit en erreur pour l'une des causes indiquées par la loi et on lui demande de reconnaître cette erreur et de rétracter en conséquence, sa décision.

La requête civile diffère en cela du recours en cassation qui suppose une erreur de droit des juges, en tous cas, une erreur volontaire, c'est-à-dire une erreur commise en connaissance de cause, alors que le juge a eu son attention appelée sur la question de droit soulevée devant lui.

Historique.

La requête civile est venue de l'ancien Droit où elle avait remplacé une autre institution appelée la "proposition d'erreur". Elle fut réglementée par l'ordonnance de 1667 qui énuméra, d'une manière limitative les cas d'ouverture de la requête civile. Sur ce point, les rédacteurs du Code de procédure n'ont fait que reproduire, à peu près textuellement dans les articles 420 et 421, les dispositions de l'ordonnance de 1667. Cette répétition servile est la source de certaines difficultés.

L'appellation donnée à cette voie de recours, requête civile, s'applique parce que cette requête était adressée aux juges et libellée en termes non blessants; on s'adressait aux juges que l'on disait avoir été induits en erreur et non s'être trompés.

Décisions susceptibles de requêtes civiles.

D'après l'art. 480 la requête civile n'est recevable que contre les jugements des tribunaux de première instance et d'appel. Mais l'opinion générale consacrée par la jurisprudence, l'étend aux jugements des tribunaux de commerce, et des juges de paix; un texte formel l'étend aux décisions des Conseils de prudhommes mais la requête civile ne s'applique pas aux ordonnances des référés; le juge des référés a toute possibilité de modifier sa décision lorsqu'il lui est prouvé qu'il a été induit en erreur; on peut toujours retourner devant lui et obtenir modification de la décision prise.

D'autre part, les arrêts de la Cour de Cassation ne sont jamais susceptibles de la requête civile; cela résulte de l'ordonnance de 1738 sur la procédure de la Cour de Cassation.

Pour qu'une décision soit susceptible de requête civile, il faut qu'elle soit rendue en dernier ressort.

Pour qu'une décision puisse être attaquée par la requête civile, il est absolument indispensable que cette décision ait été rendue en dernier ressort, l'art. 480 l'exige expressément (Cette condition est également exigée pour le recours en cassation).

Par conséquent, sont susceptibles de la requête

civile, d'abord les arrêts des Cours d'appel qui sont toujours en dernier ressort; quant aux jugements des juridictions inférieures, ils ne sont susceptibles de requête civile que lorsqu'ils sont rendus en dernier ressort, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas susceptibles d'appel; on ne peut donc pas attaquer par la voie de la requête civile un jugement d'un tribunal de première instance, de tribunal de commerce ou de juge de paix rendu en premier ressort alors même que les délais d'appel se seraient expirés; il appartenait à la partie mécontente du jugement de former appel; si elle ne l'a pas fait, elle s'est fermée la voie de la requête civile et celle du recours en Cassation. En un mot, il faut user d'abord de la voie de recours ordinaire et c'est seulement si l'on a usé de cette voie de recours ordinaire qu'on pourra, à l'occasion user de la requête civile. Toutefois, la loi ne se montre pas aussi stricte en ce qui concerne l'opposition; l'art. 480 admet la requête civile (et la règle est la même pour le pourvoi en cassation) contre les jugements par défaut, en dernier ressort, qui ne sont plus susceptibles d'opposition; la partie condamnée par défaut, qui n'a pas fait opposition, peut user de la requête civile, à la condition que le jugement par défaut soit en dernier ressort; s'il était en premier ressort, elle devrait faire appel.

En ce qui concerne les jugements d'avant-faire droit, la règle est la même que pour l'appel; les jugements préparatoires ne peuvent être attaqués par la requête civile que conjointement avec le jugement définitif sur le fond; au contraire, les jugements interlocutoires peuvent être attaqués immédiatement par la voie de la requête civile.

Cas d'ouverture
de la requête
civile.

Les cas où la requête civile est ouverte sont énumérés dans les art. 480 et 481, du Code de procédure ils sont au nombre de onze; cette énumération est limitative. Ces cas ne sont pas tous de la même nature; on peut les diviser en trois groupes.

Le premier groupe comprend des cas dans lesquels il y a eu mal jugé, à raison d'une erreur de fait involontaire de la part du juge, erreur de fait ayant son origine dans les agissements de l'une des parties ou de son mandataire; ici, la requête civile constitue une véritable instance en révision pour cause d'erreur de fait; c'est une voie de recours qui correspond en matière criminelle à la révision.

On ne peut pas se pourvoir par la requête civile pour n'importe quelle erreur de fait; il faut qu'elle soit involontaire de la part du juge, mais il faut surtout qu'elle ait été provoquée par certains agissements

énumérés par le Code de procédure qui sont: le dol personnel, la production de pièces fausses et la rétention de pièces décisives.

Le dol personnel

I°- Le dol personnel est prévu par l'art. 480. On prétend que les juges ont été induits en erreur par le dol d'une partie; le dol qui autorise la requête civile est de même nature que celui qui entache de nullité un contrat; c'est-à-dire qu'il exige une manœuvre pratiquée par l'une des parties ou son représentant et que cette manœuvre ait déterminé la conviction du juge par exemple, la subornation de témoins par l'une des parties ou la collusion de l'une des parties avec le représentant de son adversaire, ou encore, l'interception de la correspondance de l'une des parties; ce sont des faits de dol personnel qui ont pu amener le juge à commettre une erreur de fait.

La production de pièces fausses.

Le second cas d'erreur de fait est celui où le jugement a été rendu sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement, art. 480 -9°. Il est possible que cette production de pièces fausses ait amené le juge à former sa conviction. La partie qui a à souffrir de cet état de chose, demandera au juge, par la voie de la requête civile, de rétracter sa décision. Lorsque l'une des parties a produit sciemment les pièces fausses cette manœuvre rentre dans le dol personnel; par conséquent, le cas envisagé par l'art. 480 9°, est le cas spécial où la production des pièces fausses n'a pas eu lieu en connaissance de cause.

La rétention de pièces décisives.

Enfin, le troisième cas dans lequel il y a eu erreur de fait, c'est celui où, depuis le jugement, art. 480 10°, les pièces décisives qui avaient été retenues par le fait de la partie, ont été recouvrées. Il faut supposer que la partie qui a gagné son procès avait entre les mains des pièces décisives qu'elle n'a pas produites et qui ont été recouvrées par son adversaire, depuis que le jugement a été rendu. La partie à qui cette absence de pièces décisives a fait grief peut exercer la requête civile. Si cette rétention a été volontaire, c'est un cas de dol personnel, mais l'art. 480 10° a été écrit pour le cas où la rétention des pièces décisives a été involontaire de la part de celui à qui elle est imputée.

Le second groupe de cause d'ouverture à requête civile comprend des cas dans lesquels il y a violation de la loi, d'une nature particulière.

L'erreur "in judicando"

Il y a en effet deux manières de méconnaître la loi; La loi peut être violée : I°- par le juge en tant qu'il statue sur le litige, qu'il donne la solution d'une question de droit dans le dispositif de son jugement ou de son arrêt; ici, c'est l'erreur dans le jugement

qu'on appelle quelquefois erreur " in judicando ". L'erreur dans le dispositif du jugement n'est jamais un cas d'ouverture à requête civile; elle donne ouverture au recours en cassation, quand le jugement est en dernier ressort.

L'erreur " in procedendo ".

En second lieu, la loi peut être méconnue en ce sens que les règles, suivant lesquelles les procès doivent être instruits et jugés, ont été méconnues ou violées. Ici l'erreur peut provenir soit du juge lui-même, soit des parties qui n'ont pas accompli les actes qu'elles devaient accomplir, ou observé les délais qui s'imposaient à elles; ou bien c'est le juge qui, dans son jugement, ou au cours de l'instruction de l'affaire, n'a pas observé les formalités qui lui ont été prescrites; il n'y a pas erreur dans le dispositif du jugement, il y a méconnaissance des règles de la procédure par le juge ou par les parties; c'est ce que l'on appelle quelquefois l'erreur " in procedendo ".

Lorsqu'il y a erreur " in procedendo ", méconnaissance des règles suivant lesquelles doivent être instruits et jugés les procès, cette erreur donne parfois ouverture à la requête civile. Mais ce qui fait la difficulté de cette matière, c'est que, dans certains cas, l'erreur in procedendo, est aussi une cause d'ouverture à cassation, notamment l'inobservation des formes; cette dernière est, soit une cause d'ouverture à requête civile, soit une cause de recours en cassation.

