PRINCIPES DU DROIT FRANÇOIS, SUIVANT LES MAXIMES DE BRETAGNE,

Par M. POULLAIN DU PARC, Chevalier de l'Ordre du Roi, ancien Bâtonnier de MM. les Avocats, & Professeur Royal en Droit François des Facultés de Rennes.

TOME NEUVIÈME.

A RENNES,

Chez FRANÇOIS VATAR, Imprimeur du Roi, du Parlement & du Droit, au coin du Palais, à la Palme d'Or.

M. DCC. LXX.

Avec Approbation & Privilége du Roi.

B-P.D.

TABLE
DES CHAPITRES.
LIVRE CINQ.
DE LA PROCÉDURE CIVILE.

PARTIE PREMIÈRE.

De la Procédure depuis l'ajournement jusqu'à la fin de l'instruction.

PARTIE II.

Des Jugemens & de leur exécution.

Fin de la Table des Chapitres.

APPROBATION.

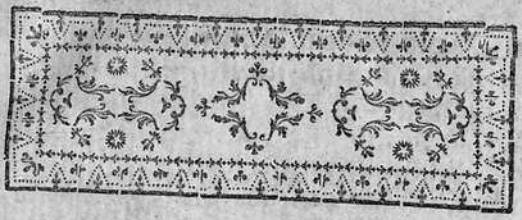
J'AI lu, par ordre de Monseigneur le Vice-Chancelier, deux Manuscrits, l'un intitulé, *Principes du Droit François suivant les Maximes de Bretagne*; & l'autre, *Observations sur les Ouvrages de M. de Perchambault*. L'impression m'en a paru également utile & nécessaire. Le premier contient tout ensemble les règles du Droit François & du Droit Coutumier de la Province, avec des réflexions calires & solides; & le second corrige les erreurs, en même temps qu'il éclaircit bien des obscurités qui sont répandues dans les Ouvrages d'un Magistrat, qui, sans cette correction, peuvent faire tomber les Particuliers dans les mêmes erreurs. A Rennes, ce 2 Mars 1765. BOUDOUX.

PRIVILÉGE DU ROI.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE: A nos amés & féaux Conseillers les Gens tenant nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs & Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra; SALUT. Notre amé le Sieur POULLAIN DU PARC, Bâtonnier des Avocats du Parlement de Bretagne, & Professeur Royal en Droit François des Facultés de Rennes, Nous a fait exposer qu'il desireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre: *Observations sur les Ouvrages de feu M. de Perchambault, Doyen du Parlement de Bretagne*, & *Principes du Droit François suivant les Maximes de Bretagne*, s'il Nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous lui avons permis & permettons par ces Présentes, de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui semblera, & de le faire vendre & débiter par tout notre Royaume pendant douze années consécutives, à compter du jour de la date des Présentes; faisons défenses à tous les Imprimeurs, Libraires & autres personnes, de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangère dans aucun lieu de notre obéissance, comme aussi de faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun extrait, sous quelque prétexte que ce puisse être, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui

auront droit de lui, à peine de confiscation des exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des Contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Exposant ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts, à la charge que ces Présentes seront enregistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que l'impression dudit Ouvrage sera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caractères, conformément à la feuille imprimée attachée pour modèle sous le contre-scel des Présentes; que l'Impétrant se conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725; qu'avant de l'exposer en vente, le Manuscrit qui aura servi de copie à l'impression dudit Ouvrage, sera remis dans le même état où l'approbation y aura été donnée ès mains de notre très-cher & féal Chevalier Chancelier de France le Sieur DE LAMOIGNON, & qu'il en sera ensuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothèque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, un dans celle dudit Sieur DE LAMOIGNON, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Vice-Chancelier & Garde des Sceaux de France le Sieur DE MAUPEOU, le tout à peine de nullité des Présentes: du contenu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Exposant & ses Ayans cause, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. *Voulons que la copie des Présentes, qui sera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, soit tenue pour dûment signifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conseillers-Secrétaires, foi soit ajoutée comme à l'original.* Commandons au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis, de faire, pour l'exécution d'icelles, tous actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant clameur de Haro, Chartre Normande & Lettres à ce contraires. CAR tel est notre plaisir. DONNÉ à Paris le huitième jour du mois de Mai, l'an de grace mil sept cent soixante-cinq, & de notre Règne le cinquantième. Par le Roi en son Conseil. *Signé*, LE BEGUE.

Registré sur le Registre 16 de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, n. 513, fol. 301, conformément au Réglement de 1723. A Paris, le 17 Mai 1765, Signé LE BRETON Syndic.



PRINCIPES
DU DROIT FRANÇOIS,
Suivant les Maximes de Bretagne.

LIVRE V.
DE LA PROCÉDURE CIVILE.

INTRODUCTION.
SOMMAIRE.

1. *Esprit des Loix sur la Procédure.*
2. *Simplicité des dispositions de l'Ordonnance de 1667.*
3. *Utilité & inconvénient des formalités.*
4. *Défectuosité de l'Ordonnance de 1667.*
5. *Principe général en matière de forme.*
6. *Modification ou abrogation de quelques dispositions de l'Ordonnance.*

7. *Vice radical de toute procédure qu'elle condamne.*
8. *Division de la procédure civile.*
9. *Division du présent Livre.*
10. *De l'étude nécessaire pour apprendre la forme.*
11. *Explication des mots*, Cause, Instance & Procès.

1. DANS toutes les Loix qui ont été faites sur la Procédure, la bonté & la sagesse de nos Rois a eu pour objet de diminuer les frais, de prévenir la multiplication & la longueur des poursuites, de remédier aux détours de chicane que font naître des Plaideurs ingénieux pour leur ruine & pour celle de leurs Adversaires. Tous les efforts des Législateurs ont été inutiles. On chicanera toujours; & le Public, injuste quand il n'est pas instruit, attribue aux Loix un malheur dont la véritable cause est la malignité des Plaideurs, & leur attention à éluder l'esprit & les dispositions équitables des Loix. Il n'est pas difficile de détruire un préjugé si faux,

par la ſeule expoſition des principes & des motifs de la Procédure Civile.

2. Si l'on ſe bornoit à l'obſervation exacte de l'Ordonnance de 1667, la forme de la Procédure ne donneroit pas beaucoup d'embarras. Quoique cette Loi ne ſoit pas rédigée avec tout l'ordre & toute l'attention qu'exigeoit l'importance de la matière, on découvre dans la plupart de ſes diſpoſitions, un caractère de ſimplicité & une intention continuelle de retrancher toutes les procédures ſuperflues, ſans cependant priver les Plaideurs de ce qui peut être néceſſaire pour la défenſe de leurs droits. La forme qu'elle preſcrit, eſt fondée ſur les règles les plus ſimples. Elle a toujours, pour ſeul objet, la juſtice & l'éclairciſſement de la vérité.

3. Pourquoi donc la forme eſt-elle une ſcience très-difficile, qui exige une longue étude & beaucoup de pratique? Par quel malheur, dans un Pays tel que la

France, cette partie de la Jurisprudence qui, suivant le vœu de toutes les Loix anciennes & nouvelles données sur cette matière, ne devroit consister que dans la pratique la plus simple, a-t-elle été, dans tous les temps, une science embarrassée de difficultés sans nombre? Comment a-t-elle encore aujourd'hui un vice si essentiel, malgré tous les efforts que firent les Rédacteurs de l'Ordonnance, pour applanir ces difficultés?

Il est vrai, comme dit l'immortel Auteur de l'Esprit des Loix (*a*), » que les formalités de la Justice » sont nécessaires à la liberté. Mais » le nombre en pourroit être si » grand, qu'il choqueroit le but » des Loix même qui les auroient » établies : les affaires n'auroient » point de fin : la propriété des » biens resteroit incertaine; on donneroit, à l'une des Parties, le » bien de l'autre, sans examen, ou » on les ruineroit toutes les deux, » à force d'examiner. Les Citoyens

(*a*) L. 29, *Ch.* 1.

» perdroient leur liberté & leur
» sûreté : les Accusateurs n'auroient
» pas le moyen de convaincre, ni les
» Accusés, le moyen de se justifier. »

L'Ordonnance de 1667 (comme l'Ordonnance criminelle), a sans doute gardé ce juste milieu : & néanmoins la puissance & les sages intentions du Législateur n'ont pas pu faire observer la simplicité qu'elle prescrit. Les procès sont aussi longs qu'ils étoient avant cette Loi; & ce malheur est un des plus grands fléaux pour les familles. Combien d'anciennes Maisons nobles voient leurs fortunes dans la plus funeste incertitude, par des procès immenses qui passent de générations en générations, & qui aussi ruineux que le luxe, empêchent d'entretenir la jeune Noblesse au Service, & de faire des alliances avantageuses! L'attention particulière de la Loi, à simplifier les procédures dans les matières de Commerce, n'a pas même pu empêcher la chicane d'infecter les procès entre Négocians;

& les efforts des Magiſtrats, pour l'obſervation exacte de cette Loi, ſont impuiſſans contre ceux qui, ayant intérêt de retarder leur condamnation, ne trouvent que trop de reſſources pour y parvenir.

Le Salomon du Nord, après avoir réformé toutes les Loix de ſes États, après avoir détruit la chicane dans les Pays où elle étoit le plus multipliée, dit (*a*). « Il eſt encore un » article qui doit être compris ſous » l'obſcurité des Loix. C'eſt la pro- » cédure & le nombre d'inſtances » que les Plaideurs ont à parcourir, » avant que de terminer leurs pro- » cès. Que ce ſoient de mauvaiſes » Loix qui leur faſſent injuſtice ; » que ce ſoient des plaidoyers arti- » ficieux qui obſcurciſſent leurs » droits, ou que ce ſoient des lon- » gueurs qui, abſorbant le fond » même du litige, leur faſſent per- » dre les avantages qui leur ſont » dus; tout cela revient au même :

(*a*) Diſſert. ſur les raiſons d'établir ou d'abroger les Loix, *page* 75.

» l'un eſt un mal plus grand que
» l'autre ; mais tous les abus méri-
» tent réforme : ce qui allonge les
» procès, donne un avantage con-
» ſidérable aux riches ſur les plai-
» deurs qui ſont pauvres ; ils trou-
» vent le moyen de traduire le pro-
» cès d'une inſtance à l'autre ; ils
» mattent & ruinent leur Partie, &
» ils reſtent à la fin les ſeuls dans
» la carrière. »

4. Quoiqu'il ſoit évident que la cupidité eſt la principale cauſe de ce malheur, il faut qu'il y ait un vice radical dans les formalités que l'Ordonnance a établies ; puiſque ſon impuiſſance, contre la chicane qu'elle a voulu détruire, eſt générale dans le Royaume.

Lorſque l'Ordonnance de 1667 fut rédigée, les Réformateurs pensèrent qu'ils remédieroient ſuffiſamment aux abus de la Procédure, en abrogeant une multitude de formalités inutiles, & en faiſant décider à l'Audience toutes les affaires dont les appointemens en droit &

à mettre, pouvoient n'être pas absolument néceſſaires.

Tel eſt l'eſprit de l'Ordonnance en général; mais quoiqu'elle ait eu les vues les plus ſages, cette néceſſité de porter toutes les affaires à l'Audience, eſt une ſource de procédures inutiles, condamnées par l'Ordonnance, par pluſieurs Réglemens, & principalement par ceux des 29 Août 1721, 2 Mars 1728, & 21 Août 1756, pratiquées cependant preſque univerſellement dans les Tribunaux inférieurs, & ſurtout dans les Juſtices de campagne.

Je prouverai dans le cours de cet Ouvrage, qu'en obſervant l'Ordonnance à la rigueur, il y auroit encore des procédures inutiles. Mais la forme même qu'elle preſcrit, quelque ſimple qu'elle ſoit, n'empêche point la chicane; & les peines qu'elle prononce contre les contraventions à la ſimplicité de procédures, ordonnée dans tout le cours de l'inſtruction, ſont preſque toujours impuiſſantes.

Ainſi, en cas qu'on entreprenne l'ouvrage néceſſaire de réformer l'Ordonnance, il ſera indiſpenſable non-ſeulement de ſimplifier encore, mais peut-être de changer la forme qu'elle preſcrit. Le Réglement pour le Conſeil du Roi du 28 Juin 1738, & les Lettres-Patentes pour le Grand-Conſeil, du 2 Janvier 1768, peuvent fournir bien des lumières ſur cette réformation, même à l'égard de tous les Tribunaux inférieurs.

5. Enfin il y a un principe général qui doit avoir ſon application à toute forme, de quelque nature qu'elle ſoit. Il faut qu'il ſoit fait le moins de procédures qu'il eſt poſſible, & il faut qu'il ne ſoit rendu que les Jugemens abſolument néceſſaires pour l'intérêt de toutes les Parties. Ainſi toutes Procédures & tous Jugemens qui ne ſont pas eſſentiellement néceſſaires pour le bien des Parties, doivent être ſupprimés, ſoit que ſuivant l'ancien plan preſcrit par l'Ordonnance, on porte

d'abord toutes les affaires à l'Audience, ſoit qu'on n'y porte que certaines affaires, ou qu'on faſſe plus ou moins de changemens à l'ancienne forme.

Cette règle eſt dictée par le bon ſens : il eſt évident que la procédure n'a été établie que pour le bien des Parties, & non pas pour l'intérêt des Officiers de Juſtice.

6. Avant d'entrer dans le détail méthodique de la forme preſcrite par l'Ordonnance, il convient d'obſerver que l'attention du Légiſlateur, dans le premier titre, pour l'exécution de cette Loi à la rigueur, n'a pas empêché qu'elle n'ait eu le ſort de preſque toutes les Loix, dont quelques diſpoſitions ont été modifiées ou même abrogées par l'uſage. On en trouve un petit nombre dans l'Ordonnance, comme on le verra dans toute la ſuite de cet Ouvrage.

7. Mais cela ne donne aucune atteinte à la maxime, que toute procédure condamnée expreſſément

par l'Ordonnance, doit être rejettée, & qu'il eſt inutile d'alléguer l'uſage, pour faire valider des procédures fruſtratoires ou contraires à la forme qu'elle preſcrit. C'eſt alors un abus toujours condamnable, qu'une longue tolérance n'a pu rendre légitime. On ne peut donc autoriſer que les uſages ſur leſquels l'Ordonnance a gardé le ſilence, ou qui ne ſont pas contraires à ſon eſprit, & en général tous ceux qu'elle condamne ne peuvent jamais être conſervés.

8. On doit conſidérer dans la Procédure civile en général, ſept objets qui en compoſent les parties eſſentielles : 1° L'ajournement. 2° Les défenſes ou le défaut. 3° La conteſtation en cauſe. 4° L'inſtruction. 5° Le Jugement. 6° Son exécution. 7° Les moyens de ſe pourvoir contre les Jugemens.

9. Pour ſuivre méthodiquement les différentes matières dont parle l'Ordonnance de 1667, & ſur leſquelles les Réformateurs n'ont pas

obſervé un ordre bien exact, je diviſe ce Livre en quatre Parties. La première renferme toute la procédure depuis l'ajournement juſqu'à la fin de l'inſtruction ; & c'eſt la plus étendue. J'y comprends les compulſoires & vérifications d'écritures, les ſéqueſtres & même les récuſations, comme des incidens formés dans le cours de l'inſtruction.

Dans la ſeconde, je parle des Jugemens & de leur exécution.

La troiſième Partie eſt pour les procédures, dont l'Ordonnance a preſcrit la forme particulière ſur certaines matières. Telles ſont les matières ſommaires, les complaintes & réintégrandes, le poſſeſſoire des Bénéfices, la procédure des Conſulats, la reddition des comptes, la taxe des dépens, & la liquidation des fruits & des dommages & intérêts.

Enfin, dans la dernière Partie, je parlerai des moyens de ſe pourvoir contre les Sentences par la voie de l'appel ſimple ou de l'appel

comme d'abus, & contre les Arrêts par opposition, restitution, demande de rapport d'Arrêt & Requête civile.

Cet ordre m'a paru le plus propre pour instruire des Commençans. Il convenoit de fixer d'abord leurs idées sur l'instruction qui peut avoir lieu dans toutes les affaires ordinaires, & de les conduire ensuite jusqu'à l'exécution des Jugemens, sans distraire leur attention par les objets particuliers qui composent la troisième & la quatrième Partie.

J'ai conservé le texte & les propres termes de l'Ordonnance, autant que je l'ai pu; & pour que la suite des principes que j'établis, ne fût pas embarrassée par des détails particuliers de forme, quoiqu'il soit nécessaire de les savoir & de les pratiquer, j'ai mis dans les Notes les articles qui contiennent ces details, & dont la lecture suffit, sans qu'ils aient besoin d'explication.

10. Comme l'étude de la forme en

eſt fort étendue, il ne ſuffit pas d'entendre bien le ſens d'un article. Il faut en connoître tous les motifs; & le meilleur Commentaire que nous ayons pour cela, eſt le procès verbal de l'Ordonnance. La lecture des anciennes Ordonnances & des vieux Praticiens fournit auſſi de grandes lumières : elle dédommage de la ſécheresſe & de l'ennui qui en ſont inſéparables. Il faut auſſi j indre la pratique & l'uſage qui ſont preſque auſſi néceſſaires que l'étude, pour devenir bon Formaliſte.

Sans cette étude bien approfondie, on peut être arrêté à chaque inſtant, ſur des points de forme que l'Ordonnance ne décide pas, & même ſur la conduire de tout un procès, ſur le parti le plus avantageux qu'on peut prendre, ſoit pour obtenir juſtice, ſoit pour prévenir les piéges d'un Adverſaire chicaneur. C'eſt en cela que conſiſte la vraie ſcience de la forme; & c'eſt la partie la plus difficile. L'obſervation exacte de la forme

prescrite par l'Ordonnance, est sans doute l'objet le plus important. Mais c'est la partie la plus facile de cette science si étendue.

J'observe en finissant, que j'ai été obligé de me servir des expressions d'usage dans cette Province, & que je le ferai également dans le Livre suivant, qui est pour la Procédure Criminelle. Ces expressions s'entendent assez, sans qu'il soit besoin d'en donner des explications.

11. Je m'arrêterai seulement ici sur le sens que nous donnons communément en Bretagne, aux mots, *Cause*, *Instance & Procès*, qui sont réunis dans quelques articles de l'Ordonnance.

Le mot, *Procès*, comprend en général, dans notre usage, toutes contestations liées en Justice.

Le mot, *Cause*, s'applique aux affaires d'Audience.

Nous appliquons le plus communément le mot, *Instance*, aux Causes d'Audience & aux Procès par écrit, aussi-tôt que la contestation

en cause a été formée suivant l'article 13 du tit. 14 de l'Ordonnance. Cependant ce mot s'applique aussi en général à la poursuite en Jugement, même avant la contestation en cause.

PARTIE PREMIÈRE.

De la Procédure depuis l'ajournement jusqu'à la fin de l'instruction.

CHAPITRE PREMIER.

De l'Ajournement & des Délais.

SOMMAIRE.

1. *Définition de l'exploit en général & de l'ajournement.*
2. *Des exploits qui peuvent être faits aux jours de Dimanches & de Fêtes, & pendant la nuit.*
3. *Des formalités de l'ajournement.*
4. *Abrogation des montrées & vues. Motif.*
5. *Date de l'exploit.*
6. *Nécessité que la copie soit conforme à l'original.*
7. *Nullité & peines faute d'observer les formalités.*
8. *Le délai de l'assignation doit être exprimé.*
9. *Motifs des différentes formalités.*
10. *De la nécessité de donner l'exploit à personne ou à domicile.*

11. *Exception pour les exploits concernant les droits d'un Bénéfice, d'un Office ou d'une Commiſſion.*

12. *Et les droits de fief.*

13. *Si l'exploit concernant un mineur doit être ſignifié au domicile du tuteur honoraire.*

14. *De la ſignification à ceux qui n'ont point de domicile.*

Des condamnés aux banniſſement ou aux galères à temps, & aux abſens.

15. *Pourquoi l'Ordonnance ne parle pas des condamnés au banniſſement ou aux galères à perpétuité.*

16. *De celui qui n'a point de domicile connu.*

17. *De l'Étranger.*

18. *De l'Habitant des Colonies.*

19. *De ceux qui demeurent aux Châteaux & Maiſons-Fortes.*

20. *Pourquoi les ajournemens peuvent être faits ſans commiſſion ni mandement. Exception.*

21. *Pourquoi l'exploit n'eſt pas nul faute d'avoir donné copie des pièces.*

22. *Motif de l'obligation d'exprimer le ſalaire du Sergent.*

23. *Du ſalaire de l'Huiſſier ou Sergent ſupérieur exploitant dans une Juriſdiction inférieure.*

24. *L'exploit fait foi juſqu'à l'inſcription en faux.*

1. L'exploit est en général tout acte du ministère d'un Huissier ou Sergent; & l'ajournement est un exploit portant assignation en une Jurisdiction, pour procéder sur une demande.

2. En Bretagne, l'ajournement peut être signifié aux jours de Dimanches & de Fêtes (*a*); ce qui ne s'applique pas aux saisies-réelles & exécutions, hors le cas d'une célérité indispensable. On ne peut faire aucuns exploits pendant la nuit, si ce n'est dans les cas célères, ou en (*b*) matière criminelle.

3. Les formalités que l'Ordonnance, *titre* 2, prescrit pour les ajournemens, sont :

1° Le libelle & le détail sommaire des moyens de la demande.

2° Les conclusions. (*c*)

V. ce que nous avons dit sur les conclusions à la fin du premier Chapitre du Livre des Actions.

3° L'immatricule du Sergent ou Huissier ; c'est-à-dire, l'expression de la Jurisdiction où il est immatriculé, son nom, surnom & domicile. (*d*)

(*a*) Acte de Notoriété 42, à la fin des Questions féodales d'Hevin.
(*b*) *Art. 19 de la Coutume.*
(*c*) *Art. 1.*
(*d*) *Art. 2.*

4° L'Ordonnance exige aussi la présence de deux Records qui doivent signer l'original & la copie, dont le domicile, le nom, surnom & vacation doivent être exprimés, & qui ne soient parens, alliés ou domestiques de la Partie.

Mais la formalité de la présence des Records, qui causoit de l'embarras & des frais, a été abrogée pour les simples exploits, par l'Edit de 1669, & par la Déclaration du 24 Mars 1671, qui prescrivent la formalité du contrôle, dans trois jours après l'exploit; c'est-à-dire, dans le quatrième jour, à peine de nullité. Cette formalité est aussi essentielle que celle de l'Ordonnance.

5° L'expression de la qualité du demandeur & de son domicile actuel (*a*), & non pas d'un simple domicile élu.

6° La Jurisdiction dans laquelle les Parties doivent procéder, & le nom du Procureur du deman-

(*a*) *Art.* 2.

deur, lorſque le miniſtère des Procureurs eſt néceſſaire (*a*); & ſi l'affaire eſt de nature à ne pas exiger une conſtitution de Procureur, il doit élire un domicile dans le lieu de la Juriſdiction. Mais cette formalité, établie par l'Ordonnance de 1539, n'étant point preſcrite par celle de 1667, ſon omiſſion n'opéreroit pas une nullité.

7° La ſignification à la perſonne ou au domicile, & quoique l'Ordonnance ne diſe rien ſur la déſignation du défendeur, elle doit être faite d'une manière exempte d'incertitude & d'équivoque. La Loi exige qu'il ſoit fait mention, dans l'original & dans la copie, des perſonnes auxquelles la copie a été laiſſée (*b*). Lorſqu'il y a par un acte un domicile élu pour toutes les ſignifications qui concernent ſon exécution, la ſignification à ce domicile élu eſt valable comme au

(*a*) *Art.* 16.
(*b*) *Art.* 3.

vrai domicile, même à l'égard de l'héritier. (*a*)

Si l'Huissier ne trouve personne au domicile, il doit attacher son exploit à la porte, & avertir le plus proche voisin qui signera l'exploit ; ou s'il ne le veut, ou ne peut pas signer, il en sera fait mention ; & s'il n'y a pas de voisin, l'exploit sera paraphé, avec date, par le Juge du lieu, sans frais, & en son absence ou refus, par le plus ancien Praticien. (*b*)

8° La signature du Sergent (*c*) ou Huissier, & il doit savoir écrire & signer (*d*). Mais l'exploit n'est pas nul, quoiqu'il ne soit pas de son écriture.

9° Que pour les demandes de propriété d'héritages ou de droits reels ou hypothécaires, on exprime le Bourg, Village ou Hameau, le terroir & la contrée où l'héritage est situé, sa consistance, ses débornemens, ou nouveaux tenans

(*a*) Journal du Parlement, *Tome 3, chap. 124.*
(*b*) *Art. 4.*
(*c*) *Art. 2.*
(*d*) *Art. 14.*

& aboutiſſans, du côté du ſeptentrion, midi, orient & occident, ſi c'eſt terre labourable, pré, *&c.* en ſorte que le défendeur ne puiſſe ignorer pour quel héritage il eſt aſſigné. Si c'eſt une terre ou métairie, il ſuffit de déſigner le nom & la ſituation; & ſi c'eſt une maiſon, l'expreſſion des débornemens eſt néceſſaire. (*a*)

4. En preſcrivant cette forme, l'Ordonnance a rendu inutiles les montrées & vues abrogées par l'art. 5 du tit. 9. C'étoit une formalité qui emportoit de grands frais, puiſqu'elle conſiſtoit dans une deſcente ſur l'héritage qui faiſoit l'objet du procès. C'eſt la matière du tit. 6 de la Coutume, qui eſt abrogée par la diſpoſition de l'Ordonnance.

5. Enfin, quoique l'Ordonnance ne parle point de la date de l'exploit, ſon expreſſion eſt néceſſaire dans l'original & dans la copie.

6. Au reſte, comme la copie ſert d'original au défendeur, elle doit

(*a*) *T.* 9, *art.* 3 *&* 4.

être

être conforme à l'original ; & si elle contenoit quelque nullité, l'exploit seroit nul, quoique cette nullité ne fût pas dans l'original.

7. L'omission des formalités que nous venons de détailler, emporte la peine de nullité, & même des amendes dont il seroit inutile de faire ici le détail.

8. On doit même marquer le délai de l'assignation, ou donner le délai de l'Ordonnance sans autre expression du délai. Il est vrai que l'Ordonnance ne prescrivant pas formellement cette expression dans l'exploit, on peut dire que l'omission ne seroit pas une nullité, & qu'il résulteroit seulement que le délai établi par l'Ordonnance doit suppléer à cette omission. (*a*)

9. Les motifs des nullités établies par l'Ordonnance, sont sensibles.

L'équité naturelle exige que celui auquel on fait un procès, soit instruit de ce qu'on lui demande,

(*a*) V. les Arrêts rapportés par Rodier, *T. 3, Art. 2, Quest. 2.*

pour être en état d'acquiescer ou de se défendre; qu'il sache par qui la demande est formée, & à quel Procureur il doit faire signifier ses moyens de défenses. C'est le motif de la nécessité du libelle, des conclusions & des détails prescrits en matière réelle, de l'expression du domicile du demandeur, de sa qualité, & du nom de son Procureur.

L'Ordonnance n'exige pas que le domicile du Procureur soit exprimé dans l'exploit. M. Pussort (*a*) donne pour motif, que souvent cela seroit impossible, parce qu'un Provincial éloigné, à qui l'on indique un Procureur, n'en peut apprendre le domicile ni la Paroisse, & que les Procureurs sont connus dans les lieux de leurs fonctions.

Boutaric (*b*) pense que depuis que la Déclaration de 1695 a obligé le demandeur de faire sa présentation, l'expression du nom

(*a*) Procès verbal de l'Ordonnance, *Tit.* 2, *Art.* 17.
(*b*) *Art.* 16.

du Procureur dans l'exploit est devenue assez inutile. Il seroit facile de réfuter ce motif. Mais il suffit de dire que la Déclaration de 1695 n'ayant point abrogé l'article 16 du tit. 2, l'expression du nom du Procureur n'a jamais cessé d'être une formalité essentielle.

La Loi a voulu, par les autres formalités, prévenir les faux que les Sergens pourroient commettre. C'est l'objet de l'établissement du contrôle, de l'obligation imposée au Sergent de marquer son immatricule, son nom, son domicile, de signer l'exploit, & d'exprimer à quelle personne il l'a laissé.

10. Enfin on doit prendre les précautions nécessaires pour que le Défendeur reçoive la copie de l'exploit, afin qu'il soit en état de se défendre. Si elle est donnée à sa personne, il n'y a plus à craindre qu'il l'ignore : ainsi, en quelque lieu qu'il soit, l'exploit qui lui est donné, est valable. Mais s'il n'est pas donné à la personne même, il faut

que ce ſoit à ſon véritable domicile : & il ne ſuffiroit pas de le donner à un domeſtique du défendeur, s'il étoit trouvé hors du domicile.

Comme l'art. 22 de l'Ordonnance de 1539 veut que cet exploit étant donné au domicile, la copie ſoit laiſſée aux gens ou ſerviteurs du défendeur, Boutaric penſe que l'exploit ne ſeroit pas valable, ſi la copie étoit donnée à un étranger trouvé par haſard dans la maiſon. Il eſt certain qu'il ſeroit nul, s'il étoit donné à un voiſin qui occuperoit un appartement ſéparé dans la maiſon. Mais pourvu que l'exploit ſoit donné au domicile du défendeur, & qu'il ſoit fait mention de la perſonne à laquelle il a été laiſſé, l'art. 3 n'exige rien de plus; & je crois qu'il ſuffit d'obſerver en cette matière ce que preſcrit la nouvelle Loi, ſans qu'on puiſſe recourir aux anciennes Ordonnances pour trouver des nullités.

11. La Loi (*a*) excepte ſeulement

(*a*) *Art.* 3.

ce qui concerne les droits d'un bénéfice, d'un office ou d'une commiſſion, pour leſquels, au lieu du domicile réel, elle établit un domicile fictif & de droit, au principal manoir du bénéfice, & au lieu de l'exercice de l'office ou de la commiſſion.

12. Par le même motif, l'uſage a autoriſé, en matière féodale, les exploits laiſſés au fermier ou détenteur de l'héritage mouvant de la Seigneurie, quoique le vaſſal ne l'habite pas; & de la part du vaſſal, au chef-lieu de la Seigneurie.

13. M. Jouſſe, t. 2, art. 3, dit que l'aſſignation qui concerne le mineur, doit être donnée au domicile du tuteur honoraire, parce que le tuteur onéraire eſt donné *rei & non perſonæ*. En Bretagne, l'aſſignation donnée au tuteur onéraire eſt valable, parce qu'il a l'adminiſtration des biens du mineur. Mais s'il s'agiſſoit d'actions concernant la perſonne du mineur, ſon éducation ou d'autres objets relatifs à la fonction du

tuteur honoraire, il paroît indispensable de lui signifier l'exploit.

14. La Loi a été aussi obligée de fixer des règles pour assigner ceux qui n'ont point de domicile.

Les condamnés au bannissement & aux galères à temps, & les absens pour faillite, voyage de long cours ou hors du Royaume, doivent être assignés à leur dernier domicile, parce qu'ils on conservé ce domicile, n'en ayant pu acquérir un autre par l'effet de la condamnation, ni par l'absence; & sur ce motif, l'Ordonnance abroge l'ancienne formalité du procès verbal de perquisition, qui d'ailleurs ne pouvoit être d'aucune utilité. Elle abroge aussi l'usage de leur créer un curateur, qui étoit également inutile & contraire au principe, que le condamné à temps, & l'absent, ne perdent pas les droits de citoyens, & ne sont point interdits. (*a*)

15. L'Ordonnance ne parle point du condamné au bannissement ou aux galères à perpétuité; parce que

(*a*) *Art. 8.*

cette peine opère la mort civile, & fait passer la succession en Bretagne, aux héritiers du condamné, & dans les autres Provinces, aux confiscataires qui, par cette raison, sont les seuls qu'on doit assigner.

16. Celui qui n'a ou n'a eu aucun domicile connu, doit être assigné, par un seul cri public, au principal marché du lieu de la Jurisdiction où l'on doit procéder; & l'exploit doit être paraphé sans frais par le Juge. (*a*)

17. Mais si le défendeur est un étranger du Royaume, il doit être ajourné à l'Hôtel de M. le Procureur-Général du Parlement où ressortit l'appellation du Tribunal où il est assigné; & la formalité de l'assignation sur la frontière est abrogée. (*b*)

18. Cette disposition a été appliquée aux domiciliés des Colonies Françoises. Arrêt du Parlement de Paris du 6 Juillet 1740, dans le style de la Combe, *page 5*, conforme à

(*a*) *Art.* 9.
(*b*) *Art.* 7.

un Arrêt du Conseil du 25 Août 1692, rapporté par Bornier.

Quoique l'Ordonnance n'ait prescrit cette forme que pour les ajournemens donnés aux étrangers, cependant l'esprit de la Loi est qu'elle ait lieu pour toutes les autres significations qui leur sont faites. (*a*)

Il peut y avoir de l'embarras à l'égard des François qui sont aux Colonies. S'ils n'y ont pas établi leur domicile, ils sont dans le cas des absens qui doivent être assignés, suivant l'article 8, au dernier domicile qu'ils avoient en France. Or, il peut naître souvent des doutes sur le fait du domicile de celui qui a passé aux Colonies, & qui peut y être seulement retenu pour ses affaires, sans avoir intention de s'y fixer.

Dans le doute, la prudence paroît exiger que l'ajournement soit donné au dernier domicile, suivant l'article 8, & à l'Hôtel de M. le Procureur-Général, avec assignation après le plus long délai, & qu'il soit

(*a*) Rodier sur l'*art.* 7.

donné copie à chacun des deux endroits. Par cette précaution, la difficulté sur le vrai domicile cesse entièrement.

19. Enfin, pour qu'on ait une entière liberté d'assigner ceux qui demeurent en des Châteaux ou Maisons fortes, ils sont tenus d'élire leur domicile en la plus prochaine Ville, & d'en faire enregistrer l'acte au Greffe de la Jurisdiction Royale du lieu; faute de quoi les exploits peuvent être donnés à leurs Fermiers, Juges, Procureurs d'office & Greffiers. (*a*)

Après ces principes généraux & essentiels à tous les exploits, il ne reste plus que quelques observations particulières.

20. 1° Comme dans les principes de l'équité & du droit commun, la voie de la Justice doit être ouverte à tout le monde, sans avoir besoin d'implorer le secours du Juge, les ajournemens peuvent être faits sans commission ni mandement, quoique

(*a*) *Art.* 15.

le défendeur ait son domicile hors du Ressort de la Jurisdiction où il est assigné. (*a*)

Cette règle générale souffre des exceptions par les articles 11, 12 & 13. (*b*)

Si le demandeur a commencé par une Requête expédiée d'un *permis d'appeller*, le libelle & les conclusions de cette Requête suffisent pour

(*a*) *Art. 10.*

(*b*) Ceux qui ont droit de *committimus*, ne pourront faire ajourner aux Requêtes de notre Hôtel & du Palais, qu'en vertu de Lettres de *committimus*, bien & dûement expédiées, & non surannées, desquelles sera laissé copie dans la même feuille ou cahier de l'exploit. S'il y avoit neanmoins des instances qui y fussent liées ou retenues, les ajournemens pourront y être donnés en sommation ou autrement, sans Lettres, Requêtes ou Commission particulière. *Art. 11.*

Ne seront donnés aucuns ajournemens pardevant nos Cours & Juges en dernier ressort, soit en première instance, par appel ou autrement, qu'en vertu de Lettres de Chancellerie, Commission particulière ou Arrêt. Pourront néanmoins les Ducs & Pairs, pour raison de leurs Pairies, l'Hôtel-Dieu, le grand Bureau des Pauvres, l'Hôpital-Général de notre bonne Ville de Paris, & autres personnes & Communautés qui ont droit de plaider en première instance, soit en la Grand'Chambre de notre Parlement de Paris, ou en nos autres Cours de Parlement, y faire donner les assignations, sans Arrêt ni commission. *Art. 12.*

Ne pourront aussi être donnés aucuns ajournemens en notre Conseil, ni aux Requêtes de notre Hôtel, pour juger en dernier ressort, qu'en vertu d'Arrêt de notre Conseil, ou Commission de notre grand Sceau. *Art. 13.*

l'exploit en tête duquel elle eſt ſignifiée, & qui porte aſſignation pour procéder ſur la Requête.

21. 2° Le libelle & les concluſions inſtruiſant le défendeur des cauſes & des motifs de la demande, il n'y a pas de nullité dans l'omiſſion d'avoir donné copie, au long ou par extrait, des pièces qui ſervent de fondement à l'action. Mais cette omiſſion pouvant cauſer une augmentation de frais, lorſque les copies ſont données enſuite dans le cours de l'inſtance, ces copies n'entrent point en taxe; & les réponſes qui y ſont faites, ſont aux dépens du demandeur, & ſans répétition. (*a*)

22. 3° *Pour prévenir* les exactions des *Huiſſiers & Sergens*, & pour qu'on ſoit en état de les faire rapporter ce qui peut ſe trouver d'exceſſif dans leurs vacations, ils ſont obligés de marquer le reçu au bas de l'original de l'exploit, à peine de 20 livres d'amende. (*b*)

(*a*) *Art. 6.*
(*b*) *Art. 5.*

23. Il faut obſerver ſur cela que les Huiſſiers & Sergens Royaux, ou autres des Juriſdictions ſupérieures, qui ſont compétens pour ſignifier les exploits portant aſſignation dans les Juriſdictions inférieures, ne peuvent prendre, pour ces exploits, de plus grandes vacations que les Huiſſiers & Sergens des lieux, s'ils n'ont une commiſſion particulière de la Cour ou d'autres Juges, ſur le refus des Huiſſiers & Sergens des lieux, ou autres juſtes & raiſonnables conſidérations, à peine de caſſation des procédures & de reſtitution du quadruple. Réglemens des 7 Janvier 1671, & 15 Mai 1687, article 139.

Cette caſſation de procédures ne peut s'appliquer qu'à celles qui ſeroient faites par l'Officier pour le paiement de ſes ſalaires. Car il eſt certain que l'excès de la vacation n'influe en rien ſur la validité de l'ouvrage de quelque Officier que ce ſoit; & l'on n'a que la voie de

l'appeller en rapport de ce qu'il a trop touché.

24. L'exploit d'ajournement & tout autre exploit, étant l'ouvrage d'un Officier public dans ses fonctions, il fait foi; & il est réputé vrai dans tout son contenu, jusqu'à l'inscription en faux, quand même il ne seroit pas écrit de la main du Sergent ou Huissier, pourvu qu'il soit signé de lui, & contrôlé.

Mais cette généralité exige une explication.

25. Premièrement, celui qui y est exprimé demandeur, peut désavouer l'Huissier, sans prendre la voie de l'inscription de faux. Car quoique l'exploit porte qu'il est fait à sa requête, l'Huissier peut n'avoir pas d'ordre suffisant de la Partie, sans que l'exploit soit faux.

26. 2° Le caractère public de l'Officier, donne, à la vérité, une foi entière à l'exploit sur tous les faits essentiellement relatifs à sa commission, & même sur les obstacles qu'il éprouve. Ainsi le procès verbal,

de rebellion pourra faire foi, comme tout autre exploit ou procès verbal fait sans aucun obstacle. Mais les Parties adverses ne sont pas exclues de se plaindre des violences ou des malversations que l'Huissier aura commises dans l'exécution de sa commission. Je renvoie sur cela à ce que je dirai sur les décrets en matière criminelle.

27. 3° Les refus du défendeur, portés dans le procès verbal d'un Huissier ou Sergent, font une partie nécessaire de cet exploit, & sont constans jusqu'à l'incription en faux. Mais il n'en est pas de même des reconnoissances non souscrites de la Partie, quoiqu'interpellées de les souscrire. Car, comme une reconnoissance opère un titre pour la Partie qui fait signifier l'exploit, le défaut de signature de celui qui a fait la reconnoissance, empêche que l'exploit n'ait aucun caractère de titre contre lui; puisque même, comme nous le verrons dans la suite, le défaut de souscription des

déclarations & reconnoiſſances faites en Jugement dans les Juriſdictions inférieures, les rend ſans effet. Or, il eſt évident qu'un Jugement & tout autre acte judiciaire, a un caractère infiniment plus grand & plus reſpectable que l'exploit ou le procès verbal d'un Huiſſier.

Il faut de plus obſerver que ſi une reconnoiſſance, non ſouſcrite dans un pareil ouvrage, pouvoit être un titre ſuffiſant, un Huiſſier ou un Sergent auroit une autorité plus forte que les Notaires, dont les actes ne ſont des loix entre les Parties, que lorſqu'elles les ont ſignés ou qu'elles les ont fait ſigner à leur requête.

28. 4° Il arrive quelquefois qu'on fait des procès verbaux contraires à ceux des Sergens ou Huiſſiers, & qui ont un caractère égal. Par exemple, un Huiſſier qui inſtrumente contre moi, refuſe de rapporter ma déclaration. Je fais venir un Huiſſier avec ſes Recors, ou deux Notaires

qui rapportent ma déclaration, & qui somment l'Huissier de l'insérer dans son exploit ou procès verbal. Alors il y a de part & d'autre des actes qui font foi jusqu'à l'inscription en faux. Quand même on pourroit douter que j'eusse d'abord fait cette déclaration à l'Huissier, & qu'il eût refusé de la rapporter, les Officiers publics que je fais intervenir, constatent ma déclaration faite dans le moment qu'ils ont paru : & le plus souvent, ce qui dépend néanmoins des circonstances, il demeure pour constant, malgré l'exploit ou procès verbal de l'Huissier, que je lui ait fait cette déclaration, & qu'il a refusé de la recevoir.

29. Après avoir prescrit la forme des ajournemens, il étoit nécessaire de fixer les délais des assignations, suivant la distance des lieux, pour donner au défendeur le temps de préparer ses défenses, de les porter lui-même, ou de les envoyer au Procureur qu'il a choisi. C'est ce

que l'Ordonnance a fait très-clairement. (*a*)

(*a*) Les termes & délais des assignations qui seront données aux Prévôtés & Châtellenies Royales, à des personnes domiciliées au lieu où est établi le Siége de la Prévôté & Châtellenie, seront au moins de trois jours, & ne pourront être plus longs de huitaine. *Art. premier du Tit. 3.*

Si le défendeur est demeurant hors du lieu, & néanmoins en l'étendue du Ressort, le délai de l'assignation sera au moins de huitaine, & ne pourra être plus long de quinzaine. *Art. 2.*

Aux Siéges Présidiaux, Bailliages & Sénéchaussées Royales, le délai des assignations données à ceux qui sont domiciliés où le Siége est établi, ou dans la distance de dix lieues, ne pourra aussi être moindre de huitaine, & plus long de quinzaine; & pour ceux qui sont hors la distance des dix lieues, le délai de l'assignation sera au moins de quinzaine, & au plus de trois semaines. *Art. 3.*

Aux Requêtes de notre Hôtel, Requêtes du Palais, & aux Siéges des Conservations des priviléges des Universités, les délais des assignations seront de huitaine pour ceux qui demeurent en la Ville où est le Siége de la Jurisdiction; de quinzaine pour ceux qui sont dans l'étendue des dix lieues; d'un mois pour ceux qui sont dans la distance de cinquante lieues, & de six semaines au-delà de cinquante lieues, le tout dans le Ressort du même Parlement, & de deux mois pour ceux qui sont demeurans hors le Ressort. *Art. 4.*

Dans les délais des assignations & des procédures, ne seront compris les jours des significations des exploits & actes, ni les jours auxquels écherront les assignations. *Art. 6.*

Tous les autres jours seront continus & utiles pour les délais des assignations & procédures, même les Dimanches, Fêtes solemnelles, & les jours de Vacations & autres auxquels il ne se fait aucune expédition de Justice. *Art. 7.*

Ès Cours de Parlement, Grand-Conseil, & Cours des Aides, tant en première instance qu'en cause d'appel, les délais des assignations seront de huitaine, pour ceux qui demeurent en la même

La Loi a même donné un autre délai, dont nous parlerons au Ch. des Défauts.

30. Comme il y a des affaires qui requièrent célérité, & le retardement pouvant rendre la perte irréparable, l'article 14 du titre 14,

Ville où sont établies nos Cours de Parlement & Cours des Aides, & où le Grand-Conseil fera sa résidence; de quinzaine pour ceux qui sont demeurans hors la Ville, dans la distance de dix lieues; d'un mois pour ceux qui ont leur domicile au-delà de dix lieues, dans la distance de cinquante; de six semaines pour ceux qui sont au-delà de cinquante lieues, le tout dans le Ressort du même Parlement & Cour des Aides; & de deux mois pour les personnes qui sont domiciliés hors le Ressort; & pour le Grand-Conseil au-delà de cinquante lieues, le délai des assignations sera augmenté d'un jour pour dix lieues. *Art. premier du Titre 11.*

Aux Siéges des Maîtrises particulières des Eaux & Forêts, Connétablies, Elections, Greniers à Sel, Traites foraines, Conservation des Priviléges des Foires, & aux Justices des Hôtels & Maisons de Ville, & autres Jurisdictions inférieures, lorsque le défendeur sera domicilié ou présent au lieu de l'établissement du Siége, le délai des assignations ne pourra être moindre de vingt-quatre heures, s'il n'y a péril en la demeure, ni plus long de trois jours, & de huitaine au plus pour ceux qui sont demeurans ailleurs, dans la distance de dix lieues; & si le défendeur est demeurant en lieu plus éloigné, le délai sera augmenté à proportion d'un jour pour dix lieues. *Art. 14 du Titre 14.*

Vingt-quatre heures après l'échéance de l'assignation, les Parties seront ouies en l'Audience, & jugées sur le champ, sans qu'elles soient obligées de se servir du ministère des Procureurs. *Art. 15.*

permet de donner un délai moindre de 24 heures, s'il y a péril dans la demeure; & le bien du commerce étant opposé aux longueurs des délais, les articles 1, 5 & 6 du titre 16, ont établi des règles particulières pour les Jurisdictions des Consuls.

31. Hors les cas particuliers de ces exceptions, on doit observer, sous peine de nullité, les délais que l'Ordonnance a établis, avant que de lever défaut, & de le faire juger.

32. Mais l'exploit ne sera pas nul, si après avoir donné un trop court délai, le demandeur a attention de ne lever défaut, & de ne le faire juger que dans les délais prescrits par l'Ordonnance (*a*), contre le sentiment de Boutaric. (*b*)

33. Au reste, c'est une maxime générale, que les délais sont en faveur du demandeur comme du défendeur, lequel par cette raison n'a pas droit d'obliger le demandeur d'anticiper le délai.

(*a*) Jour. des Aud. Arrêt du 22 Mai 1707.
(*b*) *Tit. 3. Art. 7.*

Cette maxime absurde a été abrogée pour les procédures des Conseils du Roi (*a*). Il seroit à souhaiter qu'elle fût également abrogée dans tous les autres Tribunaux, n'ayant aucun motif de droit ni d'équité.

34. Si l'exploit est nul, le demandeur peut s'en départir, avant que le défendeur se soit présenté, & en faire signifier un autre, en observant les délais dans cette nouvelle assignation.

35. Il est évident, par le pur texte de l'Ordonnance, que les délais des titres 3, 4 & 5 ne sont que pour les Jurisdictions Royales, & que les seuls articles 14 & 15 du titre 14 sont pour les Jurisdictions de Seigneurs; en sorte que si l'on n'y donnoit que les délais très-courts de l'article 14, le défendeur ne pourroit alléguer ni nullité ni précipitation.

Cependant, comme dans les affaires qui ne sont pas sommaires & célères, l'expérience a fait connoître

(*a*) *Part.* 2, *Tit.* 1, *Art.* 16 du Réglement de 1738.

que ces délais ſont trop courts, l'uſage conſtant & invariable a toujours été de ſuivre, dans les Juriſdictions de Seigneurs, les délais fixés par le titre 3 de l'Ordonnance; & quoique cette Loi n'y ait point établi les délais & les formalités des défenſes & des défauts, on les pratique néanmoins: c'eſt un uſage ſi conſtant que, ſi le Procureur du demandeur n'obſervoit pas les délais des défauts, il auroit à craindre que ſa procédure fût rejettée, avec d'autant plus de raiſon que, ſans l'obſervation de ces délais, les ſurpriſes ſeroient extrêmement faciles, & une Partie ſeroit condamnée par défaut avant d'avoir eu le temps de ſe défendre.

CHAPITRE II.

De la préſentation, des défenſes, & de la procédure contradictoire juſqu'à la conteſtation en cauſe.

SOMMAIRE.

1. *Définition de la préſentation. Elle peut être faite aux jours de Fêtes.*

2. *Nécessité de la présentation du demandeur comme du défendeur.*
3. *De la présentation pour coter folle intimation ou fin de non-recevoir.*
4. *Des Jurisdictions où il n'y a point de Greffe des présentations.*
5. *Des défenses.*
6. *Quels moyens y doivent être employés.*
7. *Quand on doit proposer les nullités d'exploit & les différentes exceptions.*
8. *De la maxime, qu'en Cour Souveraine on plaide à toutes fins.* Idem *dans les Jurisdictions inférieures. Article 5 du titre 5.*
9. *Signification nécessaire de toutes les écritures.*
10. *Formalités pour la suite de l'Audience. Des repliques. Abrogation des dupliques, tripliques*, &c.
11. *Du défaut faute de comparoir à l'Audience.*
12. *De la continuation de la cause.*
13. *Réflexions sur la simplicité de la procédure de l'Ordonnance, sur la sagesse des Réglemens, & sur l'abus des procédures frustratoires.*
14. *De l'utilité & de la nécessité des rôles d'Audiences.*

1. La présentation est un acte fait, par le Procureur du demandeur ou du défendeur, au Greffe du Siége

Royal ou de tout autre Tribunal Royal où il y a un Greffe des Présentations, avant que de faire aucune procédure sur l'exploit introductif de l'instance, soit en cause principale ou d'appel; dans lequel acte les noms de la Partie & de son Procureur, & celui de l'Adversaire sont exprimés. Cet acte peut se faire tous les jours sans distinction (*a*), & même les jours de Dimanches & de Fêtes.