Cas d'erreurs
" in procedendo "

Il faut voir dans quels cas la requête civile est ouverte lorsqu'il y a eu erreur " in procedendo ". Il en est ainsi tout d'abord (art. 482), lorsque les formes prescrites, à peine de nullité, ont été violées, soit avant, soit lors des jugements, pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties. Mais la difficulté c'est que l'inobservation de formes est aussi une cause de recours en cassation et les deux voies ne sont pas ouvertes indifféremment aux parties, c'est nécessairement l'une ou nécessairement l'autre; on retrouvera cette question en étudiant le recours en cassation (V. plus loin).

Un autre cas, dans lequel il y a erreur " in procedendo " et, par conséquent, ouverture à requête civile, est prévu par l'art. 480 8°; il faut supposer que la communication au ministère public, lorsqu'elle est exigée par la loi, n'a pas eu lieu et que le jugement a été rendu contre celui pour lequel cette communication était ordonnée; la communication au ministère public est ordonnée notamment dans les procès qui intéressent les mineurs ou les femmes dotales pour ce qui intéresse leur dot; Si, dans un de ces cas les pièces n'ont pas été communiquées au ministère public, le mineur ou la femme

qui aura perdu son procès pourra se pourvoir par la requête civile et faire annuler le jugement ou l'arrêt rendu en méconnaissance de la loi.

L'art. 480, 2°, 3° et 4°, ouvre encore la requête civile; si le jugement a été prononcé sur choses non demandées "extra petita" ou s'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé, ultra petita; ce sont deux vices du même genre; par exemple, on avait demandé le capital et le tribunal attribue le capital et les intérêts "extra petita"; ou bien on avait demandé 20.000 francs de dommages-intérêts et le tribunal en a accordé 25.000 "ultra petita"; la requête civile est encore ouverte dans le cas inverse, si le tribunal a omis de prononcer sur un chef de la demande; il y a omission de statuer.

La loi prévoit encore d'autres cas dans lesquels la requête civile est ouverte parce qu'il y a erreur "in procedendo". Il en est ainsi quand le juge a rendu des décisions qui sont inconciliables; d'abord quand il y a, dans le même jugement, des dispositions contraires, art. 480, 7°; par exemple, le juge a décidé qu'il y avait compensation et que le défendeur assigné était libéré par la compensation et que le défendeur assigné était libéré par la compensation puis, se mettant en contradiction avec son principe, il condamne le débiteur à payer ce qu'on lui réclame. La requête civile est encore ouverte si il y a contrariété de jugements, en dernier ressort, entre les mêmes parties et sur le même moyen, dit l'art. 480, 6°. Si le même tribunal ou la même Cour, dans la même affaire, entre les mêmes parties, sur les mêmes moyens a rendu deux décisions contradictoires, on peut se pourvoir par la requête civile, contre la seconde décision, qui a méconnu l'autorité de la chose jugée par la première.

L'inobservati-
on des formes
et l'erreur de
fait sont des
cas d'ouvertu-
re à requête
civile.

L'art. 481 prévoit un troisième groupe de cas d'ouverture à requête civile. L'art. 481 décide que l'Etat, les Communes, les établissements publics et les mineurs seront reçus à se pourvoir s'ils n'ont été défendus, ou s'ils ne l'ont été valablement". Il y a ici, absence ou insuffisance de défense des mineurs, des interdits, ou des personnes morales publiques. Cela se présente dans deux cas; d'abord dans le cas où les formes prescrites pour les mineurs ou les personnes morales administratives n'ont pas été observées. En second lieu, la requête civile est ouverte à l'incapable ou à la personne morale, alors même que les formes ont été observées, si le mineur ou les personnes morales ont été mal défendus, c'est-à-dire si on n'a pas fait valoir en leur faveur un argument décisif, qui aurait peut-être emporté opinion des juges. Dans tous ces cas, l'ordonnance de 1667 admettait l'ouverture de la requête civile et comme l'art. 481

est la copie intégrale de l'ordonnance de 1667, on permettra l'ouverture de la requête civile, non seulement lorsque les formes habilitantes n'ont pas été observées mais encore lorsque les intéressés n'ont pas été bien défendus.

la requête civile dans le projet de réforme du code de procédure.

Tels sont les différents cas de requête civile; tout cela est très compliqué et assez critiquable. Si l'on réformait le Code de procédure, on ne donnerait plus à la requête civile un champ d'application aussi vaste; le véritable champ d'application de la requête civile c'est l'erreur de fait; c'est ce que fait d'ailleurs le projet de réforme du Code de procédure qui ne conserve la requête civile que dans ce dernier cas et lui enlève son nom un peu mystérieux en le remplaçant tout simplement par celui de "procédure de révision".

Quant à l'inobservation des formes, elle est toujours, d'après le projet de réforme, un cas d'ouverture de recours en cassation.

Enfin, dans les cas spéciaux où il y a "ultra petita" omission de statuer, dispositions contraires dans le même jugement, le projet de réforme du Code de procédure crée une procédure particulière et très simple qui n'est plus une voie de recours mais une simple action en rectification de jugement. Actuellement, la rectification des jugements, n'est admise que d'une manière très étroite, le projet de réforme s'inspirant de certaines législations étrangères admet la rectification dans des cas beaucoup plus nombreux, et, notamment, en cas "d'ultra petita" dans le cas de dispositions contraires dans le même jugement, on retournerait devant le même juge auquel on ferait constater son erreur, erreur qu'il pourrait rectifier suivant une procédure très simple.

le délai de la requête civile.

Le délai pour se pourvoir par la voie de requête civile est le même que le délai d'appel, en principe deux mois, à dater de la signification du jugement attaqué (art. 483 du Code de procédure); mais ce délai peut être prolongé dans certains cas, notamment lorsque les cas d'ouverture de requête civile sont: le dol ou la découverte de pièces nouvelles) le délai ne court que du jour où le dol a été reconnu ou les pièces décisives découvertes (par conséquent, cela peut être très longtemps après que le jugement a été rendu) mais à la condition qu'en cas de dol, ou de rétention de pièces décisives, il y ait preuve par écrit du jour où le dol a été découvert ou les pièces retenues ont été récupérées; Ce sont des dispositions extrêmement formalistes.

Si le tribunal a rendu deux jugements contraires, dans la même affaire, le délai de la requête civile court seulement du jour de la signification du dernier jugement

La juridiction compétente pour statuer sur la requête civile est toujours et exclusivement le tribunal ou la Cour qui a rendu la décision attaquée (art. 490); la requête civile est une voie de rétractation. La requête civile exercée ne produit pas d'effet suspensif. Bien plus, l'art. 497 dit que celui qui aura été condamné à délaisser un héritage ne sera reçu à exercer la requête civile qu'après avoir apporté la preuve qu'il a exécuté le jugement; sans cela il s'exposerait à une fin de non-recevoir.

La procédure
de la requête
civile.

Dans notre Droit, la requête civile s'exerce suivant une procédure archaïque, très compliquée, inutilement compliquée. C'est ainsi que la partie qui veut se pourvoir de la requête civile doit la faire précéder d'une consultation de trois avocats exerçant depuis dix ans au moins près du ressort du tribunal ou de la Cour dans lesquels la décision a été rendue; consultation qui doit examiner les chefs de la requête et donner un avis favorable. Il faut ensuite présenter cette requête au tribunal en l'accompagnant de la consignation d'une amende, 300 francs d'amende et, en outre, 150 frs pour les dommages-intérêts, auxquels le requérant pourra être condamné si sa requête n'est pas justifiée; tout cela sous peine de non recevabilité.

Les deux parties
de la procédure
de la requête
civile.

La procédure elle-même se divise traditionnellement en deux parties, en deux procédures auxquelles on a donné les noms solennels de rescindant et de rescisoire.

Le rescindant

Dans le rescindant, le tribunal recherche si l'on est bien dans l'un des onze cas de la requête civile s'il y a bien eu dol personnel, défaut de communication au ministère public, etc. Si le tribunal constate qu'on est bien dans un de ces onze cas, le jugement est rétracté, annulé; si, au contraire, le tribunal constate qu'on n'est pas dans un cas d'ouverture, qu'il n'y a pas fait constitutif de dol, qu'il n'y a pas eu rétention de pièces, etc., il rejettera la requête et tout est fini; le demandeur sera condamné à l'amende.

Le rescisoire.

Mais, si le tribunal accueille la requête, si sur le rescindant, il annule le jugement purement et simplement, le rescindant est terminé, il faut alors commencer la procédure du rescisoire.

Elle va consister à juger de nouveau l'affaire. Le jugement qui a terminé la première instance est annulé par le rescindant, il faut ouvrir le rescisoire et statuer de nouveau sur le litige comme si le tribunal n'en avait jamais connu; le tribunal va de nouveau être saisi de l'affaire et la jugera au fond; peut-être statuera-t-il comme il avait fait la première fois, parce que même s'il a constaté qu'il y a eu dol ou pièces fausses,

les débats nouveaux peuvent démontrer que, malgré ce dol ou cette communication de pièces fausses, celui qui avait gagné la première fois a encore raison, peut-être rendra-t-il au contraire une décision opposée, il est libre; mais cette distinction du rescindant et du rescisoire est tout à fait artificielle, parce qu'il est impossible au juge de chercher, si l'on est dans un cas de requête civile sans examiner le fond pour savoir si le dol ou la production d'une pièce fausse a une influence sur le jugement; il y aurait intérêt à réunir ces deux procédures en une seule.