2. L'article 2 du titre 4 exempte de cette formalité, le demandeur & l'appellant par relief ou l'anticipant. Mais elle a été rétablie par l'Edit du mois d'Avril 1695; & la Déclaration du 12 Juillet suivant l'exige même de la part de l'intervenant.

3. Par un style qui s'est introduit au Palais, le défendeur ou l'intimé déclare se présenter pour coter folle intimation ou fin de non-recevoir, comme si on dérogeoit à ces exceptions par le silence de la présentation : erreur contraire, 1° à

(*a*) *Tit. 4, Art. 1.*

l'Ordonnance qui, dans l'article 5 du titre 5, exige seulement qu'on les emploie dans les défenses ; 2° au droit commun qui permet de proposer les exceptions péremptoires dans tout le cours du Procès, comme nous l'observerons dans la suite.

D'ailleurs, la présentation n'est qu'un simple acte, par lequel un Procureur déclare se constituer pour défendre à l'exploit. Ainsi la nature même de la présentation réserve de droit tous les moyens de défenses de la Partie. (*a*)

4. Dans les Jurisdictions où il n'y a point de Greffe des Présentations, ce qui est général pour toutes les Jurisdictions non Royales, la présentation seroit une formalité absolument inutile. Il suffit de signifier les défenses : mais quand on ne se presse pas de les fournir, l'usage est que, par un dénoncé, ou par un acte à l'Audience, le Procureur du

(*a*) V. dans les Questions de M. Rodier sur l'Ordonnance, *p.* 46, une distinction plus subtile que solide, entre les nullités extrinsèques & intrinsèques.

défendeur

défendeur ou de l'intimé se fait connoître.

5. Les défenses sont le premier écrit que la Partie assignée fournit, en réponse à la demande. Elles doivent être signées du Procureur du défendeur; & l'on doit signifier en même temps copie des pièces justificatives (*a*). Mais le défaut de signification de la copie des pièces, n'emporte pas la nullité des défenses; & il n'y a point d'autre peine, que celle qui est prononcée contre le demandeur, s'il n'a pas fait signifier copie de ses titres avec l'exploit d'ajournement.

6. Outre les réponses qui résultent du fonds, les moyens de défenses se tirent, soit de la forme, lorsque l'exploit de demande contient quelque nullité, soit des fins de non-recevoir ou autres exceptions péremptoires.

L'article 5 du titre 5 ordonne d'employer ces moyens dans l'écrit de défenses, pour y être préalable-

(*a*) *Tit. 5, Art. premier; Tit. 11, Art. 2.*

ment fait droit par le Juge ; parce que si ces moyens sont bien fondés, ils dispensent le Juge d'entrer dans la discussion du principal. Il faut néanmoins observer que si le Juge ne trouve pas ces exceptions bien fondées, la Loi ne l'oblige pas d'y prononcer par un jugement séparé de celui du fonds, sur lequel il peut faire droit en déboutant le défendeur de ses exceptions.

Mais il y a une différence constante dans l'usage entre les nullités & les exceptions péremptoires.

7. Les nullités d'exploit peuvent être couvertes (*a*) par la procédure volontaire du défendeur. Ainsi, à moins qu'elles ne soient de nature à ne pouvoir pas être connues par la copie qui lui a été signifiée, par exemple le défaut de contrôle, il est nécessaire de les proposer par les défenses ; & cela s'applique même, comme nous le ferons voir dans la suite, aux exceptions dilatoires,

(*a*) Journ. des Aud. Arrêt du 12 Mai 1707. V. le procès verbal de l'Ordon. *T. 1, Art. 1, à la fin.*

aux déclinatoires de Jurisdictions qui ne sont pas radicalement incompétentes, & autres exceptions dont nous parlerons dans un Chapitre séparé; au lieu que les exceptions péremptoires peuvent être proposées en tout état de cause.

C'est ce que dit Loisel (a). *Qui de barres se veut aider, doit commencer aux déclinatoires, pour venir aux dilatoires, & finalement aux péremptoires; & si la dernière met devant, ne s'aidera des premières.* Cela caractérise bien le principe, que hors le cas d'incompétence radicale, la procédure volontaire de la Partie, rend la Jurisdiction compétente, & que l'exception dilatoire doit être proposée *in limine litis.*

8. Il y a un axiome constant, qu'*en Cour Souveraine, on plaide à toutes fins*; c'est-à-dire, qu'on peut y réunir tous les différens moyens de défenses, sans que l'un nuise à l'autre. De-là on peut induire que cette règle n'a lieu que dans ces Tribunaux, &

(a) *Liv. 5, tit. 2, art. premier.*

non dans les Tribunaux inférieurs. Mais l'article 5 du titre 5 est clair, & les formules sur cet article, achèvent de prouver qu'en toutes Jurisdictions, on peut réunir les moyens de nullité, les exceptions péremptoires, & les moyens du fonds, sans que l'un nuise à l'autre.

9. C'est une règle générale pour les défenses, & pour toutes les autres écritures du Procès, avant & depuis l'appointement en cause principale & en cause d'appel, qu'elles doivent être signifiées au Procureur adverse, sans quoi elles ne peuvent avoir aucun effet. (*a*)

10. Trois jours francs après la signification des défenses & des pièces justificatives, la cause peut être poursuivie à l'Audience, sur un simple acte signé du Procureur, & signifié sans prendre aucun avenir ni Jugement pour plaider au premier jour, à peine de nullité & de 20 livres d'amende contre chacun des Procureurs &

(*a*) *Tit. 14, art. 12; tit. 11, art. 22.*

du Greffier qui les auront pris, & expédiés. (*a*)

Cet acte peut être signifié, même la veille de l'Audience, le délai de trois jours, fixé par l'Ordonnance, étant commencé du jour de la signification des défenses.

Au reste, cet acte est inutile, lorsqu'il a été dénoncé que la cause est mise au rôle.

Ce délai de trois jours est établi, pour donner au demandeur le temps de fournir ses repliques. Mais la Loi veut que la procédure n'en puisse être arrêtée, ni le délai prorogé (*b*). Et l'article 3 du titre 14 abroge l'usage des dubliques, tripliques, additions premières & secondes, & les autres écritures semblables, avec défenses à tous Juges d'y avoir égard, & de les passer en taxe.

Dans le procès verbal de l'Ordonnance (*c*), il est bien prouvé que la défense d'avoir égard aux dupliques & tripliques, est contre

(*a*) *tit. 14, art. 1; tit. 11. art. 8.*
(*b*) *tit. 14, art. 2.*
(*c*) *tit. 6, art. 3.*

l'équité. Aussi elle ne s'observe par aucuns Juges ; & leur devoir se borne à ne les point passer en taxe lorsqu'elles ne sont pas nécessaires. (*a*)

11. A l'échéance de l'assignation pour plaider, les Procureurs doivent comparoir, & les Avocats dans les causes qui ont besoin de leur ministère, sinon le Juge donne défaut au comparant, & décide sur le champ. (*b*)

12. Si la cause n'est pas appellée, ou n'est pas expédiée au jour de l'assignation, elle doit être continuée & poursuivie en la prochaine, sur un simple acte signifié au Procureur, sans aucun avenir ni Jugement, à peine de nullité & de 20 liv. d'amende (*c*) ; & après que la cause est plaidée, il se rend un Jugement à l'Audience, comme nous l'observerons dans la suite.

13. Voilà, sans doute, la procédure

(*a*) *V.* le Réglement du Parlement de Toulouse, cité par M. Rodier, *tit.* 14, *art.* 3.
(*b*) *Tit.* 14. *art.* 4.
(*c*) *Art.* 6.

la plus ſimple qu'il ſoit poſſible d'imaginer ; & nous ne pouvons trop admirer la ſageſſe du Légiſlateur, qui a eu la plus ſingulière attention pour réprimer les frais, la multiplication & la longueur des procédures, en conſervant cependant tout ce qui eſt néceſſaire pour l'inſtruction & pour la défenſe.

En effet, il eſt juſte que le défendeur ait le temps de fournir ſes moyens de défenſe ; & quoique le demandeur doive être certain de la juſtice de ſa demande, & doive même prévoir les moyens qu'on y oppoſera, il étoit juſte de lui donner, depuis les défenſes, un temps ſuffiſant pour réfléchir ſur les réponſes du défendeur, & même pour repliquer, ſans néanmoins qu'il pût en réſulter aucun retardement pour la déciſion. Comme cette inſtruction, jointe à la plaidoierie, eſt ſuffiſante pour mettre le Juge en état de rendre juſtice, toutes autres écritures ſont abrogées ; & par cette raiſon, le Réglement de 1683, a

même défendu de faire des repliques, ou réponses aux défenses, sauf à les alléguer en plaidant. Il n'est plus besoin après cela que de suivre l'Audience, & d'en avertir le Procureur adverse. Un simple acte ou dénoncé suffit. Ainsi tout Jugement ou expédition du Greffe est inutile : le Réglement de 1683, & celui du 21 Août 1756, ont encore eu attention de défendre la multiplication des actes prescrits par l'Ordonnance à peine de radiation.

Mais cette admirable simplicité est presque inconnue ailleurs qu'au Parlement ; & par un abus, en quelque sorte général dans les Jurisdictions de campagne, les Greffiers & les Procureurs s'accordent, pour épuiser les Parties par une contravention continuelle à l'Ordonnance.

D'abord, premier, second, & souvent troisième Jugement qui ordonne de fournir défenses. Quand elles sont fournies, on suit l'Audience, non pas pour faire juger, mais pour faire ordonner au demandeur

de répondre. Deux ou trois Jugemens conformes ſuivent le premier. Les dupliques, tripliques, & les autres écritures réprouvées par la Loi, ſont accompagnées de cet appareil de Jugemens auſſi inutiles que multipliés; & ſouvent le procès, ſur l'objet le plus mince, eſt devenu très-gros & hériſſé d'une multitude d'expéditions inutiles du Greffe, avant que le Juge ait été en état de ſavoir de quoi il s'agit.

Ces pillages ſont d'autant plus funeſtes au Public, qu'ils reſtent preſque toujours impunis, malgré l'attention du Parlement à rejetter les procédures inutiles. Car le plus ſouvent les Parties épuiſées, dès la première ou la ſeconde Juriſdiction, ne peuvent pas aller plus loin; & d'ailleurs, les Procureurs qui rendent les pièces & procédures à leurs Cliens pour ſuivre un appel, ont plus d'un moyen pour empêcher que leurs procédures inutiles ne paroiſſent ſous les yeux du Parlement.

Ainſi, le Réglement du 21 Août 1756, n'a pas eu tout le ſuccès qu'on en eſpéroit. Il ordonne l'exécution des articles premier & 6 du titre 14 de l'Ordonnance. Il défend à tous Juges de multiplier les Jugemens d'inſtruction aux Audiences, & aux Greffiers de les expédier & délivrer, à peine de trois livres d'amende : il ordonne la contrainte contre les Procureurs pour la reddition des communications, ſur les Ordonnances des Juges ou des Rapporteurs, au pied d'une Requête, ſans ſe pourvoir à l'Audience ; diſpoſition tirée du Réglement du 2 Mars 1728. Enfin, il défend aux Procureurs d'employer, dans leurs mémoires, aucun droit d'expédition au lief des Jugemens d'inſtruction rendus aux Audiences, & aux Juges de les allouer dans les liquidations de dépens.

14. Il y a long-temps que les rôles d'Audiences ont été ordonnés dans toutes les Juriſdictions inférieures. Le Réglement du 19 Juillet

1683, défend même de donner aucuns placets pour les causes d'Audiences, & ordonne les rôles, même pour les causes requérant célérité, qui en sont, avec raison, exceptées par le Réglement du 27 Juin 1737.

Le plus grand bien qu'on pût faire aux Parties, seroit de faire observer ces Réglemens avec la plus grande rigueur, pour toutes les autres affaires ; & à l'exception de celles qui sont affaires célères, de proscrire absolument toute expédition par placet & autrement qu'à tour de rôle, dans les Jurisdictions inférieures. On pourroit en ce cas abroger tout acte ou dénoncé d'Audience, après un seul qui seroit signifié à requête du Procureur le plus diligent, & qui porteroit que la cause est mise au rôle. Quand l'enrôlement est fait, les Parties ou leurs Procureurs sont instruits du temps auquel la cause doit être plaidée ; & s'il y a incertitude sur ce temps, ce n'est que par le nombre

& la qualité des causes qui précèdent. Mais les Procureurs, obligés de suivre les Audiences, sont en état de connoître, par l'expédition des causes du rôle, quand leurs causes doivent venir, sans qu'il soit besoin de faire signifier aucun acte. Ainsi, l'article 6 du titre 14 étoit très-mal imaginé; car une cause n'étant pas appellée ou expédiée dans la première Audience, il est de droit qu'elle aille à l'Audience suivante, sans la signification d'aucun acte. On dira sans doute que cet objet n'est qu'une bagatelle, & l'on sera dans l'erreur. Car c'est précisément ce qui fait multiplier les frais, & retarde la décision. Il y a peu de Justice de Seigneur, où il ne se fasse un petit commerce de correspondance entre les Procureurs, par des dénoncés d'Audience qu'ils se font signifier réciproquement. Ce sont des vacations qui ne leur coûtent rien à gagner, & dont la multiplicité est fort onéreuse aux Parties. Il en

réſulte même un autre inconvénient. C'eſt le retardement de la déciſion. Car, ſous prétexte de l'art. 6, dont on vient de parler, les Procureurs retardent de concert la ſuite de l'Audience ſur leurs affaires, pour pouvoir ſignifier un dénoncé après chaque Audience, ſous prétexte que la cauſe n'y a pas été expédiée. Cet abus ne ſubſiſte point au Parlement, & n'eſt même guères connu dans les Tribunaux Royaux.

Il ſeroit bon auſſi de faire un Réglement pour la manière dont le Juge doit ſe gouverner ſur la confection & l'expédition des rôles. Celui du 27 Juin 1737 (*a*), paroît remédier à tous les inconvéniens; & il y auroit ſeulement une addition à faire, à l'égard des cauſes qui ne ſe trouvent pas en état d'être plaidées, lorſqu'elles ſont appellées, ſoit qu'il ne comparoiſſe aucun Procureur de part ni d'autre, ou qu'on excepte par quelques motifs

(*a*) Journ. du Parl. T. 2, C. 40.

légitimes. En l'un & l'autre cas, on doit laisser au Juge une entière liberté, ou de renvoyer la cause, l'enrôlement conservé, ou de la rayer de l'ordre où elle est dans le rôle, & de la faire porter sur le champ par le Greffier à la fin du rôle, pour que l'on ne soit pas obligé d'en faire dans la suite un nouvel enrôlement.

CHAPITRE III.

Des Défauts.

SOMMAIRE.

1. *Motifs des deux délais donnés par l'Ordonnance.*
2. *Trois différens défauts.*
3. *Délais pour les présentations.*
4. *Du défaut faute de se présenter.*
5. *Contradiction entre l'article 5 du titre 3, & l'art. 3 du titre 11.*
6. *Les délais courent aux jours de Dimanches & de Fêtes. Ils sont francs.*
7. *Abrogation des procédures inutiles contre les défaillans.*
8. *Du Jugement du profit du défaut.*

9. *Si on lève défaut en matière sommaire.*
10. *Du défaut faute de fournir défenses.*
11. *Et faute de plaider.*
12. *Réglement du 24 Octobre 1706.*
13. *Différence entre le Jugement du défaut contre le demandeur & contre le défendeur.*
14. *Ancienne forme sur le Jugement du profit de défaut contre le demandeur.*
15. *Des dépens, lorsque le demandeur est débouté sur le défaut du défendeur.*
16. *Défense d'appointer par le profit des défauts.*
17. *Quand les défauts peuvent être rabattus.*
18. *Nulle restitution ni opposition contre les Jugemens sujets à l'appel. Exception pour les Requêtes du Palais.*
19. *De la procédure, quand le défendeur se présente & fournit défense avant le Jugement du défaut. Frais préjudiciaux.*
20. *De la forme & des délais, lorsqu'il intervient des Jugemens interlocutoires par défaut, ou qu'on prend incidemment de nouvelles conclusions contre le défaillant.*

1. Tout défendeur est obligé de comparoître pour proposer ses exceptions, dans le Tribunal où il est assigné. Mais la Loi, en supprimant l'inutilité des anciennes procédures, a voulu prévenir les surprises, &

pour cela elle fixe deux temps : le premier pour le défaut qui se lève au Greffe, & qui est l'acte par lequel il est constaté que la Partie est défaillante. Il s'appelle *congé défaut*, lorsque c'est le demandeur ou l'appellant qui est défaillant.

La Loi fixe un délai, outre celui de l'assignation (*a*), avant qu'on puisse lever le défaut.

Le second temps est pour faire juger ce défaut à l'Audience suivante. (*b*)

2. Il y a trois différens défauts.

1° Le défaut faute de comparoître ou constituer Procureur.

2° Le défaut faute de défendre.

3° Le défaut faute de plaider.

3. L'article premier du titre 4, ordonne qu'après l'échéance de l'assignation, la présentation se fera tous les jours sans distinction, pour les matières sommaires dans trois jours, & pour toutes autres affaires, dans la quinzaine aux Cours souveraines,

(*a*) *T. 3, art. 5.*
(*b*) *T. 5, art. 3.*

& dans la huitaine aux autres Jurisdictions.

4. Si le défendeur ne constitue pas de Procureur dans la huitaine, après l'échéance de l'assignation, & ne fournit pas ses défenses, le demandeur pourra lever son défaut au Greffe. Mais il ne pourra le faire juger, qu'après un délai de huitaine, pour les ajournemens à huitaine ou quinzaine, & pour les autres plus longs, le délai, pour faire juger le défaut, sera de la moitié du temps porté par le délai de l'assignation, outre celui de l'assignation & de huitaine pour défendre. (*a*)

5. Il y a une contradiction entre l'article 5 du titre 3, & l'article 3 du titre 11, sur les délais pour faire juger le défaut levé au Greffe.

Le premier fixe la moitié du délai de l'assignation, lorsquelle est de plus de quinzaine; & il porte expressément que ces délais seront observés en toutes les Cours, à l'égard du demandeur & de l'intimé.

(*a*) *T. 3, art. 5; T. 5, art. 1; T. 11, art. 3.*

Au contraire, l'article 3 du titre 11, fixe en général, pour les Cours, à la huitaine, le délai pour faire juger le défaut levé au Greffe.

M. Rodier (*a*), voulant concilier ces deux articles, dit que l'article 5 du titre 3, s'applique aux instances d'appel; & que l'article 3 du titre 11 est pour les instances portées directement au Parlement.

Sans examiner si cette conciliation est solide, il suffit d'observer que l'usage constant du Parlement de Bretagne, soit en cause d'appel ou dans les affaires qui s'y portent directement en première instance, est d'observer les délais fixés par l'article 5 du titre 3.

On peut aussi trouver une contradiction entre l'article 3 du titre 11, & l'article premier du titre 4. Le premier permet de lever défaut au Greffe des Cours, si dans le délai après l'échéance de l'assignation, le défendeur ne constitue Procureur. Ce délai n'est que de huitaine,

(*a*) *T. 11, art. 3.*

même pour les Cours, ſuivant l'article 5 du titre 3.

Au contraire, par l'article 1er du titre 4, le délai pour la préſentation eſt de quinzaine, quand la matière n'eſt pas ſommaire. Or, on ne peut pas lever défaut, pendant que le délai pour la conſtitution de Procureur n'eſt pas expiré.

6. Pour tous les délais établis par l'Ordonnance, les jours même de Dimanches, Fêtes ſolemnelles & vacations, ſont continus & utiles. (*a*) Mais tous les délais ſont francs, c'eſt-à-dire, qu'on ne compte point le jour de la ſignification ni le jour de l'échéance. Cette règle eſt générale, pour tous les exploits & actes. (*b*)

7. L'Ordonnance abroge toutes autres procédures inutiles contre les défaillans, comme actes ou ſommations préalables, déboutés de défenſes, réajournemens, défauts ſauf purs & ſimples & aux Ordonnances,

(*a*) *T. 3, art. 7.*
(*b*) *T. 3, art. 6.*

& les permiſſions de les faire juger. (*a*)

8. Lorſque le délai, pour faire juger le défaut levé au Greffe, eſt expiré, le demandeur ou ſon Procureur ſe préſente à l'Audience, ſans autre acte ni ſommation préalable, & le profit du défaut eſt jugé ſur le champ. (*b*)

9. La Combe (*c*) dit qu'on ne lève point de défaut en Matière ſommaire, & cela paroît réſulter de l'article 7 du titre des Matières ſommaires.

10. Comme la préſentation du Procureur du défendeur n'eſt d'aucune utilité pour l'inſtruction de l'affaire, s'il ne fournit pas des défenſes, l'Ordonnance a établi, en ce cas, le défaut faute de fournir défenſes, qui ſe prend à l'Audience ſans autre acte ni ſommation préalable; & le profit du défaut eſt jugé ſur le champ. (*d*)

(*a*) T. 5, *art.* 1 & 2 : *tit.* 11, *art* 7.
(*b*) T. 5, *art.* 3.
(*c*) *Part.* 2, *tit.* 2.
(*d*) T. 5, *art.* 3 : *tit.* 11, *art.* 6.

11. Le défaut faute de plaider eſt jugé ſur le champ à l'Audience. (*a*)

L'art. 4 du tit. 11 porte que, dans les Cours, ſi le défendeur ne fournit pas ſes défenſes dans le délai fixé par l'Ordonnance, le demandeur prendra ſon défaut au Greffe, le fera ſignifier au Procureur du défendeur, & huitaine après le baillera à juger.

Cette forme de lever défaut au Greffe, contre une Partie qui a un Procureur conſtitué, n'eſt point pratiquée au Parlement de Bretagne (*b*). Le Procureur du défendeur, ne fourniſſant point de défenſes, le Procureur du demandeur pourſuit le jugement de ſa cauſe à l'Audience des Viennent. Si le Procureur adverſe laiſſe défaut, la cauſe eſt Jugée par défaut, ſauf la reſtitution dans la huitaine. S'il comparoît, la cauſe ſe plaide, quoiqu'il n'ait point fourni de défenſes.

(*a*) *Tit. 14, art. 4.*
(*b*) Ni au Parlement de Toulouſe. Boutaric, *tit. 3, art. 5*, & Rodier, *tit. 5, art. 3.*

Cette forme eſt beaucoup plus ſimple que celle de l'Ordonnance, & il ſeroit difficile de trouver aucun motif d'utilité, dans la formalité du défaut levé au Greffe contre une Partie qui a un Procureur en cauſe.

12. A l'égard du défaut du demandeur ou appellant, qui eſt le *congé défaut*, le Réglement du 24 Novembre 1706, a établi une règle très-ſage pour le Parlement & pour tous les Siéges Préſidiaux & Royaux de la Province. Les Procureurs, conſtitués par les aſſignations, ſont tenus d'occuper, ſans être ſujets à déſaveu, & de ſe préſenter trois jours après que les Procureurs des intimés ou défendeurs leur auront ſignifié copie des aſſignations dans leſquelles ils ſont conſtitués, qui leur vaudra procuration; & faute auxdits Procureurs conſtitués, de faire leur préſentation, le même Réglement les rend reſponſables, en leur nom, de la validité des procédures des intimés & défendeurs.

Par une disposition si sage, qui doit être pratiquée dans toutes les autres Jurisdictions non Royales, à l'exception de la présentation qui n'y a pas lieu, la procédure du défendeur, contre le demandeur, est très-simple; parce que le demandeur ayant nécessairement un Procureur constitué, quand même il ne lui auroit donné aucune procuration, & la constitution de ce Procureur, lui tenant lieu de procuration, il n'est plus question que de suivre l'Audience après les défenses fournies. Si le Procureur du demandeur laisse défaut, on donne congé défaut contre lui à l'Audience.

13. Lorsque le demandeur laisse défaut, le Jugement doit renvoyer le defendeur absous; puisque le défaut du demandeur empêche que sa demande ne soit vérifiée. (*a*)

14. Anciennement le profit du défaut, contre le demandeur, n'emportoit que le renvoi de l'instance

(*a*) *Tit. 14, art. 4.* Sur le défaut de l'Appellant ou de l'Intimé. *V.* Liset, Pratique civile, *p. 181, 268 & 270.*

& non de la demande ; en ſorte que le demandeur étoit recevable à intenter une nouvelle demande pour la même choſe (*a*). Mais l'Ordonnance ayant décidé que le profit du défaut, contre le demandeur, eſt de renvoyer le défendeur abſous, il réſulte que le demandeur n'a point d'autre reſſource que celle de l'appel, ou de la reſtitution dans la huitaine de la ſignification, ſi le Jugement eſt en dernier reſſort. C'eſt une ſuite de la maxime, *actore non probante reus abſolvitur.* Le demandeur doit s'imputer ſa négligence.

Mais ſi le défendeur eſt défaillant, la Loi ne veut pas que ſa ſeule négligence opère la condamnation. Il faut que la demande ſe trouve juſte & bien vérifiée, pour que les concluſions ſoient adjugées au demandeur avec dépens. (*b*)

15. M. Rodier (*c*) propoſe la queſtion de ſavoir ſi la demande

(*a*) Imbert, *Livre premier, chap. 13.*
(*b*) *tit. 5, art. 3 : tit. 11, art. 5 : tit. 14, art. 4.*
(*c*) *Page 73.*

ne

ne se trouvant pas juste, le défendeur défaillant doit être condamné aux dépens. Il décide pour la négative, & il pense que le demandeur doit être condamné aux frais de l'expédition du Jugement.

Il paroît certain que les frais d'un exploit & d'une procédure injuste, ne peuvent pas être adjugés. Mais les frais du défaut sont des frais préjudiciaux qui sont dus par le défaillant, indépendamment du fonds du procès. Quant aux frais de l'expédition du Jugement, le Juge ne peut y condamner le demandeur; puisqu'il n'y a point de conclusions du défendeur, lorsqu'il est défaillant. Le défaut emporte à la vérité contestation. Mais cette contestation n'est pas l'équivalent de conclusions expresses qui seroient nécessaires pour faire prononcer une condamnation de dépens contre le demandeur.

16. Si l'exploit d'assignation contient plus de trois chefs de demande, le profit du défaut peut être jugé sur pièces vues & mises sur le Bureau,

ce qui n'emporte point d'épices ; & en général les Juges ne peuvent prendre des épices pour le Jugement des défauts. (*a*)

Dans le cas même où il n'y auroit qu'un chef de demande, le Juge peut ordonner un vu au Bureau, pour juger le profit du défaut. Cela peut être nécessaire, pour peu qu'il y ait des pièces à examiner ; & les Parties ne peuvent pas s'en plaindre, puisque le Juge ne prend point d'épices.

En conformité de l'Ordonnance, il y a eu plusieurs Réglemens, & en particulier celui du 16 Juillet 1737, qui défendent d'appointer à mettre ou produire par le profit des défauts.

17. Les défauts peuvent être rabattus par le Juge en la même Audience, auquel cas on n'en délivre point d'expédition. (*b*)

18. Mais à l'exception du Parlement, des Requêtes du Palais &

(*a*) *Tit. 5, art. 4 ; tit. 11, art. 5.*
(*b*) *Tit. 14, art. 5.*

des Instances Présidiales en dernier ressort, où l'on peut présenter Requête à fin de restitution dans la huitaine de la signification du Jugement par défaut (*a*), & excepté les Juges-Consuls, les Juges sujets à l'appel ne peuvent, après l'Audience finie & levée, rendre de Sentence qui ordonne le rabat des défauts & congés. Il y a peine de nullité, & de 20 livres d'amende contre le Procureur & le Greffier. (*b*)

Nous ne suivons point, en Bretagne, l'usage des autres Provinces, qui admet l'opposition contre les Jugemens sujets à l'appel, & rendus par défaut. L'on n'a que la voie de l'appel contre ces Jugemens, soit que le défaut ait été faute de se présenter, de défendre ou de plaider. (*c*)

19. Si, avant le Jugement des défauts, le défendeur constitue Procureur, & fournit défenses, avec

(*a*) *Tit. 35, art. 3.*
(*b*) *Tit. 14, art. 5.*
(*c*) Je parlerai de la restitution ou opposition aux Arrêts & Jugemens en dernier ressort, rendus par défauts, au Chap. *des moyens de se pourvoir contre les Arrêts.*

copie des pièces justificatives, sur le principal, les Parties doivent suivre l'Audience ; & néanmoins les dépens du défaut sont dus au demandeur, comme frais préjudiciaux, le défendeur étant inexcusable d'avoir retardé de se présenter & de se défendre. (*a*)

20. L'Ordonnance n'a point prévu les difficultés de forme, qui peuvent naître, en deux différentes espèces.

La première, lorsque le Jugement de profit du défaut, contre le défendeur défaillant, ne porte qu'un avant faire droit.

La seconde, lorsque le demandeur veut prendre de nouvelles conclusions, avant de faire juger le profit du défaut.

Si le Jugement joint seulement le défaut à une instance contradictoire entre d'autres Parties, l'usage n'est pas de signifier le Jugement au défendeur défaillant, si ce n'est qu'il y ait de nouvelles conclusions à

(*a*) *Tit. 11, art. 6; art. 172* de la Coutume.

prendre contre lui. Nous en parlerons dans la ſuite.

Mais pour les autres Jugemens qui exigent quelque inſtruction entre le demandeur & le défendeur défaillant, il y a néceſſité de ſignifier, à perſonne ou à domicile, le Jugement d'avant faire droit. Quel ſera en ce cas le délai qu'on donnera au défendeur défaillant, pour l'exécution du Jugement?

Les délais dont parle le titre 3 & le titre 11 de l'Ordonnance, ont pour objet les premières aſſignations, & ſont étrangers à celles qu'on peut être obligé de donner dans le cours du procès.

L'article 2 du titre 22 porte en général que le délai de la forcluſion de faire enquête eſt de huitaine, du jour de la ſignification du Jugement, faite à la Partie ou à ſon Procureur. Cette diſpoſition eſt générale & n'ajoute qu'un jour par dix lieues. Ainſi elle s'applique à la ſignification d'un appointement à informer rendu par défaut, comme d'un appointement

contradictoire. On ne donne pas même de délai ni d'assignation, par l'exploit de signification de l'appointement : le délai est fixé par la Loi ; & le défaillant n'est pas sans doute plus favorable que celui qui s'est présenté, & contre qui la forclusion s'acquiert de plein droit.

Les articles 5 & 6 du même titre établissent aussi la règle pour les assignations à la Jurée ; & l'exploit doit être signifié à la Partie défaillante, sans qu'il y ait en ce cas d'autre délai que celui qui se donne dans la procédure contradictoire. C'est même à jour & heure fixe que l'assignation doit être donnée, comme dans le cas, soit de la descente dont parle l'article 6 du titre 21, soit de la Jurée des Experts, suivant l'art. 10 du même titre.

L'article 8 du titre 21 veut que le Jugement qui ordonne le rapport d'Experts, fixe le délai dans lequel les Parties devront comparoir devant le Commissaire. Il n'exige point que ce délai soit fixé suivant la distance

du domicile des Parties. Ainſi le plus ou le moins d'étendue de ce délai, dépend abſolument de la volonté du Juge.

Je n'entrerai point dans le détail des autres diſpoſitions de l'Ordonnance qui peuvent prouver, comme celles dont je viens de parler, qu'il n'eſt pas dans l'eſprit de la Loi de donner les longs délais des ajournemens, dans les aſſignations pour l'exécution des Jugemens interlocutoires rendus par défaut, de même que pour ceux qui ſont contradictoires, & dont la ſignification de Procureur à Procureur eſt ſuffiſante. Je paſſe à la queſtion ſur les nouvelles conclusions que le demandeur prend contre le défenſeur défaillant.

Il eſt clair que ſi elles n'avoient pas une connexité ſuffiſante avec la demande principale ſur laquelle le défendeur a laiſſé défaut, il ſeroit néceſſaire de donner les délais des ajournemens, par l'exploit qui ſeroit ſignifié à perſonne ou domicile, parce que ce ſeroit un nouveau procès que

le demandeur voudroit intenter & joindre au premier.

Mais je ſuppoſe une demande nouvelle abſolument connexe à la demande principale, par exemple, pour les intérêts ou les dépens qu'on auroit omis de demander. En formant cette demande par une Requête expédiée d'un permis d'appeller à la prochaine Audience, je crois qu'il ſuffit de la ſignifier à la perſonne ou au domicile du défaillant, & que l'aſſignation ne doit être qu'à la prochaine Audience, en conſéquence de l'expédition. Il en ſeroit de même ſi la nouvelle demande, connexe à la principale, étoit formée par un exploit incident. Car le défaillant contre lequel le défaut a été levé au Greffe, après tous les délais, ne doit pas être traité plus favorablement que celui qui s'eſt préſenté, & contre lequel on forme toutes demandes incidentes par des ſignifications de Procureur à Procureur qui n'emporte, même au Parlement, que le délai de trois jours,

ſuivant l'article 24 du titre 11 de l'Ordonnance.

Nous voyons même que, dans les cas les plus importans, où il eſt néceſſaire d'un pouvoir ſpécial du défendeur qui a comparu, les Ordonnances n'autoriſent que de courts délais. Il ſuffit de citer, pour preuve, l'article 10 du titre du faux incident de l'Ordonnance de 1737.

A l'égard du demandeur défaillant, contre lequel le défendeur forme une demande de reconvention, ou obtient un Jugement interlocutoire, le Réglement du 24 Novembre 1706, prévient tout embarras; parce qu'en conſéquence de l'inſtitution de Procureur, faite par la demande originaire, la procédure eſt contradictoire avec ce Procureur, comme nous l'avons obſervé ci-deſſus; en ſorte que le demandeur n'eſt défaillant que faute de plaider,

CHAPITRE IV.

Des Exceptions.

SOMMAIRE.

1. *Définition des exceptions & distinction entre l'exception péremptoire, l'exception dilatoire & l'exception déclinatoire ou fin de non procéder.*
2. *Observation préliminaire.*
3. *Nécessité de faire droit sur les fins de non procéder & sur les exceptions dilatoires, avant d'instruire le fonds.*
4. *Exception péremptoire peut être proposée en tout état de cause.*

1. Par le Droit Romain, l'exception en général est l'exclusion de l'action; & toutes les différentes exceptions se réduisent à trois espèces principales.

L'exception péremptoire qui éteint absolument l'action.

L'exception dilatoire qui diffère seulement la poursuite pour un temps.

Et l'exception déclinatoire ou fin de non procéder, par laquelle le défendeur prétend ne devoir pas procéder dans la Jurisdiction où il a été assigné.

Avant de parler en détail de ces trois différentes exceptions, il y a une obſervation préliminaire qui réſulte de leurs différens caractères. Quoiqu'elle ſoit très-ſimple, elle ſuffit, & elle peut être néceſſaire, pour faire connoître par quel motif la Loi veut que des exceptions ſoient propoſées dès le commencement du procès, & permet de propoſer les autres en tout état de cauſe.

2. Par le détail des règles & des délais que l'Ordonnance a établis, on voit qu'elle a fait tout ce qui étoit poſſible pour mettre les Parties en état d'inſtruire leurs procès, ſans des procédures inutiles, & d'obtenir un Jugement en peu de temps.

Ces objets n'étoient pas les ſeuls que le Légiſlateur devoit prévoir. L'artifice des plaideurs imagine toutes ſortes de moyens pour éloigner une déciſion, lorſqu'ils en craignent l'évènement. Mais auſſi ces moyens peuvent être bien fondés; & en ce cas il eſt juſte qu'on y ait égard. Il faut ſeulement que la procédure ſoit

rrès-ſimple & très-courte, pour que la pourſuite de l'action ne ſoit pas trop retardée.

Lorſqu'il n'eſt queſtion que de faire rejetter un exploit par nullité, ou de faire valoir une fin de non-recevoir, ou une autre exception péremptoire, ces moyens peuvent être inſtruits avec le fonds; & c'eſt par ce motif que l'art. 5 du titre 5 ordonne de les employer dans les défenſes, pour y être préalablement fait droit.

3. Mais il n'eſt pas poſſible de mêler, avec le fonds, les fins de non procéder, ni les exceptions dilatoires. Car la nature & l'objet de ſes exceptions eſt d'être diſpenſé de répondre dans l'état préſent.

Ainſi, l'exception dilatoire doit être propoſée dès le commencement de l'inſtance, à moins qu'elle ne naiſſe que dans le cours du procès, après qu'il eſt commencé; & il eſt également néceſſaire de propoſer l'exception déclinatoire ou fin de non procéder, dès le commencement,

si l'incompétence n'est qu'accidentelle ; au lieu que si elle est radicale, elle peut être proposée en tout état de cause, & même après la Sentence. C'est ce que nous expliquerons plus particulièrement dans la suite.

4. Au contraire, l'exception péremptoire étant une défense contre l'action dont elle établit l'injustice, les Loix permettent avec raison, au défendeur, de la proposer en tout état de cause ; & il a même été jugé par Arrêt du 23 Août 1732, que la prescription pouvoit être opposée dans l'instance d'appel, quoiqu'on ne l'eût point alléguée dans l'instance principale ; ce qui ne doit s'appliquer qu'aux prescriptions qui éteignent absolument l'action, & non aux courtes prescriptions, par exemple, d'un an ou de six mois, qui n'éteignent pas l'action, & qui ont pour seul fondement la présomption du paiement, contre laquelle la délation de serment est admise.

SECTION I.

Des fins de non procéder.

SOMMAIRE.

5. *Définition de la fin de non procéder.*
6. *Juge incompétent obligé de renvoyer les Parties.*
7. *Différence entre l'incompétence accidentelle & l'incompétence radicale.*
8. *Du retrait de barre.*
9. *Inutilité de la procédure volontaire dans l'appel porté devant un Juge incompétent.*
10. *Prohibition d'appointer les questions de renvoi, incompétence & déclinatoire.*
11. *Des évocations. Quand elles peuvent être permises.*
12. *De l'appel d'un avant faire droit.*
13. *Appel de Juge incompétent & déni de renvoi se porte au Parlement. Forme.*
14. *Des folles intimations & désertions d'appel & des anticipations. Des renvois devant des Avocats par forme d'appointement.*
15. *De l'appel du renvoi mal accordé.*
16. *Des distinctions entre les mots* Renvoi, Incompétence, & Déclinatoire.
17. *De l'instruction provisoire nonobstant l'appel comme de Juge incompétent ou de déni de renvoi.*
18. *De l'incompétence ou folle intimation en matière criminelle.*

5. La fin de non procéder eſt une exception par laquelle le défendeur allègue l'incompétence du Tribunal, & décline de la Juriſdiction comme incompétente, ou demande à être déclaré mal & follement intimé par le même motif d'incompétence, ou à être renvoyé devant les Juges compétens.

Cette exception a lieu également, nonobſtant la compétence du Juge, lorſque le défendeur eſt privilégié.

6. Si le Juge auquel on propoſe le déclinatoire, eſt incompétent, ou ſi le privilége que le defendeur réclame eſt bien fondé, il eſt obligé de renvoyer les Parties pardevant les Juges qui doivent connoître du Procès, ou d'ordonner qu'elles ſe pourvoiront.

L'Ordonnance (*a*) y oblige en général, à peine de nullité, & de priſe à Partie, tous les Juges, même Eccléſiaſtiques, lorſque leur Juriſdiction eſt incompétente.

7. Mais pour qu'ils ſoient obligés

(*a*) *T. 6, art. 1.*

de faire ce renvoi, lorſque les Parties ne déclinent point, il faut que l'incompétence ſoit radicale; c'eſt-à-dire, que la matière du procès ne ſoit pas au nombre de celles dont la Juriſdiction peut connoître. Les Parties peuvent bien, par un commun conſentement, plaider dans un Tribunal qui n'a aucune Juriſdiction ſur leurs perſonnes ni ſur leurs biens. Il ſuffit pour cela que ce Tribunal puiſſe connoître des matières pareilles à celles du procès; & l'incompétence n'eſt alors qu'accidentelle. Ainſi, la Partie, qui ne laiſſe pas défaut, doit propoſer le déclinatoire dès le commencement; & ſa procédure volontaire, ſans faire valoir cette exception, la rend non-recevable, même de la part du Privilégié. (*a*)

Mais les Parties ne peuvent pas donner au Juge, le pouvoir que la Loi lui refuſe en général, pour les matières pareilles à celles du procès. Il ſuffit de citer pour exemple,

(*a*) Ordonnance de 1669, *tit.* 4, *art.* 1.

les Jurisdictions des Consuls, des Amirautés, des Eaux & Forêts, & la Jurisdiction Ecclésiastique, qui étant bornées à des matières d'attribution, sont radicalement incompétentes pour toutes autres matières. Ainsi, malgré l'acquiescement à plaider dans ces Tribunaux, l'appel comme de Juge incompétent, & la restitution contre les procédures volontaires faites devant ces Juges, ne souffrent pas de difficulté.

8. Quoique l'incompétence accidentelle soit couverte par la procédure volontaire de toutes les Parties, l'affaire peut néanmoins être revendiquée par une intervention du Juge, du Seigneur ou du Procurureur-Fiscal de la Jurisdiction à qui la connoissance appartient, & qui ne peut en ce cas être privée de sa compétence, par le consentement des Parties. Cette réclamation s'appelle *retrait de barre*, lorsque le Seigneur inférieur, son Procureur ou son Juge réclame son Justiciable qui est poursuivi, ou qui pro-

cède dans la Jurisdiction supérieure.

9. En matière d'appellation, comme le ressort des Jurisdictions est de droit public, les procédures volontaires des Parties, dans un Tribunal incompétent, n'effaceroient pas l'incompétence.

10. Les renvois, incompétences & déclinatoires, proposés sous prétexte de litispendance, connexité ou autrement, doivent être jugés à l'Audience, sans pouvoir être appointés ni réservés, & joints au principal. (*a*)

11. L'art. 2 du tit. 6, qui s'applique aux Jurisdictions Ecclésiastiques comme aux Tribunaux séculiers, défend d'évoquer les instances pendantes aux Siéges inférieurs, ou autres Jurisdictions, sous prétexte d'appel ou connexité, si ce n'est pour juger définitivement à l'Audience & sur le champ, par un seul & même Jugement.

Ces derniers mots prouvent que, pour être en état de juger un

(*a*) *Art.* 3.

principal, dont le Tribunal n'eſt pas ſaiſi, il ne ſuffiroit pas de l'évoquer, en ne prononçant qu'un avant faire droit ou le renvoi à une autre Audience pour y être jugé. Il faut que l'évocation & le Jugement définitif ſoient prononcés à l'Audience, par le même Jugement qui juge la conteſtation dont le Tribunal eſt ſaiſi.

Le conſentement de toutes les Parties à l'évocation ne donneroit pas au Juge, le droit de contrevenir à cet article.

Par la Déclaration du 15 Mars 1673, il a été permis à la Tournelle d'évoquer le principal, en jugeant les appellations de décrets qui ſe trouvent appointées au rôle.

12. Pour l'intelligence entière de l'article ſecond, dont nous venons de parler, il paroît néceſſaire d'obſerver que cet article ne s'applique pas à l'eſpèce de l'appel d'un avant faire droit, lorſque l'Appellant ſe plaint de ce que le Juge inférieur n'a pas jugé définitivement, & a prononcé un avant faire droit injuſte.

Alors, le Juge supérieur est véritablement saisi du fonds; & il n'a pas besoin d'évoquer le principal, pour le juger, en réformant l'avant faire droit. Car l'évocation n'est nécessaire, que lorsque le Juge supérieur n'est point saisi du principal. (a)

Dans cette espèce, la réformation de l'avant faire droit injuste, entraîne nécessairement le Jugement du principal, à moins que le Tribunal supérieur, en réformant, ne se porte à prononcer seulement un autre avant faire droit, par exemple, un appointement en droit, au lieu d'un appointement à informer. En ce cas, tout autre Tribunal que le Parlement doit renvoyer l'instruction & le Jugement dans la Jurisdiction dont est appel, devant un autre Juge que celui qui a rendu la Sentence réformée.

Mais à l'égard du Parlement, la Déclaration du Roi du 20 Août

(a) Arrêt du 28 Juillet 1740, Journal du Parlement, *tome 3, ch. 53.*

1732 (*a*), conforme à l'usage des autres Parlemens, l'autorise à se réserver l'exécution de ses Arrêts, lorsque les Sentences seront réformées en entier, ou même pour les seuls chefs qui auront été réformés, & enfin de retenir la connoissance du tout sur la requisition ou le consentement de toutes les Parties, lorsqu'il y a une partie du Jugement confirmée & l'autre réformée.

Au contraire, lorsque les Sentences sont confirmées en entier, le même article en donne l'exécution aux Juges qui les ont rendues. Mais cet article ne déroge point à l'art. 2 du tit. 6 de l'Ordonnance, que je crois devoir achever d'éclaircir par une espèce dont j'ai vu plusieurs exemples.

Un appointement à informer a été rendu dans le Tribunal inférieur ; enquête en conséquence ; appel. Le Parlement ou tout autre Tribunal saisi de l'appel, confirme l'appointement & les enquêtes qui

(*a*) *Art.* 22.

opèrent une instruction suffisante du fonds du procès. Pour juger ce fonds, il faut l'évocation & le Jugement définitif du principal, à l'Audience, par le même Jugement qui confirme l'appointement dont étoit appel.

V. dans le procès verbal de l'Ordonnance (*a*) les Observations de M. Talon sur différentes espèces, dans lesquelles l'évocation du principal pourroit être nécessaire, contre la rigueur de l'Ordonnance.

13. L'appel comme de Juge incompétent nuement, & de déni de renvoi, se porte au Parlement, & se plaide au Parquet, devant MM. les Gens du Roi, dont l'avis est homologué à l'Audience publique, s'il n'y a point d'opposition sur un simple dénoncé d'Audience; s'il y a opposition, elle se plaide à l'Audience des Viennent. (*b*)

(*a*) *T. 5*, troisième Conférence.

(*b*) Les appellations de déni de renvoi & d'incompétence, seront incessamment vidées par l'avis de nos Avocats & Procureurs Généraux; & les folles intimations & désertions d'appel, par l'avis d'un ancien Avocat, dont les Avocats ou

14. L'article 4 porte que les folles intimations & défertions d'appel, feront également vidées par l'avis d'un ancien Avocat, dont les Avocats ou Procureurs conviendront.

Le Parlement renvoie auffi d'autres affaires devant des Avocats, pour leur avis être reçu par forme d'appointement. Cet avis, contre lequel les Parties ne peuvent pas former d'oppofition, a la force d'un Arrêt, & eft homologué par Arrêt,

les Procureurs conviendront; & ceux qui fuccomberont, feront condamnés aux dépens, qui ne pourront être modérés, mais feront taxés par les Procureurs des Parties fur un fimple mémoire fans frais & fans nouvel voyage. *Article 4.*

Dans les caufes qui fe videront par expédient, la préfence du Procureur ne fera point néceffaire, lorfque les Avocats feront chargés des pièces. *Article 5.*

Les qualités feront fignifiées avant d'aller à l'expédient, & les prononciations rédigées & fignées, auffi-tôt qu'elles auront été arrêtées. *Article 6.*

En cas de refus de figner par l'Avocat de l'une des Parties, l'appointement fera reçu, pourvu qu'il foit figné de l'Avocat de l'autre Partie & du tiers, fans qu'il foit befoin de fommation ni autre procédure. *Article 7.*

Les appointemens fur les appellations, qui auront été vidées par l'avis d'un ancien Avocat, ou par celui de nos Avocats & Procureurs Généraux, feront prononcés & reçus en l'Audience fur la première fommation, s'il n'y a caufe légitime pour l'empêcher. *Article 8.*

ſur les Concluſions de M. le Procureur-Général. (a)

Nous ne ſuivons point en Bretagne la forme de l'Ordonnance pour la déſertion d'appel, qui avoit lieu lorſque celui qui avoit déclaré appel, ne le relevoit pas par relief en forme. L'Intimé l'anticipe par un relief; & l'on procède ſur l'anticipation, de la même manière que ſi l'Appellant avoit lui-même relevé ſon appel.

Si l'on n'anticipe point ſur la déclaration d'appel, elle dure un an, à compter du jour de la ſignification; après quoi elle eſt éteinte par la ſurannation, ſauf à la Partie à en faire ſignifier de nouvelles; ce qui eſt libre pendant tout le temps que l'appel eſt recevable ſuivant l'Ordonnance.

Dans notre uſage, & dans le vrai eſprit de l'Ordonnance, la folle intimation dont il eſt parlé ici, & qui ſe juge par l'avis d'un ancien Avocat, eſt la folle intimation de

(a) *V.* le Chapitre des Arbitres.

Tribunal,

Tribunal; quand une Partie prétend qu'on n'a pas dû l'intimer au Parlement, parce que l'appel ou l'anticipation devoit se porter dans un Siége inférieur.

La forme, sur l'homologation ou l'opposition, est la même pour l'avis de l'ancien Avocat, que pour l'avis de MM. *les Gens du Roi.*

15. L'Ordonnance ne parlant, au titre 6, que de l'appel comme de déni de renvoi ou de Juge incompétent, on peut objecter qu'on ne doit pas étendre sa disposition à l'appel d'un renvoi accordé ou ordonné par le Juge qui se croit incompétent.

Cependant il est certain qu'il s'agit, dans cet appel, uniquement d'une question de compétence; & suivant l'esprit de l'Ordonnance & de l'article 3 de la Déclaration du 20 Août 1732, il n'y a que le Parlement qui puisse connoître de la question de compétence. Ainsi l'appel s'y porte *omisso medio*; d'où il semble résulter qu'il doit être jugé

dans la forme prescrite par l'Ordonnance, c'est-à-dire, au Parquet.

C'est aussi l'esprit de l'article 21 du titre des Réglemens de Juges en matière civile, dans l'Ordonnance de 1737.