" Requête civile sur requête civile ne vaut".

La décision sur le rescindant ou sur le rescisoire n'est plus susceptible de requête civile (art. 503) " requête civile sur requête civile ne vaut". Par contre la décision par rescindant ou rescisoire peut toujours être l'objet d'un recours en cassation, mais elle n'est jamais susceptible d'appel parce que la décision sur le rescindant et le rescisoire prend la place de la décision attaquée; or, la décision attaquée est toujours une décision en dernier ressort, puisque la requête civile n'est ouverte que contre les décisions en dernier ressort.

Le recours en Cassation.

Définition.

Le recours en cassation est une voie de recours extraordinaire, par laquelle on défère à la Cour de Cassation les jugements ou les arrêts en dernier ressort auxquels on impute, d'une façon générale, une violation de la loi. On a vu, en étudiant l'organisation judiciaire, quelle est l'origine de la Cour de Cassation. Le recours en cassation existait dans l'ancien Droit. Au conseil des parties, la loi du 27 Novembre 1790 a substitué la Cour de Cassation, dont on a déjà vu le rôle.

Textes concernant le pourvoi en cassation.

Le Code de procédure ne s'occupe pas du pourvoi en cassation pour la raison que l'ordonnance de 1667 ne s'en occupait pas et les rédacteurs du Code de procédure se sont inspirés de l'ordonnance de 1667. Mais l'ordonnance de 1667 avait une raison à ne pas s'occuper du recours en Cassation, parce qu'à cette époque, le recours en cassation était quelque chose d'assez peu précis et, en réalité, d'assez exceptionnel, mais en 1806, lorsqu'on a rédigé le Code de procédure, le recours en cassation était quelque chose déjà de très pratique et les rédacteurs du Code de procédure n'étaient pas excusables de l'ignorer. Un seul texte du Code de procédure l'art. 504, vise un cas de pourvoi en cassation, le contrariété de jugements, qui est un des cas les moins pratiques.

Tout ce qui concerne la Cour de Cassation est

contenu dans la loi du 27 Novembre 1790 et dans la loi du 2 Juin 1862; la procédure du recours en cassation est contenue dans un règlement qui date de 1738 et qui est encore applicable aujourd'hui.

Les jugements et décisions en dernier ressort sont seuls susceptibles de recours en cassation.

Les décisions susceptibles de recours en cassation sont les jugements et arrêts rendus en dernier ressort; par conséquent, si un jugement est susceptible d'appel, le pourvoi en cassation n'est pas recevable, quand bien même la partie aurait laissé expirer le délai sans faire appel; il lui appartenait de faire appel, de faire réformer le jugement par la voie d'appel, elle n'a pas usé de cette voie de recours, donc elle s'est fermé le recours en cassation. (loi de 1790, art. 2). Il faut que le jugement soit en dernier ressort, le pourvoi en cassation est donc toujours ouvert contre les arrêts d'appel, qui sont toujours en dernier ressort; quant aux jugements des juridictions inférieures, ils ne sont susceptibles de recours que lorsqu'ils sont rendus en dernier ressort, c'est-à-dire quand ils ne sont pas susceptibles d'appel; toutefois, et la règle est ici la même que pour la requête civile, lorsqu'il s'agit de jugement par défaut, le pourvoi est recevable, à la condition que le délai de l'opposition soit expiré, quand bien même on n'aurait pas usé de cette voie de recours qu'est l'opposition mais, bien entendu, il faut que le jugement par défaut soit en dernier ressort. S'il était en premier ressort il serait susceptible d'appel et le pourvoi en cassation ne serait pas ouvert. (Loi du 2 Juin 1862, art. 1er).

Toutes les décisions en dernier ressort de toutes les juridictions sont susceptibles du pourvoi en cassation, exception faite toutefois pour cette juridiction minuscule et locale que l'on appelle les Prudhommes pêcheurs de la Méditerranée qui sont une juridiction souveraine dont les décisions ne sont susceptibles ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. Jusqu'en 1915, cependant, les décisions des juges de paix ne pouvaient être l'objet d'un recours en cassation, que pour excès de pouvoir et non pour violation de la loi, ce qui permettait à un juge de paix, statuant en dernier ressort, de commettre toutes les violations de la loi qu'il voulait sans que sa décision fût susceptible d'aucun recours. C'est une des raisons qui ont amené la Cour de Cassation à élargir la notion d'excès de pouvoir, afin de pouvoir censurer et casser certaines décisions des juges de paix. Depuis la loi du 22 Décembre 1915 qui a décidé que les jugements des juges de paix pourraient être l'objet d'un recours en cassation pour violation de la loi, les juges de paix sont sur

Cas d'ouverture
du pourvoi en
cassation.

On peut dire, en prenant la formule dans un sens très large, qu'il n'y a qu'une seule cause d'ouverture en cassation; c'est la violation de la loi. Cette formule n'est peut-être pas inexacte, mais elle n'est pas précise et cela ne correspond pas aux termes de la loi de 1790 qui est la charte originaire de la Cour de Cassation. La loi de 1790, dans son art. 3, fixe les attributions de la Cour de Cassation, en indiquant deux cas d'ouverture à cassation:

1°- L'inobservation des formes requises à peine de nullité.

2°- La violation de la loi dans le dispositif du jugement.

Nous retrouvons ici la distinction entre l'erreur "in judicando" et l'erreur "in procedendo". La loi de 1790 dit que la Cour de Cassation annulera toutes les décisions dans lesquelles les formes n'auront pas été observées et tout jugement qui renfermera une contravention expresse au texte de la loi.

En un mot, la Cour de Cassation est investie d'une double mission par la loi de 1790; elle veille à ce que les juges fassent une exacte application de la loi, en tant qu'ils jugent les litiges et, d'autre part, la Cour de Cassation veille à ce que, dans l'accomplissement de leurs fonctions, les tribunaux observent les règles de forme auxquelles ils sont astreints dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Donc deux grandes catégories: violation des formes, violation de la loi. Depuis la loi de 1790 certaines dispositions ont dégagé d'autres causes d'ouverture, mais qui étaient en somme, implicitement comprises dans l'une ou l'autre des deux premières; c'est ainsi que l'on a dégagé dans des textes postérieurs l'excès de pouvoir, l'incompétence et la contrariété de jugements prévus par l'art. 504 du Code de procédure, mais tous ces cas sont des cas de violation de la loi ou d'inobservation des formes, on pouvait les faire rentrer dans l'une ou l'autre catégories; mais ce sont des cas qui sont soumis à quelques règles particulières; c'est pourquoi on en fait des causes spéciales d'ouvertures à cassation.

Les six causes
d'ouverture à
cassation.

Finalement, on distingue cinq causes d'ouverture à cassation; l'inobservation des formes, la violation de la loi, dans le dispositif du jugement, l'incompétence, l'excès de pouvoir, la contrariété de jugements; La Cour de Cassation a ajouté un sixième cas d'ouverture qui n'est pas prévu par la loi, c'est le défaut de base légale.

L'inobservation
des formes.

La Cour de Cassation annule toute procédure dans laquelle les formes auront été violées; bien entendu, il faut qu'il s'agisse de formes prescrites à peine de nullité.

Il ne peut être question de casser un jugement sinon pour violation des formes prescrites à peine de nullité. Mais il y a ici une difficulté, c'est que l'inobservation des formes est aussi une cause d'ouverture à requête civile; l'art. 480 dit, en effet, qu'il y aura lieu à requête civile lorsque les formes prescrites à peine de nullité auront été violées. La difficulté est la suivante : dans quels cas l'inobservation des formes est-elle une cause d'ouverture à requête civile et dans quels cas est-elle une cause de recours à cassation?

Comme on l'a déjà dit, les parties n'ont pas le choix entre l'une ou l'autre voie de recours : celles-ci n'existent pas concurremment et il y a par conséquent danger à s'engager dans une voie mauvaise parce que, les délais étant les mêmes, si l'on intente la requête civile, alors qu'on aurait dû intenter le recours en cassation, quand la requête civile sera repoussée, il sera trop tard pour se pourvoir en cassation et inversement. Il y a donc grand intérêt à savoir quelle est celle des voies de recours extraordinaires que l'on doit prendre

Les quatre cas
d'inobservation
des formes.

La question a perdu une partie de son intérêt depuis la loi du 20 Avril 1810, art. 7 qui décide que l'on doit toujours se pourvoir en cassation dans quatre cas :

1°- Quand les arrêts ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrits.

2°- Quand les juges, qui ont rendu la décision, n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause.

3°- Quand les jugements n'ont pas été rendus publiquement.

4°- Quand les jugements et arrêts ne sont pas motivés.

Criterium de la
requête civile
et du pourvoi
en cassation
proposé par
certains au-
teurs.

Voilà quatre cas d'inobservation des formes qui sont toujours des cas d'ouverture à cassation, pas de doute possible sur ce point. D'après une opinion, le critérium de la distinction de la requête civile et du pourvoi en cassation est le suivant : la requête civile suppose, dit-on, que le juge a commis une erreur involontaire et qu'il se montrera, en conséquence, assez disposé à reconnaître cette erreur et à rétracter sa décision, ce qui explique que la requête civile soit une voie de rétractation. Si donc personne n'a appelé l'attention du juge sur l'inobservation des formes qui a été commise, c'est un cas d'ouverture à requête civile, parce que c'est une erreur involontaire, mais si une des parties a appelé l'attention des juges par des conclusions appropriées et précises, on peut dire ici que l'erreur est volontaire et qu'il y a violation de la loi; c'est alors le recours en cassation qui est ouvert.

Tel est le critérium proposé par certains auteurs,

pinion de la
jurisprudence.

mais il est une autre opinion qui semble être admise par la jurisprudence. Il ne faut pas distinguer si l'erreur du juge est volontaire ou involontaire, mais si l'inobservation de formes est, ou non, imputable au juge. D'abord, toutes les fois que le juge aura commis cette violation des formes dans son jugement, toutes les fois qu'il s'agira d'une forme à observer par le juge lui-même, que le juge ait méconnu cette forme volontairement ou par omission, il est inexcusable de l'avoir commise; l'inobservation des formes lui est imputable, on ne peut pas lui demander de se censurer lui-même; ici, l'inobservation des formes par le juge, dans son jugement est une cause d'ouverture à cassation et jamais une cause d'ouverture à requête civile et l'on peut invoquer l'art. 7 de la loi de 1910 qui dit que dans les cas qu'il fixe, c'est le pourvoi en cassation qui est seul ouvert, parce qu'ici il s'agit d'une violation des formes commise par les juges eux-mêmes. Or les juges doivent connaître la loi et sont inexcusables de l'avoir méconnue. Donc la requête civile ne sera admise en cas de violation des formes que lorsque les formes violées l'auront été par les parties, car la violation des formes par les parties peut être ignorée des juges si aucune des parties n'a appelé, par des conclusions, l'attention des juges sur cette violation; en ce cas, l'erreur est purement involontaire de la part du juge, la requête civile sera ouverte; mais, si l'autre partie, dans ses conclusions, a appelé l'attention du juge sur cette violation, si elle a demandé l'annulation et que le juge l'ait refusée, c'est le pourvoi en cassation qui est ouvert. Il faut ajouter que lorsqu'il s'agit d'une inobservation des formes imputables aux parties, la nullité aura presque toujours été couverte; dès lors, la requête civile ne sera plus recevable.

En fait, presque tous les cas d'inobservation des formes sont du domaine de la requête civile.

Restent donc, dans le domaine de la requête civile, un certain nombre de cas : omission de statuer, "extra petita" "ultra petita", contrariété de jugements, mais encore, dans ces cas, le recours en cassation est-il ouvert lorsqu'à l'un de ces vices se joint une violation de la loi.

La violation
de la loi.

La seconde cause d'ouverture à cassation est la violation de la loi dans le dispositif du jugement. Pour qu'il y ait ouverture à cassation, il faut que la violation de la loi ait été commise dans le dispositif. La Cour de Cassation considère même qu'en présence d'un dispositif exact, elle a le droit de suppléer les motifs. La question peut se présenter dans deux cas : il est très possible que, le dispositif étant exact, le juge

ait donné des motifs erronés et des motifs exacts; en pareil cas, la Cour de Cassation dit que les motifs erronés sont surabondants et n'en tient pas compte: mais elle va plus loin, en présence d'un dispositif exact, motivé par des motifs entièrement erronés, elle se refuse à casser et elle supplée les motifs de pur droit que les juges auraient dû donner.

D'après le texte de la loi de 1790, le recours en cassation n'est ouvert qu'en cas de contravention expresse au texte de la loi, mais à la suite d'une évolution la jurisprudence, consacrée par l'art. 4 du Code civil, qui décide que le juge n'a pas le droit de refuser de juger sous prétexte d'obscurité de la loi, le juge doit aujourd'hui interpréter la loi. La Cour de Cassation doit donc censurer non seulement la contravention expresse au texte de la loi, mais encore la fausse interprétation de la loi, c'est-à-dire d'abord l'interprétation qui fait dire à la loi ce qu'elle n'a pas voulu dire et puis aussi la fausse application de la loi, c'est-à-dire l'application de la loi à un cas pour lequel elle n'est pas faite et, au contraire, le refus d'application de la loi à un cas pour lequel elle est faite.

Que faut-il entendre par loi? Il s'agit d'abord de la loi qui est l'œuvre des Chambres, mais aussi les décrets-lois formulés dans les périodes de changement et de régime politique. Il faut assimiler à la loi les règlements d'administration publique, rendus en exécution de la loi; la violation du règlement d'administration publique est une violation de la loi au même titre que la violation de la loi proprement dite, de la loi "stricto sensu".

Par contre, n'est pas une violation de la loi, la violation des usages; la Cour de Cassation n'admet pas que la coutume soit une source de Droit, dont la violation puisse être censurée par elle et, à plus forte raison, en est-il ainsi du simple usage.

Il s'agit du respect de la loi française.

Mais, la Loi dont la Cour de Cassation assure l'application, est-ce la loi française, ou est-ce que cela comprend aussi la loi étrangère? Ce qui est certain, c'est que la Cour de Cassation est chargée de censurer la mauvaise interprétation de la loi française, mais, que décider, lorsqu'il y a mauvaise interprétation de la loi étrangère? La Cour de Cassation fait ici une distinction qui est critiquée par beaucoup d'auteurs de Droit international, mais qui paraît au fond assez exacte; la Cour de Cassation décide que dans la mesure où le juge du fond n'a pas appliqué la loi étrangère, alors que cette application est commandée par les principes du Droit international privé, il a commis une violation de la loi; il y a en ce cas méconnaissance de la loi française qui prescrivait

l'application de la loi étrangère. Lorsque les juges ont appliqué les lois étrangères qu'ils devaient appliquer en vertu des principes français, la Cour de Cassation se désintéresse de l'interprétation qu'ils donnent à cette loi étrangère.

Certains auteurs s'insurgent contre cette dernière solution de la Cour de Cassation et disent qu'en pareil cas, la violation de la loi étrangère devrait être sanctionnée au même titre que la violation de la loi française. D'après M. MOREL la Cour de Cassation est bien restée dans son rôle, lorsqu'elle refuse de censurer la mauvaise interprétation de la loi étrangère. En effet, l'interprétation de la loi étrangère par les tribunaux français correspond à une fonction différente de celle qui leur est dévolue dans le cas où ils interprètent la loi française. Lorsqu'il s'agit de la loi française, la Cour de Cassation est chargée d'assurer l'unité d'interprétation, mais lorsqu'il s'agit de la loi étrangère, la Cour de Cassation n'a pas du tout pour mission d'assurer l'unité d'interprétation de la loi étrangère. En quoi consiste alors l'application de la loi étrangère par les tribunaux français ? Elle consiste uniquement à rechercher, d'après la loi écrite, la jurisprudence, la doctrine étrangères, quel que soit le sens de la loi étrangère. C'est là une simple constatation de fait et la Cour de Cassation a raison de se refuser à l'examen de cette question de fait.

Il y a d'autres cas d'ouverture à cassation qui ont été dégagés par la loi de 1790; c'est d'abord l'incompétence.

L'incompétence

L'incompétence ne donne pas toujours ouverture à cassation dans les mêmes conditions. Il faut distinguer l'incompétence absolue et l'incompétence relative. Lorsqu'il y a incompétence absolue et par conséquent d'ordre public, elle peut être invoquée, pour la première fois, devant la Cour de Cassation et la Cour de Cassation a le droit de la soulever d'office au moyen d'ordre public.

Au contraire, l'incompétence relative est couverte par les conclusions au fond; par conséquent, celui qui n'aura pas soulevé l'incompétence relative " in limine litis " ne pourra plus se faire une arme de cette incompétence devant la Cour de Cassation. Elle ne peut donc être un moyen de cassation que si le défendeur a invoqué l'incompétence relative " in limine litis " et a été débouté, puis a fait appel et a encore été débouté. En pareil cas, il peut se pourvoir contre l'arrêt qui a rejeté son déclinatoire.