16. Au reste, les distinctions que font quelques Auteurs, entre les mots, *renvoi*, *incompétence & déclinatoire*, dont se sert l'article 3 du titre 6, sont assez inutiles. Car ces trois expressions ont le même objet. Soit qu'une Partie, assignée dans un Tribunal incompétent, allègue l'incompétence, ou propose son déclinatoire, ou qu'elle demande en général le renvoi devant les Juges compétens, sans les indiquer, c'est absolument la même chose dans un Tribunal inférieur, qui n'a le plus souvent à juger que la question sur sa compétence contestée, & non la compétence de tel autre Juge en particulier. Cela est d'autant plus certain, que les questions sur cette compétence de Jurisdictions n'appartiennent, dans la rigueur, qu'au

Parlement, suivant l'esprit de l'article 3 de la Déclaration du Roi du 20 Août 1732, comme nous l'avons déjà dit.

Quand même l'exception de renvoi, d'incompétence ou de déclinatoire, seroit proposée au Parlement, il seroit indifférent qu'on se servît de l'une ou de l'autre de ces trois expressions. Car en jugeant la question de compétence, le Parlement est en état d'indiquer expressément, par son Arrêt, le Tribunal où les Parties doivent procéder.

Dans ce que je viens de dire, je n'ai pas prétendu exclure en général le Tribunal inférieur, qui se juge incompétent, de renvoyer nommément dans telle Jurisdiction. Il y a souvent une entière connexité entre les deux questions sur l'incompétence d'un Tribunal & sur la compétence de l'autre. Ainsi le Tribunal qui se juge incompétent, fait le bien des Parties, lorsqu'il les renvoie dans tel Tribunal, par le même Jugement. Par exemple, si une affaire

d'attribution de la Jurisdiction des Eaux & Forêts, est portée au Présidial, ou même devant un Juge de Seigneur qui n'est pas Gruyer, il est juste qu'en se déclarant incompétent, il renvoie devant les Juges de la Maîtrise.

17. Nous avons plusieurs dispositions de l'Ordonnance, qui portent que les appellations comme de Juges incompétens ou de déni de renvoi, n'empêchent pas l'instruction. Mais si, sur l'appel, le Juge ou la Jurisdiction sont déclarés incompétens, tout ce qui a été fait, dans le Tribunal incompétent, ou par le Juge incompétent, doit être cassé comme nul & incompétent. (*a*)

18. Je crois devoir observer, en finissant, que les appellations & les folles intimations, dont je viens de parler, ne se portent au Parquet, qu'en matière civile, & jamais en matière criminelle. C'est notre pratique constante. M. Serpillon (*b*)

(*a*) Journal des Audiences, Arrêt du 6 Février 1703.
(*b*) Note CLXXVIII, sur le Code Criminel.

donne pour motif que l'Ordonance de 1667, n'est censée comprendre que les matières civiles. D'ailleurs, MM. les Gens du Roi étant Parties dans toutes les affaires criminelles où l'ordre public est intéressé, quoiqu'il y ait une Partie civile, c'est assez pour prouver la justice & la nécessité de notre pratique, que je crois conforme à celle du reste du Royaume, & qui est confirmée par un Arrêt du Parlement de Paris du 22 Juillet 1767. (a)

(a) Denisart, au mot *incompétent.*

SECTION II.

Des exceptions dilatoires, & des délais pour délibérer.

SOMMAIRE.

19. *Des différentes exceptions dilatoires.*
20. *Si l'exception fondée sur le délai pour délibérer de l'habile à succéder, doit être jugée avant le déclinatoire du défunt.*
21. *Nécessité de proposer toutes les exceptions dilatoires par un même acte. Motif.*

22. *Exception : du délai pour délibérer, accordé à la veuve ou à l'héritier.*
23. *Des exceptions dilatoires tirées du fonds.*

19. Les exceptions dilatoires peuvent se réduire à deux objets différens : le premier, sur la qualité des personnes : le second, sur la nature de l'affaire.

Les exceptions dilatoires que fournissent les qualités des personnes, sont de différentes espèces; & le détail seroit trop long. Il suffit de citer quelques exemples.

1° De l'héritier qui est encore dans le délai de trois mois 40 jours pour délibérer sur l'acceptation ou la répudiation de la succession, & qui a droit de demander le renvoi, jusqu'après l'expiration du délai.

2° De la femme, ou de son héritier, qui a le même délai pour accepter la communauté, ou pour y renoncer.

3° De la femme ou du mineur non autorisés.

4° De la personne dont on conteste la qualité, & qui doit la

prouver, avant que de pouvoir suivre l'effet de sa demande.

Enfin, les exceptions dilatoires, que le fonds du procès peut faire naître, dépendent absolument des circonstances, de la nature de l'action, & des moyens que le Défendeur peut avoir, soit pour se défendre, soit pour se libérer.

L'Ordonnance nous en donne un exemple, dans le délai que l'article 2 du titre 8 accorde pour appeller le garant.

20. M. Rodier (*a*) rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 12 Juin 1709, qui a jugé que la fin de non procéder, proposée par le défunt, devoit être jugée, avant l'exception dilatoire proposée par l'habile à succéder, & fondée sur ce que le délai pour délibérer n'étoit pas expiré.

Cette question est peu importante. Cependant elle peut se présenter quelquefois. Si l'exception dilatoire étoit fondée sur la nature

(*a*) *T. 6, art. 1, quest. 3.*

de l'affaire, il eſt évident que celui qui la propoſe, ne pouvant pas ſe diſpenſer d'être Partie, & voulant ſeulement retarder l'inſtruction, il eſt juſte que la queſtion de compétence du Tribunal, ſoit jugée d'abord, avant que de faire droit ſur l'exception dilatoire qui ne peut être jugée que par un Tribunal compétent.

Mais dans l'eſpèce de l'Arrêt de 1709, le déclinatoire, propoſé par le défunt, étoit un Procès de ſa ſucceſſion : c'étoit l'héritier qui devoit reprendre ce Procès; & s'il n'avoit point fait d'acte d'héritier, il ne pouvoit être tenu de faire cette repriſe, qu'après que le délai pour délibérer auroit été expiré. Ainſi l'exception dilatoire devoit avoir tout ſon effet, avant même qu'il fût poſſible de prononcer ſur le déclinatoire.

21. L'article premier du titre 9, oblige celui qui a pluſieurs exceptions dilatoires, de les propoſer par un même acte.

Le motif de cette disposition est sensible. Quelque justes que puissent être des exceptions dilatoires, elles ne doivent pas être des prétextes pour éterniser un Procès ; & la chicane y parviendroit facilement, si elle étoit autorisée à diviser ses ressources, & à ne les proposer que l'une après l'autre.

22. Il y a cependant une exception dilatoire qu'on peut proposer d'abord, sans être tenu de proposer les autres, jusqu'à ce que le délai de cette exception soit expiré. C'est l'exception du délai pour délibérer, qui est accordé à l'habile à succéder, ou à la veuve. (*a*)

Le motif de l'Ordonnance est que cette exception dilatoire a pour cause l'incertitude si la Partie assignée aura ou n'aura pas de qualité pour défendre.

En effet, le délai pour délibérer est accordé à l'habile à succéder, pour n'être pas obligé d'accepter

(*a*) *Art.* 2.

ou de répudier à l'aveugle une succeſſion.

Ce délai eſt de trois mois, depuis l'ouverture de la ſucceſſion, pour faire l'inventaire, & de 40 jours pour délibérer. Mais ſi l'inventaire a été fait avant les trois mois, le délai de quarante jours commencera du jour qu'il aura été achevé. (*a*)

L'article 5 donne le même délai à la veuve, pour accepter la communauté ou y renoncer.

Si l'inventaire n'eſt pas fait dans les trois mois, ſans qu'il y ait eu de cauſe légitime de retardement, on doit néanmoins attendre l'expiration du délai de quarante jours pour délibérer. En ce cas, le délai de trois mois n'eſt pas prorogé.

Ce délai peut être prolongé par Jugement d'Audience, & ſans que la cauſe puiſſe être appointée, s'il eſt prouvé que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois, pour n'avoir point eu connoiſſance du

(*a*) *T. 7, art. 1.*

décès, ou à cause des oppositions & contestations survenues, ou autrement. (*a*)

L'assignation donnée à l'héritier ou à la veuve, est valable, quoiqu'elle soit donnée avant l'expiration du délai accordé pour faire inventaire & délibérer; & si l'échéance de l'assignation tombe après les quarante jours depuis l'inventaire, on ne doit point accorder de délai. (*b*)

Si au contraire, à l'échéance de l'assignation, les deux délais n'étoient pas expirés, l'héritier ou la veuve doit avoir le reste du délai. (*c*)

Enfin, si les deux délais sont expirés, quoiqu'il n'y ait point d'inventaire fait, on ne doit pas accorder de délai pour délibérer.

S'il a été fait des actes d'héritier ou de communière, qui ne soient pas équivoques, il ne peut plus être

(*a*) *Art.* 4.

(*b*) *Art.* 2.

(*c*) *Art.* 3.

question de délibérer, ni conséquemment d'accorder un délai.

23. Il y a plusieurs exceptions dilatoires qui peuvent avoir des motifs très-légitimes. Par exemple, si la justice ou l'injustice de la demande dépend nécessairement de la décision d'un Procès qui est pendant & qui n'est pas jugé, il est évident qu'on ne peut pas se dispenser de donner avant faire droit, un délai pendant lequel la Partie qui doit suivre le procès, sera tenue de le faire juger. Ces délais peuvent même être renouvellés suivant les circonstances.

Si les Parties étoient déjà en procès, pour la même affaire, dans une autre Jurisdiction, il en résulteroit non pas seulement une exception dilatoire, mais une fin de non procéder avec demande de renvoi dans ce Tribunal. C'est ce qu'Imbert (*a*) appelle *exception de litisvendance*.

Il y a plusieurs autres exemples d'exceptions dilatoires qui pour-

(*a*) *Liv. premier, Chap. 36.*

roient être rapportés ici. Mais cela ſeroit inutile, & l'Ordonnance n'en a point parlé ; parce qu'il ſuffit que la diſpoſition de la Loi ſoit générale ; pour mettre les Juges en état d'en faire l'application, ſuivant l'équité & les circonſtances.

Mais la Loi s'eſt attachée à une exception dilatoire d'une eſpèce particulière. C'eſt celle de la garantie, qui fait l'objet de la Section ſuivante.

SECTION III.

De la Garantie.

SOMMAIRE.

24. *De l'exception qui réſulte de l'exercice de la garantie.*
25. *Garantie formelle.*
26. *Garantie ſimple.*
27. *Motifs de différence entre ces deux garanties, & du renvoi hors de cauſe du garanti dans le cas de la garantie formelle.*
28. *Conſéquence à l'égard des dépens & des dommages & intérêts.*

29. *Pourquoi en garantie simple le renvoi hors de cause n'a pas lieu.*
30. *Conséquence pour l'exécution du jugement.*
31. *Procédure sur la demande de garantie.*
32. *De quel jour les dépens sont acquis contre les garans.*

24. L'action de garantie ayant pour objet la libération d'une demande, soit réelle, soit personnelle, que le demandeur en garantie prétend exercer contre une tierce Partie, la Loi donne l'exception dilatoire nécessaire pour avoir le temps d'exercer cette libération.

On pourroit dire qu'une Partie étant assignée avec justice, elle est obligée de défendre sans aucun retardement, sauf à poursuivre sa libération, comme elle jugera à propos.

Mais outre que l'exercice de la garantie peut procurer des justes défenses contre la demande principale, le Législateur a pensé, avec justice, qu'on ne devoit pas refuser, au défendeur, les moyens de faire valoir & juger sa libération, s'il est possible, dans le même temps que la demande principale sera instruite &

jugée, pourvu qu'il n'en résulte pas un trop grand retardement.

C'est le motif du délai pour appeller le garant qui est établi par l'article 2 du titre 8 de l'Ordonnance.

L'article premier distingue deux espèces de garantie, la garantie formelle & la garantie simple.

25. La garantie formelle n'a lieu que dans les matières réelles ou hypothécaires, lorsque le garanti ne peut être obligé qu'à cause de la chose qu'il possède, à titre de propriété ou d'usufruit. Car s'il n'étoit que fermier, il lui suffiroit de proposer sa qualité pour exception, en indiquant le propriétaire.

26. La garantie simple a lieu en toute autre matière, lorsque le garanti est assigné comme débiteur.

27. La différence, entre ces deux espèces de garantie, résulte du différent effet des deux actions.

L'action réelle ou hypothécaire est dirigée principalement vers la chose, & ne s'adresse au défendeur que comme possesseur de la chose,

Ainsi, lorsque le garant formel prend le fait & cause pour le garanti, celui-ci doit être mis hors de cause, s'il le requiert avant la contestation (*a*); à moins que le demandeur originaire n'ait quelques conclusions personnelles à prendre contre lui, par exemple pour détériorations ou pour quelque autre fait purement personnel.

Quoique le garanti ait été mis hors de cause, il peut y assister pour la conservation de ses droits (*b*); parce qu'il n'est pas juste de lui ôter la ressource de suppléer aux moyens de défense que le garant pourroit omettre, par négligence, ou par collusion avec la Partie adverse.

28. De la définition de la garantie formelle, & du droit accordé au garanti d'être mis hors de cause, il résulte que les Jugemens rendus contre les garans, sont exécutoires, pour le fonds du procès, contre les garantis, auxquels il suffit de signifier le Jugement, sans autre de-

(*a*) *Art.* 9.
(*b*) *Art.* 10.

mande ni procédure. Mais la liquidation & l'exécution des dépens, dommages & intérêts du demandeur principal, ne peut être faite que contre le garant (a), quand même il seroit insolvable ; parce qu'il n'y a rien à imputer au garanti qui n'étoit point obligé personnellement, & qui a mis en cause le garant dans le temps prescrit par l'Ordonnance ; mais, comme on le verra dans la suite, s'il y avoit du retardement de sa part, il seroit tenu personnellement de la partie de dépens qui précéderoit l'assignation donnée au garant. Il en est de même s'il faisoit une mauvaise contestation ou une procédure frustratoire.

29. Au contraire, lorsque le défendeur principal est personnellement obligé, & qu'il a seulement le droit d'exercer une libération, ce qui est la garantie simple, il est évident qu'il ne peut pas être mis hors de cause, puisque le demandeur a une action directe contre lui. Ainsi

(a) *Art. 11.*

le garant peut ſeulement ſe joindre à lui ou intervenir (*a*) ſans prendre le fait & cauſe.

30. Par une conſéquence néceſſaire, le Jugement, en cette matière, s'exécute contre le garanti, pour les dépens, dommages & intérêts, comme pour le principal, ſauf ſon recours contre le garant.

31. Comme il y a des règles particulières ſur la procédure de garantie, il eſt néceſſaire de faire l'analyſe du titre 8 de l'Ordonnance, qui détaille cette procédure.

La forme de l'exploit de garantie eſt la même que pour tout autre ajournement. (*b*)

L'article 8 oblige le garant de procéder en la Juriſdiction où la demande originaire eſt pendante, quoiqu'il conteſte d'être garant. Il y a ſeulement deux exceptions.

La première, ſi le garant eſt privilégié, & ſi avant d'avoir conteſté au fonds, il demande ſon renvoi par-

(*a*) *Art.* 12.
(*b*) *Art.* 1 & 4.

devant le Juge de ſon privilége, pourvu que le Juge du privilége ne ſoit pas inférieur au Tribunal où la demande originaire eſt portée. (*a*)

La ſeconde, s'il paroît par écrit ou par l'évidence du fait, que la demande originaire n'ait été formée que pour traduire le garant hors de ſa Juriſdiction.

En ces deux cas, le renvoi doit être accordé à peine de priſe à Partie.

M. Jouſſe penſe ſur cet article contre le ſentiment de Bacquet, que le privilégié ne peut pas faire évoquer la demande principale, & qu'elle doit reſter devant le Juge qui en eſt ſaiſi, ſi le défendeur originaire n'en demande pas lui-même l'évocation.

Ce ſentiment me paroît contre l'uſage & contre l'équité. Si le privilégié prend la garantie, il eſt clair qu'il ne peut être obligé de plaider que dans la Juriſdiction de ſon privilége, contre le Demandeur originaire. S'il conteſte la garantie, ce

(*a*) Boutaric & M. Jouſſe, *hic*.

ſentiment auroit plus d'apparence. Mais comme le privilégié avant d'avoir obtenu ſon renvoi n'eſt point obligé de ſe déclarer ſur le parti qu'il prendra, il ſemble que dans tous les cas il a droit de faire renvoyer ou évoquer la demande principale dans la Juriſdiction de ſon privilége.

Au reſte, le garant eccléſiaſtique ne pourroit pas faire renvoyer à l'Officialité l'inſtance, lorſque la demande originaire n'a pas été formée contre un Eccléſiaſtique.

Le garant laïque ne peut être aſſigné devant le Juge eccléſiaſtique.

Le délai pour faire appeller garant, eſt de huitaine, du jour de la demande originaire, & de tout le temps néceſſaire pour appeller le garant, à raiſon d'un jour pour dix lieues, & autant pour retirer l'exploit. (a)

Ce délai eſt le ſeul que la Loi accorde à toutes perſonnes mineures,

(a) Art. 2.

ecclésiastiques ou autres, sauf à poursuivre les garans après le Jugement de la demande principale. (a)

M. Jousse (b) pense que, si le défendeur originaire n'a pas fait assigner son garant, dans la huitaine du jour de la signification de la demande principale, il doit le poursuivre par une instance séparée, & pardevant le Juge du domicile du garant; à moins que le demandeur originaire ne consentît que la demande en garantie fût jointe à la demande principale.

Notre usage constant est contraire à cette opinion, qui n'auroit lieu que dans le cas où l'action de garantie ne seroit formée qu'après le Jugement de la demande principale.

Notre usage n'est point contraire à l'Ordonnance, quoique l'article 7 paroisse favoriser le sentiment de M. Jousse. Tandis que la demande

(a) *Art. 7.*
(b) *Art. 2.*

principale est indécise, l'action de garantie y est incidente; & quoiqu'il y ait eu un retardement qui met le demandeur originaire en état de poursuivre, sans le moindre obstacle, suivant l'article 7 & la seconde partie de l'article 13, il peut néanmoins arriver que les contestations, sur la demande originaire, retardent sa décision, de manière que le défendeur ait le temps d'instruire & de faire juger en même temps sa demande de garantie.

S'il y a plusieurs garans intéressés en une même garantie, il n'y a qu'un seul délai pour tous, qui est réglé par la demeure du garant le plus éloigné. Mais s'il y a une action de contre-garantie ou seconde garantie, on observe les mêmes délais qui ont eu lieu pour le premier garant. (*a*)

Au reste, si dès le commencement, le défendeur originaire vouloit mettre en cause le second garant, il n'y a aucun motif pour l'empêcher d'accélérer la décision, en exerçant les

(*a*) *Art.* 15.

droits de celui qui lui doit la garantie.

L'article 3 ſuſpend le délai pour appeller garant, pendant tout le temps qui eſt donné à l'héritier ou à la veuve, pour faire inventaire & délibérer.

Puiſque la Loi accorde un délai pour appeller le garant, il eſt évident que, ſi le délai de l'aſſignation en garantie n'eſt pas échu en même temps que celui de la demande originaire, on ne peut prendre aucun défaut contre le défendeur originaire, en donnant par lui, au demandeur, copie de l'exploit de la demande en garantie, & des pièces juſtificatives. (*a*)

Comme il eſt poſſible que l'affaire ſoit de nature à n'être pas ſuſceptible de garantie, ſi le demandeur originaire ſoutient qu'il n'y a pas lieu au délai pour appeller garant, cet incident doit être jugé ſommairement à l'Audience. (*b*)

(*a*) *Art. 5.*
(*b*) *Art. 6.*

En donnant au défendeur le délai convenable pour exercer sa garantie, la Loi n'a pas eu intention de lui fournir des moyens injustes pour retarder la décision de la demande principale, sous prétexte d'instruire l'action de garantie.

Il doit donc se presser de la mettre en état d'être jugée en même temps que la demande principale; & en ce cas, il doit y être fait droit conjointement; sinon le demandeur originaire pourra faire juger sa demande séparément, trois jours après avoir fait signifier que l'instance principale est en état; & le même Jugement prononcera sur la disjonction, si les deux instances originaire & en garantie avoient été jointes, sauf, après le Jugement du principal, à faire droit sur la garantie s'il y échet. (*a*)

Cela peut arriver, même sans la faute du demandeur en garantie, par exemple si la demande originaire est évidente, & si au contraire il y

(*a*) *Art.* 13.

a des contestations bien ou mal-fondées sur la question de garantie. Il ne seroit pas juste que cet obstacle retardât le Jugement d'une demande bien fondée.

32. Le garant qui succombe, n'est condamné aux dépens de la cause principale, que du jour de l'assignation qui lui a été donnée, & non en ceux faits auparavant, si ce n'est aux frais de l'exploit de demande originaire. (a)

Le motif de cette disposition, est que le défendeur originaire est inexcusable de n'avoir pas instruit le garant qui auroit pu prévenir les frais, par un acquiescement ou par une défense légitime. Le garant est assujetti aux frais de la demande originaire; parce que c'est le fondement de l'action en garantie, & qu'il n'y a rien à imputer au défendeur, à l'égard des frais de cette demande.

La maxime, établie par cet article, s'applique à tous les cas où

(a) Art. 14.

l'action, en libération ou contribution, étoit ouverte & a été retardée.

SECTION IV.

Des exceptions péremptoires.

SOMMAIRE.

33. *Définition.*
34. *Du ſerment déféré par la Partie, & outré.*
35. *Exemples d'exceptions péremptoires.*

33. Toute exception, qui éteint l'action ſans retour, eſt une exception péremptoire.

Ainſi la preſcription & toute autre fin de non-recevoir, la quittance, la renonciation du créancier à exiger ce qui lui eſt dû, eſt une exception péremptoire, parce qu'elle eſt un obſtacle perpétuel à la pourſuite de l'action.

34. Le ſerment, déféré par une Partie, & outré par l'autre, établit, ſuivant ces principes, une exception péremptoire; puiſqu'on n'eſt pas reçu à faire revivre l'action, en

prouvant que celui qui a juré eſt parjure, quoique la Partie publique puiſſe le pourſuivre criminellement pour ce crime.

35. Je n'entrerai point ici dans le détail des différentes exceptions péremptoires que l'équité & le droit commun ont établies. Il ſuffit de propoſer ici quatre exemples intéreſſans qui produiſent les exceptions péremptoires les plus favorables, ſavoir la compenſation, les imputations de ſommes payées, la confuſion d'actions, & la reconvention. J'ai parlé de la compenſation & des imputations, à la fin du VIIe Tome. Ainſi je me borne à dire :

1° Que *la compenſation opérant l'effet de la quittance, il en* réſulte une exception péremptoire, égale à celle qu'une quittance peut produire contre l'action du créancier.

2° Que les différentes règles, ſur les imputations, rendent la même exception péremptoire plus ou moins étendue.

3° Les principes que j'ai établis ſommairement dans le Livre précédent ſur la confuſion d'actions, c'eſt-à-dire, des droits actifs & paſſifs, dans la même perſonne, prouvent qu'elle a le même effet que la quittance.

4° La reconvention dont je vais parler, peut auſſi produire les mêmes effets, quoiqu'elle ſoit ſouvent, par ſa nature, bien différente de la compenſation & de la confuſion d'actions.

SECTION V.

De la reconvention.

SOMMAIRE.

36. *Définition.*
37. *Art. 106 de la Coutume de Paris.*
38. *Motifs. Connexité néceſſaire.*
39. *Excepté dans le cas de la compenſation.*
40. *De la reconvention dans la Juriſdiction Eccléſiaſtique.*

36. La reconvention eſt une demande incidente, formée par le

défendeur contre le demandeur. Dumoulin la qualifie d'exception; & c'eſt par ce motif que je la joins ici aux exceptions.

37. L'article 106 de la Coutume de Paris porte: « Reconvention en » Cour laie, n'a lieu ſi elle ne » dépend de l'action, & que la de- » mande en reconvention ſoit la » défenſe contre l'action première- » ment intentée; & en ce cas le » défendeur, par le moyen de ſes » défenſes, ſe peut conſtituer de- » mandeur. »

38. Le motif de cet article, qui eſt de droit commun, eſt que les Juriſdictions ſont patrimoniales. D'ailleurs, le bien des Parties exige qu'on n'accumule pas dans un même procès, par des incidens, les objets qui y ſont étrangers faute de connexité.

39. Mais quand la demande en reconvention a pour objet d'opérer la compenſation, alors le défaut de connexité n'empêche pas l'effet de la demande de reconvention qui eſt

en ce cas une véritable exception.

40. Comme la Coutume de Paris ne parle que de la reconvention en Cour laïe, on conclut qu'elle doit avoir lieu dans la Jurisdiction Ecclésiastique. Mais cette conséquence prise trop généralement, est fausse. Car hors le cas de la compensation, il faut que le Juge ecclésiastique soit compétent pour connoître de la matière & de la personne contre laquelle la demande de reconvention est formée.