L'excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir est un autre cas de cassation prévu par la loi de ventôse, an 8. Il se distingue de l'

de l'incompétence, quoique la distinction soit quelque fois assez malaisée, en ce sens que l'excès de pouvoir est une incompétence aggravée. Du reste, il n'y a plus d'intérêt, en somme, à les distinguer, puisque les décisions des juges de paix sont susceptibles de pourvois même pour violation de la loi. Aujourd'hui, c'est seulement dans le cas où le Procureur général, près la Cour de Cassation se pourvoit à la requête du Gouvernement, pour excès de pouvoir qu'il y a intérêt à faire la distinction, mais s'il s'agit du pourvoi formé par la partie, qu'il s'agisse d'excès de pouvoir ou d'incompétence, les conditions dans lesquelles ce pourvoi sera formé et jugé sont exactement les mêmes dans les deux cas.

La contrariété de jugements.

La contrariété de jugements est prévue par l'art. 504 du Code de procédure, c'est la seule cause d'ouverture à cassation qui soit prévue par le Code. Le texte dit : " La contrariété de jugements rendus en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens en différents tribunaux, donne ouverture à cassation". Il faut donc que, entre les parties, sur les moyens et sur le même objet, deux tribunaux aient rendu des décisions contraires en dernier ressort. C'est une hypothèse assez peu vraisemblable et assez rare, mais pas inconnue de la pratique cependant. Il faut supposer que la même affaire ait été portée devant deux tribunaux différents, c'est fort peu vraisemblable. On a vu les précautions que la loi prend pour éviter un pareil résultat. En effet, la loi ouvre aux parties les exceptions d'incompétence, de litispendance, de connexité et aussi la voie du règlement de juges, tout cela pour éviter précisément cette contrariété de jugements en dernier ressort. Lorsque, malgré ces précautions, dans la même affaire, entre les mêmes parties, sur le même objet, sur les mêmes moyens, deux tribunaux ont rendu des jugements contraires, il faut se pourvoir en cassation, pour obtenir l'annulation du second jugement qui est entaché de nullité, pour avoir méconnu l'autorité de la chose jugée par le premier. Ce moyen de cassation est fondé en somme, sur la violation du principe de l'autorité de la chose jugée. Lorsque les deux décisions, en sens contraire, ont été rendues par le même tribunal ou la même Cour, ce n'est plus la voie du pourvoi en cassation qui est ouverte, mais la voie de la requête civile; l'hypothèse est encore plus invraisemblable que la première, car il faut supposer que les juges, les avoués, greffier, ont été changés et que personne ne s'est aperçu que le procès avait déjà été jugé.

Une difficulté se présente à cet égard. Etait-il

bien utile de formuler expressément cette cause d'ouverture à cassation ? La question peut se présenter dans deux hypothèses : On peut supposer en premier lieu que, devant le second tribunal, l'une des parties a invoqué l'autorité de la chose jugée par le premier tribunal ; il faut supposer en outre que le second tribunal a, malgré ces conclusions, persisté à connaître de l'affaire. En pareil cas, l'existence d'un moyen spécial de cassation est inutile ; il suffirait de se pourvoir en cassation pour violation de l'art. 1351 du Code civil, violation du principe de l'autorité de la chose jugée. Pour que l'art. 504 du Code de procédure trouve son utilité, il faut supposer que personne, devant le tribunal saisi en second lieu, n'ait protesté, n'a invoqué la litispendance en supposant que le premier tribunal n'ait pas encore statué ou que personne n'ait fait observer, au second tribunal saisi, qu'un autre tribunal avait déjà statué sur le litige ; dans ce cas, on pourra se pourvoir en cassation contre le second jugement ou arrêt.

Après la jurisprudence, l'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public.

Mais il y a une difficulté qui tient à la conception que se fait la jurisprudence du principe de l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence décide, en effet, d'une manière constante, que le principe de l'autorité de la chose jugée, n'est pas d'ordre public et, par conséquent, si on ne l'invoque pas, on est censé y avoir renoncé. Cette jurisprudence paraît critiquable ; le principe de l'autorité de la chose jugée est, selon M. MOREL, d'ordre public, mais, étant donnée la jurisprudence de la Cour de Cassation, sur l'autorité de la chose jugée, on ne comprend pas l'art. 504 ; si personne n'a appelé l'attention du juge sur l'existence d'un premier jugement, c'est donc que celui qui aurait eu intérêt à invoquer l'autorité de la chose jugée soit être considéré comme y ayant renoncé ; alors comment expliquer que cette personne puisse encore se pourvoir en cassation ? Il n'y a pas de difficulté au contraire, si l'on estime que le principe de l'autorité de la chose jugée est d'ordre public ; ici, pas de renonciation possible au principe et l'on comprend dès lors l'art. 504, car, alors même qu'une partie n'a pas fait valoir le principe devant le second juge, elle est encore en droit de se pourvoir en cassation. L'art 504 est la condamnation même de la jurisprudence qui considère que le principe de l'autorité de la chose jugée est seulement intérêt privé.

Le défaut de base légale.

Il existe un dernier cas d'ouverture en cassation qui n'est pas prévu par les textes, mais est admis

d'une manière constante par la Cour de Cassation. On a qualifié ce moyen de différentes manières, mais enfin, actuellement, on tend à l'appeler "défaut de base légale".

Le défaut de base légale suppose que les motifs de la décision attaquée ne permettent pas de reconnaître si le dispositif est fondé en droit et, par conséquent, ne permettent pas à la Cour d'exercer son contrôle.

La Cour de Cassation a été amenée à considérer le défaut de base légale comme un cas d'ouverture à cassation, parce que si on ne l'avait pas admis, il aurait suffi au juge de donner des motifs vagues ou insuffisants pour mettre en échec le droit de contrôle de la Cour de Cassation, on l'aurait mise dans l'impossibilité de vérifier si les jugements étaient bien ou mal fondés; la Cour de Cassation ne l'a pas voulu; il faut indiquer dans les motifs du jugement sur quels faits le juge s'est fondé pour appliquer la loi. Nombreux sont les cas dans lesquels la Cour de Cassation casse, pour défaut de base légale.

Par exemple, un arrêt décide qu'il y a eu une faute commise par une personne et par conséquent, une responsabilité encourue, mais la Cour ou le jugement n'indique pas d'une manière précise les faits d'où résulterait la faute en question, si bien que la Cour de Cassation est dans l'impossibilité de savoir si réellement il y a eu faute. Ou bien encore, un arrêt décide qu'un individu exerce la profession de commerçant, mais il n'indique pas les faits d'où il a tiré cette qualité; la Cour de Cassation casse, car elle est dans l'impossibilité d'exercer son contrôle. Ou bien encore, un arrêt décide qu'une convention écrite a été modifiée par un accord postérieur, mais l'arrêt ne constate pas que l'accord postérieur a été rédigé par écrit; or il est un principe écrit dans l'art. 1341 du Code civil disant qu'on ne peut pas modifier le contenu d'un contrat écrit, autrement que par écrit. Ce principe a-t-il été violé? La Cour constate qu'il y a eu un accord postérieur, mais elle oublie de dire que l'accord postérieur est rédigé par écrit; La Cour de Cassation casse, parce qu'elle est dans l'impossibilité de savoir si l'art. 1341 n'a pas été violé; c'est un défaut de base légale. Ou encore, un arrêt écarte l'exception de la chose jugée en se bornant à déclarer que les conditions imposées par l'art. 1341 du Code civil sont réunies; la Cour de Cassation casse pour défaut de base légale. Voir arrêt du 10 Novembre 1930 (Gazette du P. du 13 Déc.).

Tels sont les cas d'ouverture à cassation; mais

Exemples de défaut de base légale.

Conditions du
moyen de cassa-
tion.

1°- Il faut que
ce moyen ait été
présenté devant
le juge.

2°- Il faut que
ce soit un
moyen de droit.

il ne suffit pas d'être dans un de ces six cas prévus par la loi ou la jurisprudence; il faut encore que le moyen de cassation, pour être recevable, réunisse certaines conditions.

Pour qu'un moyen de cassation soit recevable, il faut deux conditions; que ce moyen ait été soulevé devant le juge dont la décision est attaquée et que ce moyen soit un moyen de droit et non un moyen de fait.

En premier lieu, un moyen ne peut être proposé, pour la première fois, devant la Cour de Cassation; c'est la conséquence du principe que la Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. La Cour qui ne connaît pas du fond des procès, doit prendre l'affaire telle qu'elle a été présentée aux juges du fond et examinée par eux; elle doit simplement apprécier la solution légale telle qu'elle a été donnée par le juge dont la décision est attaquée d'après les moyens qui ont été produits devant lui; On ne peut pas critiquer un juge de n'avoir pas discuté un moyen qui n'a pas été produit devant lui; par conséquent, il est absolument nécessaire, pour qu'un moyen soit recevable, qu'il ait été produit devant le juge contre la décision duquel le pourvoi en cassation est fait. Il y a donc interdiction des moyens nouveaux devant la Cour de Cassation; c'est une différence entre la Cour de Cassation et la juridiction d'appel; devant cette dernière, si les demandes nouvelles sont interdites, du moins les moyens nouveaux sont recevables. Devant la Cour de Cassation, on ne peut produire ni demande nouvelle, ni moyen nouveau, on ne peut discuter l'affaire que dans les conditions où elle s'est présentée devant les juges, dont la décision est attaquée; par exemple, si on n'a pas invoqué l'autorité de la chose jugée ou l'inaliénabilité de la dot, devant la Cour d'appel, on ne peut pas les invoquer devant la Cour de Cassation.

Un moyen nouveau
est celui qui
n'est pas inséré
dans les quali-
tés.

Comment saura-t-on si un moyen est nouveau, ou au contraire, a été proposé devant la Cour d'appel ou devant le tribunal de première instance contre la décision duquel le pourvoi est formé. C'est en se reportant aux qualités de la décision; de là, l'importance de ce document; il importe beaucoup de rédiger d'une manière très soigneuse les qualités, parce qu'alors, même que, dans les conclusions, un moyen a été invoqué, ce moyen sera considéré comme nouveau s'il n'est pas inséré dans les qualités.

Double tempéra-
ment à l'inter-
diction des moy-
ens nouveaux.

Il faut cependant s'entendre sur la portée de l'interdiction des moyens nouveaux; la Cour de Cassation apporte à cette interdiction un double tempérament. D'abord, la Cour de Cassation admet qu'il est toujours permis devant elle de soutenir un moyen déjà présenté

On peut soutenir devant le juge, dont la décision est attaquée, en l'appuyant d'arguments juridiques nouveaux; ici, ce n'est pas le moyen qui est nouveau, puisqu'il a été présenté devant la Cour ou le tribunal dont la décision est attaquée, mais on se sert d'arguments juridiques nouveaux qu'on n'avait pas présentés devant la Cour d'appel ou le tribunal, et qu'on présente à l'appui du moyen déjà présenté. La Cour de Cassation décide notamment, que si une partie n'a pas invoqué devant le juge du fond, un texte de loi qui trouvait son application dans la cause, cette partie est tout à fait fondée, néanmoins, à étayer son moyen de cassation en soutenant que le texte qui n'avait pas été invoqué devant les juges du fond, ou a été méconnu par ceux-ci. C'est qu'en effet, disent les arrêts de la Cour de Cassation, le juge saisi d'un litige ne peut le résoudre que conformément aux lois qui régissent la matière, alors même qu'on n'a pas invoqué devant le juge, d'une manière précise, le texte qui aurait dû être appliqué. Le tribunal est censé connaître le droit et il est naturel que, devant la Cour de Cassation, on invoque la violation du texte, bien que cela n'ait pas été invoqué devant le juge du fond; c'est ce qu'on exprime quelquefois, d'une manière un peu inexacte, en disant que les moyens de pur droit peuvent être soulevés, pour la première fois, devant la Cour de Cassation; l'expression est mauvaise, ce n'est pas un moyen nouveau, présenté à l'appui d'un moyen qui avait été soumis déjà au juge du fond.

Les moyens touchant à l'ordre public peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour de Cassation.

Il est un second tempérament au principe que les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de Cassation; celle-ci décide, d'une manière constante que l'on peut invoquer, pour la première fois devant elle, les moyens touchant à l'ordre public. C'est ainsi qu'on peut invoquer pour la première fois, devant la Cour de Cassation, un moyen tiré du principe de la séparation des pouvoirs, un moyen fondé sur l'incompétence absolue, un moyen fondé sur l'expiration du délai d'appel, un moyen fondé sur l'inaliénabilité du domaine public, etc. Bien plus, la Cour de Cassation a le droit de soulever elle-même d'office ces moyens, parce que ce sont des moyens d'ordre public.

Il n'y a pas là une véritable exception au principe que les moyens nouveaux sont irrecevables devant la Cour de Cassation; en effet, les juges du fond auraient dû soulever ces moyens, puisque ce sont des moyens d'ordre public.

Devant la Cour de Cassation, il faut distinguer le droit du fait. La Cour de Cassation ne juge pas les faits, elle n'est

Pour qu'un moyen soit recevable devant la Cour de Cassation il faut encore qu'il s'agisse d'un moyen de droit; c'est la seconde condition exigée par la loi.

pas un troisième degré de juridiction; la distinction du fait et du droit est un principe essentiel devant la Cour de Cassation; l'erreur de fait ne peut jamais donner lieu à cassation. La Cour de Cassation considère comme constants les faits, tels qu'ils ont été constatés et appréciés par les juges du fond; ceux-ci ont, à cet égard, un pouvoir souverain, à la condition bien entendu que leur conviction ait été formée sur des moyens de preuve admis par la loi et administrés conformément à la loi. Les juges du fond ont constaté que tel jour, à telle heure, tel fait s'est produit; la Cour de Cassation doit considérer ce fait comme constant; Bien plus, la Cour de Cassation considère comme constante et échappant à son contrôle, ce qu'on appelle quelquefois l'appréciation du caractère moral des faits que les juges du fond ont souverainement constatés; c'est ainsi que, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, les tribunaux décident si une injure est suffisamment grave pour justifier le divorce, si des présomptions sont suffisamment précises et concordantes pour justifier une condamnation. Tous ces points sont du domaine du juge du fond et échappent à la Cour de Cassation. Cependant, ici encore, il faut bien préciser la portée du principe. La Cour de Cassation ne s'isole pas complètement des faits, mais elle contrôle l'application de la loi aux actes et aux faits constatés par les juges du fond; par suite, elle se reconnaît le droit de réviser les jugements en ce qui concerne les qualifications légales données par les juges du fond aux actes et aux faits, qui sont souverainement jugés.

Par exemple, la Cour de Cassation se réserve le droit d'examiner si tel fait a bien le caractère juridique de faute, si tel fait constitue une ratification tacite, si tel fait constitue un acquiescement, si telle déclaration a bien le caractère d'un aveu judiciaire; si tel acte qualifié à titre onéreux n'est pas au contraire à titre gratuit. La Cour de Cassation exerce son contrôle sur les faits tels qu'ils ont été constatés par les juges du fond; elle l'exerce aussi en ce qui concerne les qualifications données; exemple, tel acte est-il une donation ou une vente ? Les faits sur lesquels les juges du fond sont fondés, la Cour de Cassation les tiendra pour constants, mais elle vérifiera la qualification donnée à ces actes, à ces faits.

Une difficulté se présente en ce qui concerne l'interprétation des actes et des contrats; la Cour de Cassation a-t-elle le droit de vérifier l'interprétation d'un contrat donnée par les juges du fond ? La question se pose non seulement pour les contrats, mais pour tous autres actes et notamment pour les actes de dernière

volonté. Par exemple, les juges du fond ont interprété un testament la Cour de Cassation a-t-elle le droit de vérifier leur interprétation ? D'après une jurisprudence qui paraît remonter à l'année 1808, la Cour de Cassation décide qu'il appartient souverainement aux juges du fond de déterminer le sens, la portée des conventions et autres actes; par conséquent, l'interprétation des actes est en principe du domaine souverain des juges du fond; c'est une question de fait, il y a là des recherches d'intention qui sont du domaine du juge de fond; la Cour de Cassation se refuse absolument à interpréter, à réviser l'interprétation d'un contrat donné par le juge du fond. Mais, ici encore, la Cour de Cassation apporte une limite au pouvoir souverain d'interprétation des juges; d'après une jurisprudence constante, elle décide que, s'il appartient aux juges du fond d'interpréter les conventions, il ne leur est pas permis, lorsque ces conventions, il ne leur est pas permis, lorsque ces conventions sont claires et précises, d'en méconnaître le sens et la portée sous prétexte d'interprétation; en un mot, la Cour de Cassation dit que, toutes les fois que la clause d'une convention ou d'un testament est claire et précise et n'a pas besoin d'être interprétée, les juges du fond doivent appliquer cette clause dans les termes où elle a été rédigée sans l'interpréter. La Cour de Cassation, en pareil cas, annule un jugement ou un arrêt qui, sous prétexte d'interprétation aurait abouti à dénaturer la clause d'un contrat ou d'un testament.

On a beaucoup critiqué la jurisprudence de la Cour de Cassation sur ce point. Cependant, M. MOREL se serait assez porté à défendre cette jurisprudence car elle s'imposait pour assurer le respect d'un principe posé par l'art. 1134 du Code civil, à savoir que la convention fait la loi des parties. Du moment qu'il est interdit aux juges de modifier un contrat, la Cour de Cassation était tout naturellement amenée à censurer le jugement ou l'arrêt qui, sous prétexte d'interprétation aurait dénaturé le sens de ce contrat. En somme, il y a deux manières de violer l'art. 1134 du Code civil; c'est de faire dire d'abord à un contrat exactement le contraire de ce qu'il dit, et puis une manière plus hypocrite, qui consiste, sous prétexte d'interprétation, à en dénaturer le sens. La Cour de Cassation censure avec raison ces deux violations de la loi.