Il semble même que le cas de la compensation ne donneroit pas de compétence au Juge ecclésiastique, lorsqu'il se trouve en même temps radicalement incompétent sur la matière & sur la personne contre laquelle la demande en reconvention est formée. Les Auteurs donnent pour exemple, l'assignation donnée par un Laïque à un Prêtre pour une somme qu'il lui avoit prêtée. Le Prêtre, pour défense & demande de reconvention, dit que le demandeur avoit été son fermier

& lui devoit une plus grande ſomme. Le demandeur déclina la Juriſdiction eccléſiaſtique ; & le Juge d'Egliſe l'ayant débouté, il releva appel comme d'abus. Par Arrêt du 6 Février 1562, il fut dit qu'il y avoit abus.

Cela pourroit conduire encore plus loin, ſur toute matière pour laquelle le Juge eccléſiaſtique ne ſeroit pas radicalement incompétent entre des perſonnes ſujettes à ſa Juriſdiction ; par exemple, pour une obligation purement perſonnelle. L'Eccléſiaſtique aſſigné comme débiteur de la part d'un Laïque, devant l'Official, oppoſe la compenſation de l'obligation purement perſonnelle qu'il porte ſur le Laïque. Celui-ci décline la Juriſdiction, parce qu'il n'eſt point juſticiable, comme débiteur, dans le Tribunal eccléſiaſtique. La compenſation ne peut être ordonnée, qu'en jugeant ce Laïque débiteur de la ſomme que l'Eccléſiaſtique veut compenſer. Or, l'Official eſt incompétent

pour juger le Laïque débiteur. Mais en renvoyant ſur cette queſtion de compenſation, devant le Juge ſéculier, l'Official doit auſſi y renvoyer la demande formée par le Laïque contre l'Eccléſiaſtique, s'il n'y a pas d'autre moyen de débouter le Laïque. Non-ſeulement l'équité, mais la rigueur du droit l'exige. Car en condamnant l'Eccléſiaſtique, ſans faire droit ſur une exception de compenſation, dont ſon Tribunal ne pourroit pas connoître, ce Juge débouteroit indirectement de cette exception.

CHAPITRE V.

De la conteſtation en cauſe, & des Jugemens d'Audience.

SOMMAIRE.

1. *Quand l'inſtance eſt formée. De la conteſtation en cauſe.*
2. *Effets du Jugement non ſignifié.*
3. *De la conteſtation en cauſe en matière criminelle.*

4. *Si le défaut opère la contestation en cause.*
5. *Du Jugement d'Audience ou par vu au Bureau.*
6. *Appointement doit être opiné.*
7. *En quelles affaires on peut prendre les appointemens au Greffe.*
8. *Défense aux Greffiers de marquer des Jugemens non prononcés.*
9. *De la procédure sur les appellations verbales.*

1. L'instance, dans le sens ordinaire que nous donnons à ce mot, n'est pas véritablement formée par la demande & les défenses (*a*), qui s'éteignent par surannation faute de suites. Elle ne l'est que par la plaidoirie des Parties, ou de leurs Procureurs, devant le Juge; & c'est ce qu'on appelle la *contestation en cause*. Aussi l'article 13 du titre 14 porte que la cause sera tenue pour contestée, par le premier Réglement, appointement ou Jugement qui

(*a*) Imbert, *L. 1, C. 14, n. 3. Res in judicium deducta non videtur, si tantùm postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam & aditam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum Judex, per narrationem negotii, causam audire cœperit. L. 1, Cod. de lit. contest.*

interviendra après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié : cela a lieu, quand même, la cause étant plaidée, le Jugement prononceroit seulement le renvoi à la prochaine Audience.

2. Ces mots, *encore qu'il n'ait pas été signifié*, ne dispensent pas de la signification, lorsqu'on veut suivre l'exécution du Jugement. Car il est de maxime générale, qu'un Jugement non signifié ne peut être valablement mis à exécution. Nous parlerons plus particulièrement de cette maxime, sur la forme de l'instruction en vertu des appointemens. Mais l'Ordonnance a eu ici pour seul objet de décider, que le caractère du Jugement suffit pour opérer la contestation en cause.

3. Il seroit fort inutile d'approfondir ici la question de savoir de quel jour se forme la contestation en cause en matière criminelle; car soit qu'il y ait contestation en cause ou qu'il n'y en ait pas, les règles de cette procédure,

ſi différente de l'inſtruction civile, n'en ſont pas moins ſûres. Ainſi, ſans chercher à concilier les Auteurs, qui ne ſont pas d'accord ſur cette queſtion, je me borne à obſerver qu'il ne peut y avoir de conteſtation en cauſe, en matière criminelle, ſuivant l'eſprit de l'article 13 du titre 14 de l'Ordonnance civile, que par le premier Jugement intervenu ſur l'interrogatoire de l'accuſé qui lui tient lieu d'un écrit de défenſes.

4. La maxime, que le défaut emporte conteſtation, peut donner lieu à une équivoque qui exige quelque approfondiſſement.

Le ſeul ſens de cette maxime eſt que le défaillant eſt réputé conteſter les concluſions du demandeur. Cela réſulte même des diſpoſitions de l'art. 3 du titre 5 de l'Ordonnance, qui ne permet d'adjuger les concluſions du Demandeur, que lorſque la demande ſe trouve juſte & bien vérifiée.

Il eſt certain que cette maxime

n'a aucune application à la contestation en cause qui n'est point opérée par le défaut levé au Greffe. L'article 13 du Titre 14 suffit pour le prouver; puisque, par cet article, il faut un Jugement, pour que la cause soit tenue pour contestée: d'ailleurs cette vérité s'éclaircit encore, par le procès verbal de l'Ordonnance, sur la première rédaction de l'article. (a)

Il portoit que la cause seroit tenue pour contestée, par le premier Réglement, &c. *ou après le défaut jugé tant à faute de comparoir qu'à faute de défendre.* M. le Premier Président observa que *la contestation en cause ne se peut plus appliquer au défaut, parce qu'il emporte profit; & il se trouveroit que la cause seroit tenue pour contestée, après qu'elle auroit été jugée.*

Sur cette observation les mots *ou après le défaut jugé*, &c. furent retranchés. Il est évident que l'avis unanime de M. Pussort & de MM.

(a) Tit. 6, art. 14.

les Commiſſaires fut qu'un défaut non jugé n'opéroit point la conteſtation en cauſe.

On ne fit pas alors une obſervation qui véritablement n'étoit pas néceſſaire pour la rédaction de l'article. Il peut y avoir conteſtation en cauſe dans les procès ou une Partie laiſſe défaut, lorſque le Jugement qui intervient ſur le défaut, ne juge pas définitivement le profit; par exemple, ſi le demandeur eſt appointé, par le profit du défaut, à informer des faits de ſa demande. C'eſt alors un Réglement de la nature de ceux que l'article 13 exige pour caractériſer la conteſtation en cauſe.

Je crois devoir faire encore une autre obſervation qui peut être importante, à cauſe de l'abus journalier, dans pluſieurs Juriſdictions inférieures, où l'on rend un Jugement fort inutile & contraire à la Loi, qui ordonne au défendeur de fournir défenſes. Ces Jugemens, rendus ſans connoiſſance de cauſe, ne peu-

vent opérer de contestation en cause, l'Ordonnance n'ayant parlé que du premier Réglement, appointement ou Jugement qui interviendra après les défenses fournies.

5. La cause étant plaidée, doit être jugée à l'Audience, ou sur pièces vues au Bureau, si la matière y est disposée; sinon elle sera appointée en droit à écrire & produire, ou à mettre. (a)

Plusieurs Réglemens, conformes à l'esprit de l'Ordonnance, défendent aux Juges de recevoir des productions ou des inductions pour l'instruction des Ordonnances de vu au Bureau, & de prendre aucunes épices pour le Jugement de ces affaires.

L'usage est de donner des mémoires sur papier commun; & l'on ne peut faire signifier aucunes écritures, depuis le Jugement qui ordonne que les pièces seront mises au Bureau; parce que la cause ayant été plaidée à l'Audience, l'Ordon-

(a) *Art. 7.*

nance de mis au Bureau n'a pour objet que de donner aux Juges le temps de délibérer ſur les plaidoiries, de la même manière qu'ils auroient délibéré ſur le champ. Auſſi le Jugement eſt prononcé à l'Audience ſuivante; & ſi quelquefois la prononciation eſt retardée, il n'en eſt pas moins vrai que c'eſt une cauſe d'Audience, dont toute l'inſtruction eſt finie au moment que les Avocats ou les Procureurs ont pris les concluſions & ont fini leurs plaidoiries.

6. L'appointement ne peut être ordonné qu'à la pluralité des voix, à peine de nullité; & les Juges ſont tenus de délibérer préalablement ſi la cauſe ſera appointée ou jugée, avant que d'ouvrir leurs opinions au fonds. (*a*)

7. L'article 10 du Titre 11 permet cependant de prendre des appointemens au Greffe, en matière de compte, liquidation de dommages & intérêts, & appellations de taxe

(*a*) *Tit. 11, art. 9.*

de dépens, lorſqu'il y a plus de deux articles croiſés.

8. Comme il eſt de droit commun que les Jugemens d'Audience ſoient prononcés publiquement par le Juge, l'article 32 défend aux Greffiers d'écrire, délivrer, collationner ou parapher aucun congé ou défaut, appointement, Jugement, *&c.* qu'il n'ait été prononcé publiquement par le Juge, à peine de faux & de 100 livres.

Mais il y a d'autres moyens d'inſtruction que ces appointemens : on en verra le détail dans les Chapitres ſuivans.

9. J'obſerverai ſeulement ici que la procédure n'eſt pas moins ſimple, pour les *inſtances* d'appel des Jugemens d'Audience. Les griefs & les réponſes ne ſe fourniſſent point par écrit. On les plaide ſeulement à l'Audience ; & il ne ſe fournit point d'autres écritures que les incidens auxquels la nature de l'affaire peut donner lieu, & les réponſes à ces incidens, leſquelles même le plus

ſouvent ne doivent être faites qu'à l'Audience. Auſſi à moins que la nature des incidens n'exige que les Requêtes incidentes ſoient expédiées d'un *Viennent*, elles doivent ſeulement l'être d'un *faſſe ſa Requête en plaidant.*

CHAPITRE VI.

De l'Inſtruction en général.

SOMMAIRE.

1. *Des différens moyens d'inſtruction.*
2. *Abrogation des inſtructions à la Barre, & des autres inſtructions extraordinaires.*
3. *Objets des différentes inſtructions.*
4. *De la nature du vu au Bureau. Défenſe de fournir des écritures depuis qu'il eſt ordonné.*

1. Lorſque l'affaire n'eſt pas en état d'être jugée définitivement, faute d'inſtruction ſuffiſante, la Loi preſcrit différens moyens pour parvenir à rendre juſtice aux Parties. Ces moyens ſont employés ſuivant la nature des affaires.

L'Ordonnance nous indique,

1° Les appointemens en droit & à mettre.

2° La preuve par témoins.

3° Les descentes des Juges & les rapports d'Experts.

4° Les interrogatoires sur faits & articles.

Elle prescrit aussi la forme qu'on doit observer sur les différens incidens que les Parties peuvent former dans le cours de l'instruction.

2. Enfin, le Législateur a abrogé toutes les instructions à la Barre ou pardevant les Conseillers commis, & les renvois devant les Juges à lieu, jour & heure extraordinaire. Il excepte seulement les comparutions sur les Arrêts de personnes ou de biens, en vertu des priviléges des Villes & des Foires (*a*); ce qui peut également s'appliquer à toutes les matières qui, par leur qualité ou par les circonstances, exigent une expédition prompte & d'un instant à l'autre, sans le moindre retardement.

(*a*) *Titre 11, article 11.*

3. La ſeule expoſition que nous venons de faire de ces différens moyens, annonce qu'ils embraſſent tous les différens genres d'affaires.

Lorſqu'il eſt queſtion de diſcuter des titres, d'examiner, & découvrir leur ſens & leur étendue, l'appointement à mettre ou l'appointement en droit, à écrire & produire, ſont les ſeuls moyens qu'on puiſſe employer, lorſque les Juges ne ſont pas en état de juger ſur les titres à l'Audience.

Dans les matières de faits qui ne ſont pas prouvés par écrit ou reconnus, la preuve par témoins eſt la voie naturelle.

Enfin lorſque la preuve doit ſe tirer de la ſituation des lieux, de l'état ou de la valeur des choſes, les deſcentes & les rapports d'Experts ſont évidemment les moyens de découvrir la vérité.

Outre ces trois différentes eſpèces de preuves, la Loi indique pour quatrième moyen l'interrogatoire de la Partie adverſe ſur faits &

articles; & il suffit de consulter la raison & l'équité, pour être convaincu qu'on ne peut pas refuser à une Partie les éclaircissemens que peuvent lui fournir les déclarations libres & volontaires de son adversaire.

4. Il y a des affaires que leur modicité ou leur simplicité ne doit pas rendre susceptibles d'appointemens à mettre ou à produire. La Loi défend l'appointement dans ces cas, & permet seulement de juger par un vu au Bureau, si le Juge n'est pas en état de les décider à l'Audience. Mais le Jugement de vu au Bureau n'est aussi, comme nous l'avons dit, qu'un Jugement d'Audience qui s'y prononce, après que le Juge a vu par lui-même les pièces & les écritures des Parties, auxquelles la Loi défend même de fournir des écritures depuis que le vu au Bureau a été ordonné.

CHAPITRE VII.

De l'Appointement à mettre, & de l'Appointement en droit à écrire & produire.

SOMMAIRE.

1. *Objet de ces appointemens.*
2. *En quoi ils diffèrent.*
3. *Forme de l'instruction.*
4. *Pièces produites, communes à toutes les Parties.*
5. *Comment s'acquiert la forclusion.*
6. *Signification nécessaire de l'appointement.*
7. *Quand on peut prendre communication de la production adverse.*
8. *Effets de la forclusion.*
9. *Elle n'opère pas de plein droit la perte du procès.*
10. *Appointement provisoire. Réglement de 1707.*
11. *Instruction des appellations par écrit. De la forclusion.*
12. *De la Partie qui ne produit pas toutes ses pièces.*
13. *Intimé obligé de mettre la Sentence au Greffe. Usage abusif abrogé.*
14. Quid *dans le cas d'appellations respectives.*

15. *Appointement de droit de l'appel des Sentences rendues sur produits.*

16. *Contestation en cause de l'instance d'appel.*

17. *Formalité de la forclusion de cette instance.*

1. Les appointemens, dont il s'agit ici, ont pour objet de plus amples instructions qui se font par les inductions ou productions, & par les écritures des Parties, pour mettre le Juge en état de faire droit entr'elles, à la Chambre du Conseil, sans qu'elles soient obligées de suivre l'Audience.

2. Il n'y a de différence dans l'usage de Bretagne, entre l'appointement en droit à écrire & produire, & l'appointement à mettre, qu'en ce que le premier emporte le délai de huitaine pour écrire & produire, & pareil délai pour contredire, & que l'appointement à mettre n'emporte que le délai de trois jours, n'étant que pour les affaires de peu de conséquence. (*a*)

3. La forme de la procédure sur

(*a*) *Tit. 11, art. 12 & 13.*

les appointemens eſt très-ſimple par l'Ordonnance.

Toutes les productions & les écritures doivent être miſes au Greffe, après leur ſignification, pour paſſer enſuite dans les mains du Rapporteur, duquel ſeul les Procureurs doivent prendre la communication des ſacs du procès.

L'article 33 du Titre 11, défend de mettre au Greffe des productions en blanc, ou inventaires dont les cotes ne ſoient pas remplies; & le procès doit être jugé, ſans qu'il ſoit beſoin de faire aucunes pourſuites pour remplir l'inventaire.

4. En général toutes les pièces produites deviennent de plein droit, communes à toutes les Parties; en ſorte qu'on ne peut pas les retirer du procès ſans leur conſentement.

5. L'article 8 du Titre 14 porte que le Procureur qui a produit, fera ſignifier que ſa production eſt au Greffe; & cette ſignification fait courir les délais de produire, & de

contredire (*a*), lesquels étant expirés, l'autre Partie est forclose de plein droit, sans Requête ni prendre, à l'Audience ou au Greffe, aucun commandement ou forclusion de produire ou contredire.

Cette disposition, en fixant, pour toute formalité, la notification du dépôt de la production au Greffe, paroît exclure les sommations de produire, qui sont cependant d'un usage général.

6. Mais le fondement de toute cette procédure doit être la signification de l'appointement, au Procureur adverse, suivant la maxime, que tout Jugement ne peut avoir d'effet que du jour de la signification.

7. Il faut avoir produit, ou avoir renoncé de produire par acte signé du Procureur & signifié, pour pouvoir prendre communication de la production adverse (*b*); & c'est

(*a*) Arrêt du 19 Juillet 1742 en Grand'Chambre, au rapport de M. Berthou de Kversio, au profit de Noel & Marie Loheac, contre Henri le Ballio & Jacques le Cloarec.

(*b*) *Tit. 14, art. 9.*

du

du Rapporteur ſeul que cette communication doit être priſe par le Procureur, ſans que les Greffiers puiſſent la donner avant la diſtribution du procès. (*a*)

8. La forcluſion en cette matière n'eſt pas l'excluſion abſolue de produire ou mettre. C'eſt ſeulement l'expiration du délai, après lequel le Juge peut juger ſur ce qui eſt produit. Mais juſqu'au Jugement, on peut produire, quoique le délai ſoit expiré; au lieu que la forcluſion en matière d'enquête exclut de faire la preuve, & rend nulle l'enquête qui ſeroit faite après la forcluſion acquiſe. J'expliquerai ſur les enquêtes les motifs de différence, entre l'une & l'autre forcluſion.

9. Il faut de plus obſerver que la forcluſion n'emporte pas la perte du procès. Quand une Partie néglige ſa défenſe, les Juges doivent la chercher dans les pièces produites par l'adverſaire : puiſque même quand le défendeur laiſſe défaut,

(*a*) *Art. 10 & 11.*

l'article 3 du titre 5 ne permet d'adjuger les conclusions du demandeur, que lorsqu'elles se trouvent justes & bien vérifiées.

10. Suivant le Réglement du 16 Août 1707, conforme aux Ordonnances rapportées par Theveneau (*a*), l'appel de l'appointement n'empêche pas de passer outre au Jugement définitif; & les Juges y sont obligés, à moins que la cause d'appel n'eût commencé à être plaidée contradictoirement au Parlement, & que cela n'ait été notifié aux Juges. (*b*)

11. Si la procédure est simple pour l'instruction de l'appointement dans l'instance principale, elle ne l'est pas moins dans l'instruction de l'appel.

Huitaine après l'échéance des assignations, le Procureur de chaque Partie est tenu de mettre ses productions au Greffe du Tribunal où l'appel est porté, & de le faire signifier au Procureur adverse; faute

(*a*) *L. 6, tit. 6, art. 1.*
(*b*) Acte de Notoriété du premier Mai 1723, Journal du Parlement, *t. 2.*

de quoi la forclusion est acquise de plein droit, & le procès doit être jugé sur ce qui se trouvera au Greffe, sans faire aucun commandement, sommation, ni autre procédure: & néanmoins les inductions, si aucunes ont été tirées des pièces, écritures & reconnoissances contenues aux productions du défaillant, demeureront pour constantes & avérées contre lui. (*a*)

12. Si une Partie affectoit de ne pas produire toutes les pièces déjà produites dans l'instance principale, les preuves & les inductions qu'elle en auroit tirées, ne pourroient plus valoir; & au contraire, la Partie adverse pourroit tirer ses inductions de cette suppression de pièces.

13. Dans la même huitaine, l'intimé est obligé de mettre au Greffe la Sentence, en forme ou par extrait, faute de quoi l'Appellant, sans commandement ni signification préalable, peut la lever par extrait, aux frais de l'intimé, dont

(*a*) *Tit. 11, art. 14 & 17.*

il lui sera délivré exécutoire. (a)

L'exécutoire n'est pas solidaire, lorsqu'il y a plusieurs intimés. Arrêt de Rouen du 23 Juin 1721.

Cette disposition de l'Ordonnance ne s'applique point aux Jugemens rendus à l'Audience ou sur un vu au Bureau.

Elle ne s'étoit point observée pendant plusieurs années au Palais, & même il s'y étoit introduit un usage d'admettre la folle intimation de l'intimé, lorsqu'il n'avoit pas fait signifier la Sentence, & que l'Appellant n'y avoit pas suppléé en la faisant lui-même signifier en même temps que le relief d'appel. Mais cet usage contraire à l'Ordonnance & peut-être même à la raison, ne subsiste plus depuis long-temps : on est revenu à la règle établie si expressément par la Loi.

14. Par un Réglement du Parlement de Paris, du 8 Août 1714, lorsqu'il y a des appellations respectives en procès par écrit, le premier

(a) Art. 18.

intimé est obligé de mettre la Sentence au Greffe.

15. Les appellations de Sentences rendues sur produits, sont appointées de droit ; & par cette raison, l'appointement de conclusion doit être passé au Greffe, sans aucune autre instruction que la signification faite par le Procureur le plus diligent au Procureur adverse, huitaine après que le procès & la Sentence auront été mis au Greffe. En Bretagne & au Parlement de Toulouse, à l'égard de l'appellant comme de l'intimé (*a*), le défaut de comparoir au Greffe, pour passer l'appointement, n'emporte pas la déchéance dont parle l'art. 19 du titre 11 ; & l'appointement est rendu sur le défaut du Procureur adverse.

16. On dit communément que l'appointement de conclusion forme la contestation en cause de l'instance d'appel (*b*) : mais suivant la nature

(*a*) Rodier & Boutaric, *tit. 11, art. 19.*
(*b*) Imbert, *Liv. 2, chap. 11.*

des affaires, il peut ſurvenir des obſtacles qui empêchent l'appointement, & ſur leſquels il intervient des Jugemens qui opèrent la conteſtation en cauſe, avant que l'appointement puiſſe être paſſé. Il ſuffit de citer, pour exemple, l'incident de l'intimé, pour faire déclarer l'appellant non-recevable.

17. Dans les inſtances d'appellations, les formalités de la forcluſion ſont très-ſimples. Le délai de fournir griefs commence contre l'appellant, du jour de la ſommation faite à ſon Procureur, par acte ſigné du Procureur de l'intimé; le délai pour répondre, court contre l'intimé, du jour de la ſignification des griefs; & la forcluſion eſt acquiſe de plein droit, ſans autre commandement & procédure, à peine de nullité. (*a*)

(*a*) *Art. 20 & 21.*

CHAPITRE VIII.

Des Incidens.

SOMMAIRE.

1. *Définition.*
2. *De l'intervention. Forme de l'instruction.*
3 & 5. *Forme des incidens entre les Parties qui sont en cause.*
4. *Des Différens objets d'incidens.*
6. *Réglement sur les incidens.*
7. *Instruction en conséquence.*
8. *Abus du renvoi à l'Audience.*
9. *Réglement du 2 Mars 1728.*
10. *De l'ancienne formalité d'articuler faits nouveaux.*
11. *Obligation de faire tous les incidens par une même Requête.*
12. *Cette forme est commune à tous les Tribunaux.*
13. *Des incidens qui doivent être réglés à l'Audience. Réglement de 1728.*
14. *Rectification d'erreur & addition de conclusions par les incidens.*

1. L'incident est une demande formée dans le cours du Procès, par l'une ou l'autre des Parties, ou

par une Partie étrangère, & signifiée de Procureur à Procureur.

2. L'incident de la Partie étrangère qui n'étoit point au procès, ne peut être formé que par intervention, dont l'article 28 du Titre 11 prescrit la forme, tant en première instance qu'en cause d'appel. Il (*a*) porte que toute Requête d'intervention en contiendra les moyens, & qu'il en sera donné copie & des pièces justificatives, pour en venir à l'Audience des Sièges & Cours où le procès principal est pendant, pour être plaidée & jugée contradictoirement ou par défaut, sur la première assignation. Si l'intervention est admise, l'intervenant devient dès ce moment Partie dans l'instance.

Il peut même arriver dans les affaires non appointées, & c'est assez l'esprit de l'article 28, que l'intervention soit jugée dans la même Audience (*b*) avec le principal. Il

(*a*) Réglement du 29 Août 1721, *art.* 5.
(*b*) Rodier & Jousse, *hic.*

faut pour cela qu'aucune Partie ne s'oppose à l'intervention. Car s'il y avoit quelque contestation à cet égard, il faudroit qu'il y eût un Jugement par lequel l'intervention fût reçue, avant de plaider le fonds du procès. Incontinent après, on pourroit le plaider dans la même Audience.

De-là il résulte que dans les causes d'Audience, la Requête d'intervention doit être expédiée d'un *fasse sa Requête en plaidant*; au lieu que dans les procès appointés, on doit l'expédier d'un *Viennent*. L'expédition de *Viennent* a lieu également lorsque la cause principale doit être plaidée à l'Audience des *Viennent*.

3. Quant aux incidens qui se font entre les Parties déjà en cause, l'Ordonnance n'a rien prescrit par rapport aux instances non appointées dans lesquelles ces incidens sont formés; & les articles 24 & 25 du Titre 11, ne concernent que les incidens des procès appointés,

comme l'obſerve M. Puſſort. (*a*)

Ce ſilence de la Loi n'eſt pas une omiſſion : il n'y avoit point de forme à preſcrire ſur cela ; parce que ſans toutes les formalités de jonction qui ſont néceſſaires dans les procès appointés, le Juge eſt en état, lorſque la cauſe eſt portée à l'Audience, de prononcer tant ſur le principal que ſur les incidens que la néceſſité de l'inſtruction ou l'artifice des Plaideurs a fait naître.

Sur les incidens formés entre les Parties qui ſont au procès appointé, il a fallu toute la ſageſſe du Légiſlateur, pour prévenir les éloignemens & la multiplication de procédures que ces incidens font naître. Mais ſes bonnes intentions ont échoué ; & les reſſources de la chicane ſont ſi grandes, qu'il eſt preſque impoſſible d'y apporter un reméde efficace.

4. Le détail des différens incidens qu'on peut faire naître, ſeroit infini. Ils ſe réduiſent en général à

(*a*) Procès verbal, *Tit.* 11, *art.* 19.

deux objets, 1° les demandes incidentes, 2° les appellations incidentes; & sous la première classe on comprend les Lettres de restitution, rescision ou autres.

5. L'Ordonnance ne prescrit, pour tous ces différens incidens, que la même forme qui est d'expliquer les moyens dans les Lettres ou dans la Requête, d'y joindre les pièces justificatives, & de faire signifier le tout au Procureur adverse. (*a*)

Le nom du Rapporteur du procès doit être mis en marge de la Requête; & elle doit lui être donnée, s'il est présent.

6. Cette Requête, & les Lettres & pièces tiennent lieu de toutes écritures & productions; & l'incident doit être réglé, sommairement & sans épices, par la Chambre où le procès est pendant. Il en est donné acte, & ordonné au défendeur de fournir réponses, écrire & produire de sa part, dans troi

(*a*) T. 11, *art.* 23, Réglemens des 29 Ao 1721, & 2 Mars 1728.

jours ou autre plus bref délai, selon la nature & la qualité des incidens que le même Jugement joint au procès principal. (a)

7. Dans le même délai le défendeur ou intimé doit faire signifier, au Procureur adverse, copie de sa production & des pièces y contenues, sans qu'on puisse donner de contredits sur les incidens, sauf à y répondre par Requête. (b)

8. C'est dans l'esprit de ces dispositions, que par Arrêt du 15 Décembre 1760, à l'Audience publique de Grand'Chambre, plaidant MM. Toubon, Estin & Anneix, & M. le Prêtre, il fut fait défense, aux Juges de Pontivi, de renvoyer plaider à l'Audience, par Avocats, les incidens dont la jonction est de droit suivant l'Ordonnance. Il s'agissoit de joindre l'appel en adhérant d'un appointement, à l'appel de la Sentence définitive.

9. Cette décision est conforme au

(a) *Art.* 24.
(b) *Art.* 25.

Réglement du 2 Mars 1728, qui, même à l'égard des appellations incidentes, comme des demandes incidentes, Lettres de restitution & autres, porte qu'elles seront réglées conformément aux articles 23 & 24 du titre 11, si ce n'est que pour bonnes & justes considérations, la Cour, sur le rapport qui lui en sera fait par le Rapporteur, ne jugeât à propos de renvoyer les Parties à l'Audience; ce qui s'entend de l'Audience des *Viennent* dans les procès appointés.

10. L'Ordonnance abroge (*a*) la formalité des Lettres pour articuler faits nouveaux. Elle veut qu'ils soient posés par une simple Requête qui sera signifiée & jointe au procès, sauf au défendeur d'y répondre par une autre Requête.

11. L'article 27 établit une autre règle très-sage, qui par malheur n'est pas observée exactement. Tous les incidens de demandes, appellations ou Lettres, doivent être faits

(*a*) *Art.* 26.

par une même Requête qui sera réglée en la forme ci-dessus; faute de quoi tous les autres incidens qui seront formés ensuite par la même Partie, avec les pièces justificatives, seront joints au procès pour être fait droit sur le tout.

12. Cette procédure sur les incidens n'est prescrite que pour les Cours, par l'Ordonnance. Mais il est évident qu'elle doit être commune à tous les autres Tribunaux.

13. Il y a des incidens qui par leur nature doivent être réglés à l'Audience, & dont l'Ordonnance ne parle point ici. C'est pour cela principalement que sont établies les petites Audiences appellées *Viennent*, dont on abuse souvent, en y portant les incidens qui doivent être réglés suivant la forme prescrite par l'article 24, & répétée par le Réglement du 2 Mars 1728.

14. Au reste on peut, par les incidens, rectifier les erreurs & les omissions des conclusions prises par la demande originaire. On peut

même en prendre de nouvelles, pourvu que ce soit sur des objets connexes à cette demande. Car on ne pourroit pas accumuler, par des incidens, les objets étrangers au procès introduit entre les Parties.

Pour réunir tout ce que l'Ordonnance a dit sur les différens incidens qui peuvent naître dans le cours d'un procès, je crois devoir parler ici des sequestres & des récusations.

CHAPITRE IX.

Des Sequestres.

SOMMAIRE.

1. *Définition.*
2. *Quand il peut être demandé & ordonné.*
3. *Forme de la demande incidente de sequestre & de la procédure.*
4. *Du Jugement.*
5. *Et de la nomination du sequestre. Quelle personne on doit choisir.*
6. *Parens ou alliés du Juge dans le second degré ne doivent l'être.*

7. *Prestation de serment du sequestre. Fonction publique. Doit être mâle & majeur.*
8. *Exécution provisoire du Jugement. Forme de la mise en possession.*
9. *Bail des revenus sequestrés.*
10. *Ne peut être adjugé aux Parties ni au sequestre.*
11. *Des réparations & autres dépenses.*
12. *Purisis faute de vente de meubles.*
13. *Du trouble à l'administration du sequestre.*
14. *Quand le sequestre est déchargé.*
15. *Quand l'une des Parties peut être nommée sequestre.*
16. *Caractère & effets de la possession du sequestre.*
17. *Droits du possesseur contre l'établissement du sequestre.*

1. Le sequestre dont parle l'Ordonnance, est le dépôt qui se fait, par autorité de Justice, de la chose litigieuse, entre les mains d'une personne convenue par les Parties, ou nommée d'Office par le Juge, pour être remise à celui auquel elle sera adjugée. C'est, suivant le Droit Romain, *translatio possessionis litigiosæ in tertiam personam, facta con-*

sensu Partium vel autoritate Judicis, eâ conditione ut qui vicerit, ei ea res reddatur & restituatur unà cum fructibus quos sequester acceperit lite pendente.

2. Par l'article 2 du titre 19, qui est dans l'esprit de cette définition, le sequestre peut être ordonné, tant sur la demande des Parties que d'Office, si le Juge l'estime nécessaire.

Il peut être demandé sans qu'il y ait d'instance liée; & en ce cas, on doit suivre les formalités & les délais des ajournemens.

3. Mais la demande de sequestre, dont parle l'Ordonnance, est incidente à un procès : elle doit être formée par Requête & portée à l'Audience, sur un simple acte contenant le jour pour plaider, & signifié au Procureur adverse. (*a*)

4. Le Jugement qui ordonne le sequestre, doit porter la nomination du Commissaire devant qui on doit procéder, & le temps auquel les Parties devront comparoir. (*b*)

(*a*) *Art.* 1.
(*b*) *Art.* 3.

5. Sur le défaut d'une des Parties, de se trouver à l'assignation, ou de nommer un sequestre, le Juge ne doit pas proroger l'assignation, si ce n'est en connoissance de cause, suivant les circonstances, sans que cette prorogation puisse excéder la huitaine.

Si les Parties ne s'accordent pas sur la nomination du sequestre, il doit en nommer d'Office un suffisant & solvable, résidant ou proche du lieu où sont situées les choses qui doivent être sequestrées (*a*), afin que la dépense du compte que rendra le sequestre, ne soit pas augmentée par des frais de voyages.

C'est aussi le motif de la diminution des frais, qui empêche de nommer plusieurs sequestres.

6. Mais le Juge ne peut nommer aucuns de ses parens ou alliés dans le second degré, à peine de nullité, de 100 livres d'amende & de répondre de l'insolvabilité du sequestre (*b*). Le soupçon de fraude & la

(*a*) *Art.* 4.
(*b*) *Art.* 5.

difficulté d'avoir justice contre le sequestre, justifient la nécessité de cette disposition.

7. Le sequestre nommé doit être assigné, pour prêter serment devant le Juge : il peut y être contraint par amende & par saisie de ses biens (*a*), parce que cette fonction est une charge publique & un devoir forcé, s'il n'a pas de privilége ou d'excuse légitime; & par le même motif il doit être mâle & majeur de 25 ans.

8. Les Sentences qui ordonnent le sequestre, sont provisoires, nonobstant l'appel (*b*); & le sequestre doit être mis en possession, en vertu de l'Ordonnance du Juge, par un Huissier ou Sergent assisté de deux Recors, à la requête de la Partie poursuivante. La présence du Juge n'est point nécessaire, puisqu'il s'agit uniquement d'exécuter son Jugement.

Le procès verbal que le Sergent rapporte est dans la forme ordinaire

(*a*) *Art. 6.*
(*b*) *Art. 19.*

des procès verbaux (*a*). Je crois, conformément au ſentiment de Mrs Jouſſe & Rodier ſur l'article 9, que la formalité des deux Recors n'eſt point abrogée pour ce procès verbal. Il doit contenir la déclaration ſpéciale des choſes ſequeſtrées, & être ſigné du ſequeſtre; ſinon il doit être interpellé de le faire, dont il ſera fait mention dans le procès verbal, à peine de nullité, de 50 liv. d'amende au profit du pourſuivant, & de tous dépens, dommages & intérêts. (*b*)

9. Quand un revenu a été ſequeſtré, le ſequeſtre eſt tenu inceſſamment, les Parties dûment appellées, de faire procéder au bail judiciaire devant le Juge qui l'a commis, s'il n'y a point de bail conventionnel, ou s'il eſt frauduleux & à vil prix. (*c*)

Ce devoir de mettre les biens en bail judiciaire, eſt commun à tous les Adminiſtrateurs établis par autorité de Juſtice.

(*a*) *Art. 7 & 9.*
(*b*) *Art. 8.*
(*c*) *Art. 10.*

Pour prévenir la multiplication des frais, l'adjudication doit contenir la liquidation des frais du bail, sans que le sequestre puisse les faire taxer séparément, à peine de perte des frais, & de 20 livres d'amende contre lui. (*a*)

10. Le bail des revenus & celui des réparations ne peut être adjugé, directement ni indirectement, aux Parties ni au sequestre (*b*): c'est le seul moyen de prévenir les fraudes.

11. Les réparations ou les autres dépenses nécessaires aux lieux sequestrés, tombent en pure perte à ceux qui les ont faites, si elles ne l'ont été par autorité de Justice, les Parties dûment appellées. (*c*)

12. Si le sequestre est chargé de vendre des meubles ou des fruits, il doit le parisis, faute d'une vente solemnelle (*d*), à l'exception des grains, dont la valeur est fixée par

(*a*) *Art. 11.*
(*b*) *Art. 12 & 18.*
(*c*) *Art. 17.*
(*d*) Traité de la Crue, *Chap. 8. n. 16.*

les apprécis, & de la vaisselle d'argent, dont les Édits règlent l'estimation.

13. Le trouble par violence, à l'établissement, à l'administration ou à la jouissance du sequestre, emporte, outre la poursuite extraordinaire & l'amende de 300 livres, la perte du droit sur les fruits enlevés qui appartiendront incommutablement à l'autre Partie, & elle sera mise en possession des choses contentieuses. (*a*)

14. Le sequestre est déchargé pour l'avenir de plein droit, aussi-tôt après le Jugement définitif de la contestation, en rendant compte pour le passé (*b*); & faute aux Parties de faire vider le procès dans trois ans, il est aussi déchargé de plein droit, si ce n'est qu'il fût continué par le Juge, en connoissance de cause (*c*). Car il ne seroit pas juste que cette fonction onéreuse

(*a*) *Art.* 16.
(*b*) *Art.* 20.
(*c*) *Art.* 21.

fût perpétuée pour un temps indéfini. C'est le même motif qui opère, après un an (*a*), la décharge des Commissaires & gardiens de choses mobiliaires, dont nous parlerons au Chapitre des Saisies.

15. Quoique régulièrement on doive nommer une tierce personne pour sequestre, cependant il peut y avoir des circonstances, principalement en matière bénéficiale, qui exigent qu'une des Parties du procès soit nommée sequestre, pour l'utilité commune & pour diminuer les frais. Arrêt du Parlement de Paris, du 4 Janvier 1764, pour le sequestre des revenus d'une Chapellenie. (*b*)

16. *L'effet du Jugement* qui ordonne le sequestre, est de conserver ou de donner la possession, à celui auquel la propriété de la chose sequestrée sera adjugée en définitive. La possession du sequestre est nécessairement précaire. Ainsi, quelque

(*a*) *Art.* 22.
(*b*) Denisart, au mot *Sequestre*.

longue qu'elle soit, il ne peut jamais acquérir la propriété de la chose sequestrée, par la voie de la prescription.

17. La règle *melior est causa possidentis*, & les dispositions de l'Ordonnance & du droit commun, sur les actions possessoires, excluent l'établissement d'un sequestre, pour la chose dont la propriété est contestée, lorsqu'il y a un possesseur annal *pro suo*; parce que cette possession doit nécessairement continuer, pendant que la question de propriété, c'est-à-dire l'action au pétitoire, est indécise.

CHAPITRE X.

Des Récusations des Juges.

SOMMAIRE.

1. *Définition. Objet & qualité de cet incident.*
2. *Des moyens de récusation, non exprimés dans l'Ordonnance.*
3. *Du proces entre le Juge & une des Parties. Du Juge, Fermier de la Seigneurie.*

4.

4. *Des moyens qui dépendent des circonstances, & qui peuvent caractériser la prévention ou l'inimitié capitale.*

5. *De la récusation de l'Official, par le Prêtre qui est en procès avec l'Evêque.*

6. *Et de l'Official d'un Chapitre avec qui la Partie est en procès, & dont l'Official est Chanoine.*

7. *Le Juge n'est obligé de se récuser, que pour les moyens exprimés par l'Ordonnance.*

8. *De la récusation de tout un Siége.*

9. *De la récusation pour parenté & alliance.*

10. Quid *si le parent du Juge n'est point Partie, & a cependant un grand intérêt au succès du procès criminel ou civil.*

11. *Du consentement que le parent ou allié soit Juge.*

12. *Déclaration du 2 Octobre 1694, sur les parentés des Magistrats & des Fermiers des Droits du Roi.*

13. Quid *de la parenté avec les Fermiers des Devoirs de la Province.*

14. *Des autres moyens de récusation, établis par l'Ordonnance. Si la preuve par témoins est reçue.*

15. *De l'héritier présomptif en degré éloigné.*

16. *Administrateurs des Hôpitaux ne peuvent être récusés.*

17. *De la compétence des Juges des Seigneurs, pour les Domaines & Droits de la Seigneurie, &c.*

18. *Droit particulier de la Province à cet égard. Articles 28, 41 & 43 de la Coutume.*

19. *Jurisdiction du Seigneur sur ses Domaniers.*

20. *Et sur ses Fermiers.*

21. *Du droit de Gruerie.*

22. *Des affaires personnelles du Seigneur.*

23. *En matière criminelle.*

24. *De la Jurisdiction sur les chemins.*

25. *Et sur les rues des Villes Royales.*

26. *Juge obligé de se récuser. Déclaration que doivent faire les Parties.*

27. *Si faute de cette déclaration, le Juge est compétent en matière civile & criminelle.*

28. *Usage de Bretagne à cet égard.*

29. *Devoir des Parties qui connoissent des causes de récusation.*

30. *Du Juge qui ignore la parenté en matière civile & criminelle.*

31. *De la Partie qui affecte de cacher le moyen de récusation, fondé sur la qualité de créancier ou de débiteur.*

32. *Des cessions & subrogations frauduleuses de crédits sur les Juges.*

33. *Du déport du Juge.*

34. *Usage particulier de Bretagne sur les déports.*

35. *De la récusation du Commissaire nommé pour une descente & pour une enquête. Conciliation des articles 9 & 10 du titre 22.*

36. *De la forme de la récusation & du Jugement, sans être portée à l'Audience & sans appointement.*

37. *Quel nombre de Juges est requis.*

38. *Par quelle voie l'autre Patrie peut attaquer le Jugement en dernier ressort, qui admet la récusation.*

39. *De l'exécution du Jugement sujet à l'appel.*

40. *Exception pour les descentes & les informations ou enquêtes.*

41. *Peine de l'injuste récusation.*

42. *De l'appellation. Le Juge récusé ne doit point être Intimé.*

43. *Juge valablement récusé doit se retirer lors du Jugement, & ne peut distribuer le procès.*

44. *Des Juges qui sollicitent dans leurs Siéges.*

45. *De la récusation de ceux qui remplissent le Ministère public.*

46. *Et des Greffiers.*

47. *Différence entre la récusation & le déclinatoire.*

1. La récusation est un incident, par lequel une Partie a pour objet d'ôter au Juge valablement suspect, la connoissance de l'affaire.

Cet incident est absolument détaché de la procédure principale,

& il ne peut même jamais y être joint; parce qu'il n'a pas pour objet l'instruction du procès, mais seulement de faire décider que le Juge doit s'abstenir d'en connoître.

2. Après avoir rapporté au tit. 24, plusieurs moyens de récusation dont nous allons parler, la Loi marque expressément (*a*) que son intention n'est pas d'exclure les autres moyens de fait ou de droit, pour lesquels un Juge pourroit être valablement récusé.

Pour éviter les répétitions, je renvoie à ce que je dirai dans la suite sur les reproches contre les témoins, à l'égard des moyens dont l'Ordonnance ne parle point. On peut faire sur cela une observation générale qui sert à éclaircir toute la matière des récusations.

3. Il y a des moyens de deux espèces, dont l'Ordonnance ne parle point. Les uns ne souffrent pas de difficulté en Bretagne, tels que celui du procès qui est entre le Juge &

(*a*) *Art.* 12.

une des Parties, si le Juge est Fermier de la Seigneurie (*a*) dont il est le Juge, la qualité de serviteur ou domestique, *&c.*

4. Les autres moyens dépendent des circonstances : par exemple, si un Juge a répondu avec aigreur au pied d'une Requête de récusation, quoique cette Requête fût mal-fondée, & s'il a requis une condamnation d'amende (*b*), s'il y a une liaison intime entre lui & une des Parties ; enfin, les autres moyens qui peuvent caractériser parfaitement le soupçon de prévention du Juge, soit pour, soit contre une Partie, sont des motifs suffisans pour admettre la récusation, parce que le principal devoir du Juge est une impartialité absolue ; & il est évident qu'un moyen fondé sur le soupçon de prévention, dépend absolument des circonstances. Car le seul lien d'estime & d'amitié ne seroit pas

(*a*) Journal des Audiences, Arrêt du 9 Juillet 1706.
(*b*) Arrêt du 3 Juin 1707, dans le Journal des Audiences.

ſans doute un moyen ſuffiſant, non plus que les circonſtances de mépris, dont il pourroit y avoir des preuves de la part du Juge, lorſqu'elles ne caractériſeroient pas une inimitié capitale.

5. Par Arrêt du 15 Juillet 1702, dans le Journal des Audiences, il fut jugé qu'un Prêtre, accuſé à l'Officialité, ne pouvoit pas récuſer l'Official, quoiqu'il fût en procès avec l'Evêque. Cet Arrêt eut pour motif la maxime, atteſtée par M. Joly de Fleury, que le Juge ne peut être récuſé du chef de celui dont il tient ſon Office, dont il ne dépend plus après ſa réception, & dont il peut même être le Juge; que d'ailleurs l'Evêque n'eſt point Partie dans les procédures qui s'inſtruiſent à la requête du Promoteur à l'Officialité; & que l'Official & le Promoteur ſont moins les Juges de l'Evêque que de l'Evêché.

6. Par un Arrêt du 11 Juillet 1705, qui eſt auſſi rapporté dans le Journal des Audiences, il fut même jugé

que l'Official d'un Chapitre n'étoit pas incompétent pour connoître des causes de celui qui étoit en procès avec le Chapitre, quoique cet Official fût Chanoine.

7. Mais il faut observer que M. Joly de Fleury établit pour principal motif, que le moyen de récusation, sur ce que la Partie est en procès avec le Juge, quoique bon, n'étant pas exprimé dans l'Ordonnance, le Juge n'étoit point obligé de se récuser, parce que l'article 17 ne l'y oblige que pour les moyens exprimés par l'Ordonnance.

8. Peut-on récuser tout un Siége nombreux, tel qu'un Présidial dont on est créancier, ou avec lequel on a un procès? Cette récusation a été admise au Civil par un Arrêt du Parlement de Paris, du 23 Février 1708, rapporté dans le Journal des Audiences. Alors il est nécessaire de se pourvoir au Parlement, pour avoir des Juges. Mais si une Partie a procédé volontairement dans le Tribunal qu'elle pouvoit

récuser, sans l'avoir fait, ayant connoissance des causes de récusation, elle n'y seroit plus recevable, suivant l'article 21 de l'Ordonnance. C'est ce qu'observa M. l'Avocat-Général Joly de Fleury, dont les conclusions furent suivies par cet Arrêt.

Par un Arrêt de Tournelle du même Parlement du 8 Avril 1713, il fut jugé qu'un accusé ne pouvoit pas récuser tout le Siége. Des Auteurs pensent qu'on n'en peut pas récuser la plus grande partie; d'autres, qu'on peut en récuser les deux tiers. (*a*)

Ces opinions paroissent bien arbitraires. Ne conviendroit-il pas mieux de se déterminer pour ou contre la récusation, par la nature des moyens? Il faudroit qu'ils fussent très-forts, pour faire admettre la récusation d'un accusé, contre tout un Tribunal nombreux, ou contre la plus grande partie des Juges.

9. Le premier moyen dont parle

(*a*) *V.* le Code Criminel, *t.* 2, *art.* 16, *n.* 8.

l'Ordonnance, est la parenté ou alliance jusqu'au quatrième degré inclusivement; & en matière criminelle, jusqu'au cinquième degré inclusivement, & même indéfiniment si le Juge porte le nom & armes, & est de la famille de l'accusateur ou de l'accusé (*a*); ce qui a lieu, quoique le Juge soit parent ou allié commun de toutes les Parties. (*b*)

Sur l'alliance, ces dispositions ont lieu à l'égard des parens & même des alliés de la femme vivante, quoiqu'ils ne soient pas alliés du mari. Il en est de même, quoique la femme ne soit pas vivante, si le Juge ou la Partie en a des enfans vivans; & si la femme est décédée sans enfans, la récusation ne s'étend qu'au beau-pere, au gendre & au beau-frere. (*c*)

10. L'article 2 du titre des Récusations, n'établit le moyen de récusation, pour parenté en matière criminelle, que lorsque le Juge est

(*a*) *Art.* 1 & 2.
(*b*) *Art.* 3.
(*c*) *Art.* 4.

parent ou allié de l'accusateur ou de l'accusé. Ainsi, en s'attachant à la disposition littérale de l'Ordonnance, il semble qu'il n'y a pas de moyen de récusation, lorsque le parent du Juge n'est ni Partie civile ni dénonciateur, quoique ce parent soit intéressé à la vengeance du crime.

Par exemple, il s'est répandu un libelle diffamatoire contre mon parent. Il a méprisé cette injure. Mais le Ministère public s'est élevé & poursuit la punition. Je puis être Juge dans la rigueur du droit; & l'on ne peut pas me récuser, parce que mon parent n'est pas accusateur.

Si le libelle, fait contre mon parent, contient des imputations & des faits déshonorans pour toute la famille, quoique lui seul soit attaqué, il semble que ses parens dans le cinquième degré & tous ceux qui portent son nom & ses armes, & qui sont de la famille, peuvent être récusés, parce qu'ils ont un intérêt, en quelque sorte personnel, à la punition du crime.

Je crois que cette distinction est sensible. Mais je vais encore la développer, parce qu'elle peut fournir des lumières sur d'autres objets de récusation.

En général on ne doit pas admettre les récusations indifféremment, dans tous les cas où le parent du Juge peut avoir un intérêt direct ou indirect. Ce seroit les étendre arbitrairement; au lieu que la Loi n'établit la récusation que pour la parenté entre le Juge & une Partie. Cela comprend aussi le dénonciateur, quoiqu'il ne soit point Partie dans la procédure; parce qu'il a un intérêt direct au succès de l'accusation. Mais l'intérêt d'un parent outragé ou insulté, n'est qu'indirect, lorsqu'il n'est ni Partie ni dénonciateur; & il est juste de ne pas admettre la récusation, pour un pareil objet, si l'outrage ou l'insulte ne retombe pas directement ou indirectement sur la famille; de même qu'on ne l'admettroit pas en matière civile, quelque considérable que fût l'objet.