En principe, le pourvoi en cassation doit être formé dans les deux mois, à compter de la signification du jugement ou de l'arrêt attaqué. A l'égard des jugements et arrêts par défaut, le délai ne court que du

délai du
pourvoi en
cassation.

jour où l'opposition n'est plus recevable, loi du 2 Juin 1862, art. 1er. A l'égard des sentences des Conseils de prudhommes, le délai du pourvoi n'est que de cinq jours.

Le pourvoi en cassation s'introduit par voie de requête.

Un pourvoi devant la Cour de Cassation s'introduit par une requête présentée par un avocat à la Cour de Cassation dont le ministère est obligatoire, sauf lorsqu'il s'agit de pourvois en certaines matières spéciales, notamment en matière prudhomale.

En général, donc, le pouvoir s'introduit par une requête où les moyens sont indiqués et à laquelle doit être jointe, sous peine de nullité, une expédition de la décision attaquée; il faut consigner une amende et joindre la quittance de la consignation au pourvoi, à moins que l'on n'ait obtenu l'assistance judiciaire.

Dans les affaires de prudhommes, c'est-à-dire jugées en dernier ressort par le Conseil des Prudhommes, ou jugées sur appel par le tribunal civil, statuant sur un appel de prudhommes, le pourvoi ne s'introduit pas de cette manière; il est fait au greffe du tribunal qui a statué en appel ou au greffe du Conseil des prudhommes.

En matière ordinaire, le pourvoi est présenté sur requête, par un avocat de la Cour de Cassation; l'affaire est d'abord portée devant la Chambre des Requêtes, qui statue sur son admission. Dans l'esprit du législateur, la Chambre des Requêtes est chargée d'écarter les pourvois qui ne présentent pas un caractère sérieux. Lorsqu'elle estime que le pourvoi n'a pas de chance de succès, elle le rejette. Si, au contraire, elle estime que le pourvoi est fondé, elle l'admet et alors l'affaire est portée devant la Chambre civile. Les arrêts de la Chambre des Requêtes sont motivés en cas de rejet, mais les arrêts d'admission ne sont jamais motivés.

Si la Chambre des requêtes a accepté l'affaire va devant la Chambre civile.

Lorsque la Chambre des Requêtes a rejeté, tout est terminé; lorsqu'elle a, au contraire, prononcé un arrêt d'admission, l'affaire est portée devant la Chambre civile, mais, sur ce point, il est une différence entre la procédure telle qu'elle se déroule devant la Chambre des Requêtes et la procédure, devant la Chambre civile. Devant la Chambre des Requêtes, la procédure n'est pas contradictoire, parce que c'est un préliminaire d'un caractère un peu administratif; c'est seulement lorsque la Chambre des Requêtes a prononcé un arrêt d'admission que l'on signifie cet arrêt au défendeur avec assignation à comparaître devant la Chambre Civile où, cette fois, la procédure est contradictoire.

Qu'il s'agisse d'ailleurs de la Chambre des Requêtes ou de la Chambre Civile, la procédure devant la Cour de Cassation est toujours écrite, c'est-à-dire que les moyens des parties et leur discussion sont développés dans des mémoires que produisent les parties à l'appui de leurs prétentions, la plaidoirie des avocats n'étant que le commentaire de ces mémoires et n'étant même pas indispensable. Chacune des parties, devant la Chambre civile, présente un mémoire, mémoire du demandeur et mémoire du défendeur. D'autre part, comme dans toute procédure écrite, la Cour de Cassation ne peut statuer que sur le rapport d'un conseiller et enfin devant la Cour de Cassation, toutes les affaires sont communicables, c'est-à-dire que la Cour de Cassation ne peut statuer qu'après avoir entendu le ministère public.

Lorsque la Chambre civile est saisie du pourvoi elle statue en rejetant le pourvoi ou en cassant la décision; mais on sait quelles sont les conséquences de la Cassation. La Cour de Cassation ne statue pas elle-même, elle renvoie devant une autre juridiction du même ordre et on a déjà vu, en étudiant l'organisation judiciaire quelles sont les conséquences du conflit qui peut s'élever entre la Cour de Cassation et la juridiction devant laquelle elle a renvoyé l'affaire, si cette juridiction ne suit pas les directives de la Cour de Cassation et statue de nouveau comme les juges dont la décision a été cassée.

La tierce opposition.

Cette matière est donnée par un problème d'ordre général: Comment le Droit français a-t-il protégé les intérêts des tiers susceptibles d'être lésés par un jugement ou un arrêt? Il a institué à cet égard, trois mesures de protection.

La première, la plus simple, moyen passif, c'est la fin de non recevoir qui est tirée de l'autorité relative du jugement auquel une personne n'a pas été partie. Lorsqu'une personne n'a pas été partie au jugement, et qu'on prétend le lui opposer, elle a un moyen très simple de se défendre, c'est d'invoquer l'art. 1341 du Code civil, et de dire que ce jugement auquel elle n'a pas été partie, ne lui est pas opposable. Mais cela ne suffit pas toujours, un jugement peut causer un préjudice à un tiers qui n'a pas été partie. En prévision de ce cas, la loi a institué deux moyens; un moyen préventif, l'intervention et un moyen réparateur, la tierce opposition voie de recours ouverte aux tiers, pour faire tomber un jugement qui est de nature à leur porter préjudice.

L'intervention
volontaire.

L'intervention volontaire (on ne s'occupera pas ici de l'intervention forcée) c'est l'acte par lequel une personne se mêle à un procès, auquel elle n'était pas jusque-là partie, dans le but de sauvegarder ses intérêts qui pourraient être compromis par le jugement à intervenir; c'est un moyen préventif. Mais comment expliquer qu'un jugement à intervenir puisse causer préjudice à un tiers. Le principe de l'art. 1341 ne suffit-il pas à sauvegarder les intérêts des tiers, puisque les jugements auxquels ils n'ont pas été partie, ne leur sont pas opposables ? Malgré tout, il arrive souvent qu'un jugement auquel une personne n'a pas été partie puisse néanmoins lui causer préjudice; on peut en donner différents exemples; une personne se prétend héritière d'une autre, et en cette qualité, elle assigne un des débiteurs de la succession; si le véritable héritier n'intervient pas pour défendre ses droits dans l'instance ouverte, il pourra subir, du fait du jugement, un préjudice considérable, puisque si le débiteur est condamné au profit de l'héritier apparent, il pourra opposer à l'héritier véritable le principe de l'art. 1240 du Code civil aux termes duquel le paiement fait au possesseur de la créance est valable. De là, une première utilité de l'intervention : permettre à une personne étrangère à un procès de s'y mêler pour faire valoir ses droits qui sont en opposition avec ceux de la partie en cause. C'est ce que l'on appelle l'intervention principale ou intervention agressive. Elle se caractérise par ce fait que l'intervenant agit pour faire valoir ses droits, différents de ceux des parties en cause; c'est notamment le cas du créancier hypothécaire qui interviendrait pour faire valoir son hypothèque. C'est le cas du propriétaire qui intervient pour faire valoir son droit de propriété, à l'occasion d'un procès entre deux personnes, dont l'une revendiquerait l'immeuble contre l'autre à titre de propriétaire.

L'intervention
agressive.

L'intervention
accessoire ou
conservatoire.

A côté de l'intervention agressive, il y a une autre forme d'intervention que l'on appelle souvent l'intervention accessoire ou conservatoire. C'est celle qui est ouverte aux personnes qui ne sont pas des tiers, notamment aux créanciers chirographaires de l'une des parties. Les jugements rendus contre le débiteur sont en principe opposables à des créanciers, mais il est possible qu'un jugement soit rendu en fraude des droits des créanciers entre le débiteur et un tiers, plus ou moins complice de ce débiteur; le débiteur ne se défendra pas et permettra au tiers d'obtenir contre lui un

jugement qui fera tort aux droits des créanciers; en pareil cas, il y a un moyen, pour les créanciers de défendre leurs intérêts menacés, c'est d'intervenir à l'instance, mais ici, l'intervention n'a plus le caractère principal, elle a un caractère accessoire; les créanciers n'interviennent plus pour faire reconnaître un droit différent de celui de leur débiteur, ils interviennent pour assister leur débiteur, lui prêter main-forte, le soutenir dans ses prétentions et veiller en même temps à ce qu'il n'intervienne pas un jugement contraire à leurs intérêts.

Conditions de
recevabilité de
l'intervention.

Quelles sont les conditions de recevabilité de l'intervention. En ce qui concerne l'intervention accessoire, il n'y a pas de principe général dans le Code de procédure mais il existe quelques textes épars, tels que l'art. 882 du Code civil qui permet aux créanciers d'un co-partageant d'intervenir au partage de succession, dans lequel est intéressé leur débiteur, ou encore, l'art. 1447 du Code civil qui permet aux créanciers du mari d'intervenir dans l'instance en séparation de biens qui a été formée par sa femme contre lui. Il faut généraliser et décider que toutes les fois qu'une personne a un intérêt légitime, un intérêt juridique, elle peut intervenir et surveiller la procédure pour empêcher qu'une fraude ne soit commise à son détriment; c'est le cas du créancier chirographaire qui peut intervenir dans les instances où est impliqué son débiteur; on admet aussi que les groupements professionnels, corporation des officiers ministériels, syndicats professionnels puissent intervenir conservatoirement, pour sauvegarder les intérêts de la profession, dans les procès où sont impliqués quelques-uns de leurs membres. Par exemple, si une contestation s'élève entre un notaire et un commissaire-priseur au sujet du droit de faire une vente aux enchères, la Chambre des notaires, la corporation des commissaires-priseurs pourront intervenir dans l'instance, assister le notaire ou le Commissaire-priseur en cause et veiller à ce que les intérêts de la corporation ne soient pas atteints.

Les conditions
de recevabilité
de l'intervention
principale.

En ce qui concerne maintenant l'intervention principale est-elle recevable. Il n'y a pas de texte ici non plus, tout au moins pour la première instance. En appel, il y a un texte dans le Code de procédure; l'art. 466 qui dit: "L'intervention n'est recevable en appel que de la part de ceux qui pourraient faire tierce opposition". Mais enfin, on est arrivé à cette solution pratique que l'intervention doit être admise largement, en première instance, à certaines conditions cependant:

1° Il faut que l'intervenant invoque un droit

distinct de celui des parties en cause; si l'on plaide sur la propriété d'un immeuble, un tiers interviendra pour faire juger que c'est lui qui est propriétaire et non pas celui qui a exercé l'action en revendication contre le possesseur.

2°- Il faut avoir un intérêt, l'intervention équivaut à une action; or, on ne peut exercer une action qu'autant qu'on y a intérêt.

3°- Il faut qu'il y ait un lien de connexité entre la demande qui a donné naissance à l'instance et la demande formée par l'intervenant. Enfin, il faut que le tribunal saisi de la demande principale soit également compétent pour statuer sur l'intervention.

Les conséquences
de l'interven-
tion.

Quelles sont les conséquences de l'intervention? Désormais, l'intervenant est partie à l'instance, et par conséquent, le jugement à intervenir lui sera opposable. L'intervenant ne pourra plus invoquer l'effet relatif de la chose jugée, puisqu'il aura été partie à l'instance et il ne pourra plus faire tierce opposition puisqu'il a fait valoir ses droits.

La tierce oppo-
sition.

La tierce opposition est une voie de recours extraordinaire ouverte contre un jugement ou un arrêt à une personne qui n'a été ni partie, ni représentée à l'instance et au jugement. C'est un tiers à qui on prétend opposer le jugement ou à qui le jugement porte un préjudice; ce tiers va se pourvoir par la voie de la tierce opposition contre le jugement ou l'arrêt et en demander la rétractation ou la réformation à son profit.

Il y a deux
sortes de tier-
ce opposition
La tierce oppo-
sition néces-
saire et la
tierce oppo-
sition facul-
tative.

Mais la difficulté est de savoir dans quel cas la tierce opposition est recevable. Il y a en réalité, deux tierces oppositions. La première c'est la tierce opposition pour fraude que l'on peut appeler aussi la tierce opposition nécessaire. Elle est ouverte non pas à de véritables tiers, mais à ces personnes qui sont en principe représentées à l'instance par l'une des parties la tierce opposition est ouverte aux créanciers, contre un jugement rendu en fraude de leurs droits. Les créanciers lésés par le jugement, soutiennent qu'il a été rendu en fraude de leurs droits, par suite d'une collusion entre les débiteurs et son adversaire. On remarquera que la tierce opposition joue ici, vis-à-vis du jugement, le rôle que l'action paulienne joue vis-à-vis des autres actes. Cette tierce opposition pour le cas de fraude est appelée tierce opposition nécessaire parce que c'est le seul moyen ouvert aux créanciers pour faire tomber le jugement.

Il est une seconde espèce de tierce opposition sur laquelle il y a eu des controverses interminables, c'est la tierce opposition facultative qui est ouverte à de

véritables tiers auxquels le jugement est susceptible de porter un préjudice.

Par exemple, on a plaidé sur la propriété d'un immeuble. Primus a revendiqué l'immeuble contre Secundus et a obtenu un jugement qui le déclare propriétaire de l'immeuble. Tertius qui se prétend également propriétaire exercera la tierce opposition contre l'arrêt qui a déclaré Secundus propriétaire de l'immeuble; d'après la jurisprudence, la tierce opposition, ici, est ouverte à toutes les personnes à la double condition :

1^o - Que cette personne soit un tiers, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été partie à l'instance et qu'elle n'y soit pas intervenue.

2^o - Que le jugement ou l'arrêt cause un préjudice à ce tiers; c'est le cas de l'arrêt ou du jugement qui reconnaît Secundus propriétaire de l'immeuble appartenant à Tertius.

Toutes les décisions sont susceptibles de tierce opposition, quelle que soit la juridiction qui les a rendues et sans qu'il y ait à distinguer si la décision est en premier ou dernier ressort; il n'y a qu'une seule juridiction dont les décisions ne soient pas susceptibles de tierce opposition c'est la Cour de Cassation; on discute cependant, en ce qui concerne les ordonnances de référé.

Délai de recevabilité de la tierce opposition.

La tierce opposition est, en principe, recevable pendant trente ans. Toutefois, la loi l'a limitée lorsqu'il s'agit d'un jugement qui a prononcé la séparation de biens; les créanciers du mari auxquels ce jugement porte préjudice, n'ont qu'un an pour se pourvoir contre ce jugement; art. 873.

La tierce opposition peut être principale ou incidente.

La tierce opposition peut être principale ou incidente, elle est principale lorsque le tiers prend l'initiative d'attaquer le jugement; lorsque la tierce opposition est principale, elle est toujours une voie de rétractation, c'est-à-dire qu'elle est toujours portée devant le tribunal ou la Cour qui a rendu la décision attaquée.

La tierce opposition peut être incidente lorsqu'elle est formée par le tiers au cours du procès dans lequel ce tiers est partie. Il faut supposer qu'au cours d'un procès où ce tiers est partie, l'adversaire invoque contre lui un jugement ou arrêt auquel ce tiers n'a pas été partie. Alors ce tiers peut prendre l'initiative de faire tierce opposition au jugement ou à l'arrêt qu'on lui oppose. En pareil cas, la tierce opposition est tantôt une voie de réformation, tantôt une voie de rétractation, art. 475 et 476.

L'art. 475 dit que la tierce opposition incidente

à une contestation, dont un tribunal est saisi, sera de la compétence du tribunal saisi, lorsque celui-ci est égal ou supérieur à celui qui a rendu le jugement. Par exemple, il y a contestation entre Primus et Secundus devant un tribunal de première instance, à un certain moment Primus oppose à Secundus un jugement d'un autre tribunal de première instance auquel Secundus n'a pas été partie; la tierce opposition formée par Secundus contre le jugement du tribunal de première instance sera de la compétence du tribunal saisi de l'instance entre Primus et Secundus; Ce tribunal est l'égal du tribunal qui avait rendu le jugement opposé par Primus à Secundus. Si au contraire, dans la même hypothèse, (l'instance entre Primus et Secundus devant le tribunal de première instance) Primus oppose à Secundus un arrêt d'appel auquel Secundus n'a pas été partie, le tribunal de première instance n'a pas le droit de réformer un arrêt d'appel au profit de Secundus et celui-ci devra porter sa tierce opposition devant la Cour qui a rendu l'arrêt invoqué par Primus.

Les conditions que doit remplir la tierce opposition.

A quelles conditions le jugement sera-t-il réformé, ou rétracté sur la tierce opposition ? Le tiers opposant devra démontrer, non seulement que le jugement lui a causé préjudice, mais encore que le jugement qu'il attaque a été mal rendu.

Lorsque le jugement a été réformé ou rétracté sur la tierce opposition, cette réformation ou cette rétraction n'a lieu qu'au profit du tiers opposant lui-même; en particulier le jugement qui réforme ou qui rétracte sur la tierce opposition d'un créancier ne pourrait pas être invoqué par d'autres créanciers que le tiers opposant; bien plus, le jugement réformé ou rétracté subsiste entre les parties; ainsi un jugement de séparation de biens a été attaqué par un créancier du mari, par la voie de la tierce opposition. Le créancier a obtenu gain de cause. Les époux n'en resteront pas moins séparés de biens, l'arrêt sera considéré comme non avenu vis-à-vis du créancier tiers opposant, mais vis-à-vis de lui seulement.

F I N .