Par exemple, toute la fortune de mon parent consiste dans un crédit sur Titius; & Titius a un procès dans lequel il s'agit de tous ses biens. Si Titius perd ce procès, mon parent ne pourra pas être payé. Ainsi sa fortune dépend du bon ou du mauvais succès de ce procès. Cependant je puis en être Juge; & l'on ne peut pas me récuser, mon parent n'étant point Partie, & n'ayant qu'un intérêt indirect.

Il est vrai que la plus parfaite impartialité est la qualité la plus essentielle du Juge. Mais on ne doit pas présumer que la partialité ou la prévention puisse s'étendre si loin.

La principale règle, dans une pareille circonstance, & dans toutes les autres où la prévention est à craindre, est que le Juge doit se juger lui-même. S'il sent quelque impression de partialité ou de prévention, & s'il ne peut pas la vaincre, sa conscience l'oblige de se déporter.

11. En matière civile, le parent ou allié dans les degrés ci-dessus,

peut demeurer Juge, si toutes les Parties y consentent par écrit (*a*). Mais ce consentement est inutile en matière criminelle; parce que l'honneur ou la vie des citoyens & la vengeance publique, ne peuvent pas dépendre directement ni indirectement du consentement des Parties. Cela rend également inutile le consentement que donneroit la Partie publique.

12. Par la Déclaration du Roi du 2 Octobre 1694, il est ordonné que dans tous les procès civils & criminels concernant les Droits des Fermes du Roi, & les différens qui surviendront entre les Fermiers en nom collectif, tous les Adjudicataires des Fermes & leurs Commis, les parentés ou alliances des Magistrats des Cours des Aides, avec quelques-uns des intéressés dans les Fermes, en quelque degré qu'elles puissent être, ne pourront donner lieu à la récusation ni évocation. La même régle est établie pour la Cour

(*a*) *Art. 1 & 2.*

des Aides de Montpellier, sur les procès civils & criminels de la Ferme du droit d'Equivalent appartenant à la Province de Languedoc, par une Déclaration du 30 Décembre 1721.

13. Il faut observer que la Déclaration de 1694, s'exprime par simple interprétation, & non par dérogation au titre des Récusations. Ainsi l'on pourroit dire, par exemple, à l'égard des Fermiers des Devoirs de la Province, que leur parenté avec des Magistrats du Parlement, ne seroit pas un moyen de récusation dans les affaires qui concernent cette Ferme.

Cependant, puisqu'il a fallu une Loi particulière pour la Ferme de l'Equivalent du Languedoc, que même cette Loi porte qu'il étoit nécessaire d'étendre à cette Ferme la disposition de la Déclaration de 1694, qu'enfin il n'y a point de Loi pareille pour les Devoirs de Bretagne, il y auroit beaucoup de difficulté si quelqu'un des Magistrats

du Parlement étoit parent d'un des Fermiers des Devoirs.

14. Les autres moyens sont, 1° Le soupçon légitime de prévention, savoir,

Si le Juge a un différent sur pareille question. (a)

S'il a donné conseil.

S'il a connu auparavant du procès, comme Juge ou comme Arbitre.

S'il a sollicité ou recommandé.

S'il a ouvert son avis hors la visitation & Jugement. (b)

2° Le motif de dépendance, s'il a procès en son nom en une Chambre où l'une des Parties est Juge. (c)

M. Jousse dit que cette espèce ne se présente presque jamais. Elle est très-commune au Parlement de Bretagne ; & les Juges ont la plus grande exactitude à se déporter, lorsqu'ils se trouvent dans le cas de la Loi.

Sur ces moyens, la preuve par témoins n'est point reçue : il faut

(a) *Art. 5.*
(b) *Art. 6.*
(c) *Art. 7.*

la preuve par écrit, ſinon le Juge ſera cru à ſa déclaration (*a*); & l'on ne peut demander de délai pour rapporter la preuve par écrit.

3° Le motif de haine, ſavoir, l'inimitié capitale, même ancienne, & les menaces verbales ou par écrit, faites par le Juge depuis l'inſtance ou dans les ſix mois antérieurs à la récuſation. (*b*)

Cette limitation de ſix mois a pour motif, qu'après ce temps, le Juge eſt préſumé avoir perdu les ſentimens de haine ou de prévention qui avoient opéré les menaces.

4° Le motif de reconnoiſſance, ſi le Juge, ſes enfans, ſon pere, ſes freres, oncles, neveux, ou ſes alliés en pareil degré, ont obtenu quelque Bénéfice des Prélats, Collateurs & Patrons eccléſiaſtiques ou laïques, qui ſoient Parties ou intéreſſés en l'affaire; pourvu que les collations ou nominations aient été volontaires & non néceſſaires (*c*).

(*a*) *Art.* 5 *&* 6.
(*b*) *Art.* 8.
(*c*) *Art.* 9.

Car les nominations nécessaires n'opèrent point un motif de reconnoissance.

5° Le motif d'attachement ou d'intérêt, si le Juge est Protecteur ou Syndic de quelque Ordre, & nommé dans les qualités; s'il est Abbé, Chanoine, Prieur, Bénéficier, ou du Corps d'un Chapitre, Collége ou Communauté, tuteur honoraire ou onéraire, subrogé tuteur ou curateur, héritier présomptif même au-delà du degré de l'Ordonnance, donataire, Maître ou Domestique de l'une des Parties. (*a*)

15. La qualité d'héritier présomptif, quelque éloigné que soit le degré, établit un soupçon de prévention & d'intérêt, du moins aussi fort que la parenté dans le quatrième degré. La crainte même de déplaire à celui dont on est héritier, suffit pour détruire ou du moins affoiblir le caractère d'impartialité

(*a*) *Art. 10.*

si essentiel dans l'administration de la Justice.

16. La disposition de l'article 10 ne s'étend pas aux Administrateurs des Hôpitaux dont la fonction, dégagée de tout intérêt personnel, ne peut faire naître aucun moyen de récusation, même dans les affaires des Hôpitaux qui ont été suivies en vertu des délibérations auxquelles ils ont donné voix. C'est la pratique constante de tout le Royaume. (a)

17. L'article 11 contient une disposition fort intéressante, qui exige une explication particulière.

Il porte : « N'entendons néan-
» moins exclure les Juges des Sei-
» gneurs de connoître de tout ce
» qui concerne les domaines, droits
» & revenus ordinaires ou casuels,
» tant en fief que roture, de la
» terre, même des baux, sous-baux,
» & jouissances, circonstances &
» dépendances, soit que l'affaire

(a) V. le procès verbal de l'Ordonnance, T. 25.

» fût pourſuivie ſous le nom du
» Seigneur ou du Procureur-Fiſ-
» cal ; & à l'égard des autres ac-
» tions où le Seigneur ſera Partie
» ou intéreſſé, le Juge n'en pourra
» connoître. »

Il faut obſerver que cet article ne donne pas aux Juriſdictions des Seigneurs, une compétence plus étendue que celles qu'elles ont par les Coutumes des lieux. Il a ſeulement pour objet de rejetter le moyen de récuſation que la qualité de Juge, gratifié de cet Office par le Seigneur, pourroit faire naître pour les affaires détaillées dans cet article. Comme pour ces matières, le Seigneur eſt autoriſé, par les Coutumes, à plaider dans ſa propre Juriſdiction, il étoit juſte que ſon Juge ne pût pas être récuſé.

Mais dans les autres affaires où le Seigneur peut être intéreſſé, ſon Juge ne pourroit pas en connoître ; & il ſemble que le même motif excluroit les Praticiens de la Juriſdiction. Auſſi dans la première

rédaction on avoit mis ces mots, *le Juge supérieur en aura immédiatement la connoissance* Il y a apparence qu'ils n'ont été retranchés, que parce qu'il peut y avoir des cas où le renvoi dans la Jurisdiction supérieure ne seroit pas nécessaire, lorsqu'il peut se trouver un Juge non suspect; par exemple, un Avocat, ou lorsque l'usage est établi, comme à la basse Salle du Présidial de Rennes, que les Juges d'une Jurisdiction supléent & font les fonctions à la place de ceux des autres Jurisdictions.

18. Je crois qu'il convient de mettre ici les principes généraux, sur la compétence des Jurisdictions de Seigneurs, tant en matière civile qu'en matière criminelle, suivant le droit particulier de la Province, en ce qui concerne l'intérêt personnel du Seigneur.

Premièrement, pour les devoirs féodaux, la compétence est entière; & le vassal a seulement la faculté de décliner la Jurisdiction &

de demander le renvoi dans la Jurisdiction supérieure, en deux cas qui sont ceux des articles 28 & 41.

Dans l'espèce de l'article 28, il faut qu'il y ait contestation entre le Seigneur & le vassal, pour le fonds d'un droit, & le vassal doit communiquer ses titres sur cette contestation, avant qu'il puisse faire juger le renvoi. (*a*)

La nécessité de cette communication préalable, est établie par un ancien Arrêt du 15 Novembre 1666, qui a toujours été suivi par l'usage le plus constant, étant juste qu'avant d'obtenir le renvoi, le vassal mette le Seigneur en état de connoître s'il doit acquiescer à sa contestation.

Le premier Juillet 1761, il fut rendu un Arrrêt conforme à celui de 1666, aux Viennent de Grand'Chambre, sur l'opposition à un avis de Parquet, plaidant M. Guillard, pour Madame la Comtesse de Coigny, M. Pesterbe, pour

(*a*) *V.* les Notes sur l'article 28.

ſes vaſſaux, & M. le Prêtre, Avocat-Général.

Les articles 41 & 43 de la Coutume exigent quelque détail.

Pour tout ce qui concerne les domaines du Seigneur, il n'a aucune Juriſdiction, parce qu'il ne peut pas relever de lui-même, & qu'en Bretagne la Juriſdiction eſt inhérente au fief. Ce principe eſt conſtant pour le civil & pour le criminel.

C'eſt le motif de l'article 41, qui permet de décliner la Juriſdiction du Seigneur en toutes conteſtations de propriété, quoiqu'il paroiſſe n'avoir pour objet que le cas du retrait lignager ou féodal.

Mais il y a ſur cela quelques exceptions.

Premièrement, les art. 41 & 43 autoriſent la ſoumiſſion à la Juriſdiction du Seigneur, même dans les affaires qui l'intéreſſent.

19. 2° Dans les Uſemens de domaine congéable, quoique le fonds appartienne au Seigneur, il a la

Jurisdiction sur ses domaniers; & l'on regarde le domaine congéable comme un fief anomal. Il n'y a que l'Usement de Brouerec, dans lequel le Seigneur n'a pas de plein droit cette Jurisdiction. Il faut un titre dans cet Usement; & c'est en vertu de titres particuliers, que plusieurs Seigneurs en jouissent; au lieu que dans les autres Usemens, le Seigneur exerce de plein droit, sur ses domaniers, la même Jurisdiction qu'il a sur ses hommes de fief.

20. Il y a aussi quelques Seigneurs, en très-petit nombre, qui ont la Jurisdiction sur leurs métairies & domaines, en vertu de titres. Il faut qu'ils soient incontestables; parce que ce droit est contraire à la Coutume, & ne peut se soutenir que par la réserve générale des droits particuliers des Seigneurs, faite par l'article 684 de la Coutume.

21. Les Seigneurs ayant réuni à leurs Jurisdictions, les droits de Gruerie, en vertu de la Déclaration du Roi du 15 Avril 1710, & la taxe

pour cette réunion ayant été repartie sur toutes les Seigneuries, sans faire de différence des degrés de Justice, tous les Seigneurs, même bas Justiciers, ont tout exercice de Justice haute, moyenne & basse, sur leurs domaines comme sur leurs fiefs, en ce qui concerne seulement les attributions de la Gruerie, pourvu qu'en conformité de la Déclaration du Roi du 9 Mai 1742, les Juges de la Jurisdiction ordinaire du Seigneur se soient faits recevoir & aient prêté serment, en qualité de Juges Gruyers, à la Maîtrise Royale la plus prochaine de l'exercice de la Jurisdiction; ce qui doit se faire sans frais & sans une nouvelle information de vie & mœurs, suivant l'Arrêt d'enregistrement & le Réglement du 7 Juillet 1742.

22. Les affaires personnelles du Seigneur, étrangères à la féodalité, ne doivent point se poursuivre dans sa Jurisdiction, même contre ses vassaux, à moins qu'ils ne s'y soient soumis, soit par la prorogation

tion de Jurisdiction, soit par la procédure volontaire. (a)

23. En matière criminelle, outre la compétence générale résultante du lieu du délit, lorsqu'il est dans la mouvance de la Seigneurie, l'article 38 donne, à la Jurisdiction du Seigneur, la compétence pour le méfait & médit à ceux qui sont en sa garde (ce qui ne s'applique qu'à ceux qui sont dans la garde de sa Justice) à ceux qui viennent prendre droit par sa Cour, & contre ceux qui contreviennent aux Jugemens de sa Jurisdiction, qui attentent contre ses plégemens & arrêts, qui troublent & rompent son marché ou foire, ou son brandon; ce qui s'applique à la Police des foires & marchés du Seigneur.

Le même article ajoute *ou semblables cas*, expression vague qui ne peut s'appliquer qu'à d'autres cas de Police.

Dans toutes ces matières, l'on ne suivroit pas la disposition des

(a) *Art. 42.*

Arrêts du Parlement de Paris (*a*). qui ont déclaré incompétent le Juge de la Seigneurie, lorsque le Seigneur est accusateur. Car la Jurisdiction étant compétente, suivant la disposition de la Coutume, la compétence du Juge ne peut être contestée.

24. Quoique les chemins soient considérés comme le domaine des Seigneurs, ce sont des lieux publics, de même que les places & les rues sur lesquelles le Seigneur a la Jurisdiction.

L'article 49 excepte seulement les chemins Royaux. Ce sont ceux qui vont de Ville marchande à Ville marchande.

25. Mais dans les Villes Royales, les Juges Royaux ont été maintenus, par trois Arrêts des 18 Juin 1743, 21 Août 1754 & 13 Août 1760 (*b*), dans la Jurisdiction pour tous les crimes & délits commis sur les pavés des fauxbourgs, rues

(*a*) Journal des Audiences, 17 Juillet 1705, 27 Août 1706, 27 Mai 1707, 8 Août 1712.
(*b*) Journal du Parlement, *Tome 3, Ch. 101.*

& Places publiques de ces Villes.

26. Par l'art. 17 du tit. 24, le Juge qui fait des causes valables de récusation, en sa personne, est tenu d'en faire sa déclaration, sans attendre qu'elles soient proposées; & cette déclaration doit être communiquée aux Parties, dont la demande de récusation doit être faite dans la huitaine du jour que la déclaration aura été signifiée, après lequel temps on n'y est plus reçu, à moins que la Partie ne soit absente, & que son Procureur ne demande, pour l'avertir & pour avoir une procuration, le délai qui doit être accordé suivant la distance des lieux, & qui ne peut être prorogé.

Cela a lieu pour la cause de récusation contre le Juge, déclarée par une des Parties. (*a*)

27. Il est certain que la disposition de l'article 20, que je viens de rapporter, n'a pas lieu en matière criminelle, puisque, suivant l'article 2, le consentement de toutes

(*a*) *Art.* 20.

les Parties ne peut rendre le Juge compétent.

Mais en matière civile, la disposition de l'article 20, aura-t-elle lieu sans distinction, en sorte que faute à la Partie de récuser dans la huitaine, le Juge puisse valablement connoître de l'affaire, quelque évident que soit le moyen de récusation ?

On doit d'abord réfléchir que les Parties ne se portent qu'avec répugnance à proposer des moyens de récusation, dans la crainte d'indisposer le Juge récusé, si la récusation ne réussissoit pas ; & d'ailleurs, l'article 29 prononce des peines auxquelles on craint de se livrer. Ainsi le silence de la Partie peut être moins un consentement tacite, que l'effet de la crainte. De plus, dans le cas de l'article 10, la Loi est absolument prohibitive contre toute fonction de Juge. Enfin s'il y a parenté ou alliance, l'art. 1er ne permet, au parent ou allié, de demeurer Juge, que *si toutes les Parties y*

consentent par écrit. Le silence d'une Partie ne pouvant pas tenir lieu de ce consentement par écrit, il semble que, dans cette espèce, l'incompétence du Juge ne seroit pas levée, faute à une Partie de récuser dans la huitaine.

Quel sera donc l'effet de l'art. 20? Sa disposition prise à la lettre, paroît annoncer que dans tous les autres cas que celui de l'article 10 & celui de la parenté ou alliance, sur lequel il y a une disposition expresse dans l'article 1er, le moyen de récusation étant notifié à une Partie, elle doit récuser dans la huitaine, faute de quoi elle est non-recevable à proposer ce moyen; à moins que l'absence ne donne lieu au Procureur de demander & d'obtenir un délai.

La Loi a eu sur cela un motif très-sage. Elle n'a pas voulu qu'il restât de l'incertitude sur un objet aussi important que l'administration de la Justice, & en même temps elle a cherché à prévenir les retardemens

que des récusations tardives pourroient faire naître.

28. Mais notre Usage est beaucoup plus simple & plus conforme au désintéressement qui doit être le caractère le plus essentiel des Juges. Quand ils connoissent quelque moyen de récusation, ils se déportent; & même il n'est pas d'usage de rendre le Jugement dont parle l'article 18, ainsi que nous l'observerons ci-après. Par-là, les Parties sont dispensées de proposer la récusation.

29. L'article 19 ordonne aux Parties, qui sauront des causes de récusation, de les déclarer & proposer aussi-tôt qu'elles sont venues à leur connoissance. Mais s'il n'y a point de déclaration du Juge ou de l'une des Parties, celui qui veut récuser, peut le faire en tout état de cause, en affirmant que les causes de récusation sont venues depuis peu à sa connoissance. (*a*)

30. Sur ce que nous venons de rapporter & sur l'esprit de l'art. 2,

(*a*) *Art.* 21.

il résulte, 1° qu'à moins qu'il ne fût question d'une parenté très-proche, que le Juge ne peut pas vraisemblablement ignorer, il est compétent jusqu'à ce qu'il ait eu connoissance de cette parenté, & l'on doit se rapporter à son honneur & à sa conscience, sur le temps auquel il a eu cette connoissance.

J'ai rapporté dans mon Journal du Parlement (*a*), un Arrêt du 20 Mars 1741, & une lettre de Monsieur le Chancelier d'Aguesseau, qui prouvent invinciblement cette vérité.

Monsieur le Chancelier atteste même que la question s'étoit présentée plus d'une fois, sur-tout en matière criminelle où la parenté qui donne lieu aux récusations, s'étend plus loin qu'en matière civile, & qu'on n'avoit pas trouvé de difficulté

(*a*) *Tome 3, Ch. 65.* Arrêt conforme du 2 Août 1758, aux Viennent de Grand'Chambre, plaidant MM. Perron & Boulliere, & M. le Prêtre, Avocat-Général, Pierre Glais & Joseph Georges, Parties, dans l'espèce d'un Juge parent au quatrième degré, qui, n'ayant point été récusé, fut jugé compétent, & présumé avoir ignoré la parenté.

à confirmer la procédure antérieure à la connoiſſance du Juge ſur ſa parenté ou ſon alliance avec une des Parties.

Cependant par un Arrêt du 7 Juillet 1702, dans le Journal des Audiences, il a été jugé, en conformité des concluſions de M. Joly de Fleury, que la procédure étoit nulle, à cauſe de la parenté du Juge; que ſi ſon ignorance ſur cette parenté empêche l'incompétence en matière civile, il n'en eſt pas de même en matière criminelle, où tout le fondement eſt l'information; & comme elle ſe fait ſecrétement, jamais la Partie accuſée ne pourroit récuſer le Juge. M. l'Avocat-Général cita un Arrêt de 1700, au ſoutien de ſon ſentiment.

Mais il paroît que cet Arrêt & celui de 1702, n'ont pas établi de Juriſprudence, puiſqu'en 1734, par la lettre, dont je viens de parler, M. d'Agueſſeau atteſtoit que ſon ſentiment étoit conforme à celui de tous les anciens Magiſtrats, tant du

Parlement, que des autres Compagnies qu'il avoit consultés, & que c'étoit l'usage en matière criminelle.

Véritablement, les inconvéniens que faisoit valoir M. Joly de Fleury, ne peuvent pas balancer la disposition expresse de l'Ordonnance qui est générale dans l'article 17, pour les matières criminelles comme pour les matiéres civiles, & qui n'oblige le Juge de se récuser, que lorsqu'il connoît la cause de récusation, disposition évidemment conforme à l'équité.

Il y auroit cependant une exception. C'est dans le cas où le Juge porteroit le nom de l'accusé ou de l'accusateur. Car il ne peut pas ignorer le moyen de récusation établi par l'article 2.

Cela fut jugé par un Arrêt du 26 Avril 1701 (*a*), qui déclara nulle la procédure du Lieutenant-Criminel de Fontenai-le-Comte débiteur d'une des Parties, & qui lui enjoignit de se déporter en pareil cas. Le

(*a*) Denisart, au mot *Déport*, *n.* 6.

Juge ne peut pas ignorer un moyen de récusation de cette espèce.

Cependant par le plaidoyer sur lequel fut rendu l'Arrêt du 11 Juillet 1705, rapporté dans le Journal des Audiences, M. Joly de Fleury établit pour principe, que la disposition de l'article 17, qui oblige le Juge de se récuser, ne s'applique qu'aux moyens de récusation exprimés par l'Ordonnance, & qu'à l'égard des autres moyens, tel que celui d'être en procès avec la Partie, il n'est point incompétent, lorsque la Partie ne le récuse pas, quoique le moyen de récusation soit bon.

Cette observation est fort importante dans l'usage. Je la crois non-seulement conforme à l'équité, mais encore à la rigueur du droit. Quoiqu'un moyen de récusation soit valable, s'il n'est point établi par l'Ordonnance, le Juge peut ignorer que ce soit un moyen de droit, d'autant plus qu'il y en a qui sont arbitraires, & qui peuvent dépendre des

circonſtances. Ainſi il paroît juſte que pour tous les moyens qui ne ſont point marqués expreſſément au Titre des Récuſations, l'appel comme de Juge incompétent, n'ait pas lieu, ſi le Juge n'a point été récuſé.

31. 2° On voit ſouvent des Parties créancières ou débitrices du Juge, qui affectent de cacher ce moyen de récuſation, pour s'en ſervir en cas que la Sentence ne ſoit pas en leur faveur. Cet artifice a échoué toutes les fois qu'il a été employé en matière civile; & on a appliqué l'art. 19, qui oblige les Parties comme le Juge, de déclarer les moyens de récuſation.

32. La Déclaration du 27 Mai 1705, rejette même les ceſſions & ſubrogations de crédits ſur les Juges, qui ont été pratiquées par les Parties, pour ſe procurer un moyen de récuſation.

Par Arrêt du 9 Septembre 1743 (*a*), une pareille ſubrogation fut rejettée, avec décret d'ajournement contre la

(*a*) Journal du Parlement, *Tome* 3, *Chap.* 115.

Partie, qoique le moyen de récusation, fondé sur la qualité de créancier ou de débiteur, soit constant en Bretagne.

33. Comme la fonction de Juge est un devoir, dont celui qui en est revêtu, ne peut pas se départir sans cause légitime, le Juge qui se déporte, doit déclarer en la Chambre les motifs de son déport, lequel ne peut pas avoir lieu, s'il n'a été ordonné, sur sa déclaration qu'il s'abstiendra. (*a*)

34. Mais cela ne s'observe pas à la rigueur dans l'usage, où nous voyons le plus souvent que le Juge ne marque pas les causes de son déport : sans ordonner qu'il s'abstiendra, les autres Juges font l'instruction, & rendent le Jugement définitif. Cela n'est pas dans le vrai esprit de l'Ordonnance, dont le motif est que le Juge, obligé de rendre la justice aux Parties, n'en est dispenté que lorsqu'il en a de justes motifs.

(*a*) *Art. 18.*

Mais notre Usage n'a point d'inconvéniens.

Il peut même y avoir de l'inconvénient à ordonner, en certaines occasions, que le Juge déclarera les causes de son déport.

Cependant, si une des Parties, ou la Partie publique, lorsque l'affaire intéresse son ministère, exige que le Juge déclare son motif de déport, les autres Juges ne peuvent pas se dispenser de l'ordonner, & de juger ensuite s'il est suffisant. S'ils le jugent insuffisant, il est forcé de demeurer Juge.

Nous avons vu que, par l'art. 20, la récusation doit être faite, huitaine après la signification de la déclaration du Juge ou de l'une des Parties; & que s'il n'y a point de déclaration, l'article 21 permet de récuser en tout état de cause.

35. Mais comme on pourroit affecter de retarder une descente, par une récusation du Commissaire, l'article 22 du Titre des Récusations, & l'article 7 du Titre des Descentes,

ont prévenu cet inconvénient, en ordonnant que la récusation sera proposée trois jours avant le départ, pourvu que le jour du départ ait été signifié huit jours auparavant; faute de quoi il est permis de passer outre, nonobstant oppositions, ou appellations, prises à Parties & récusations, même pour cause depuis survenue, sauf après la descente, à proposer & juger les causes de récusation.

L'Ordonnance applique cette disposition à la confection d'enquête dans le cas de descente. Mais l'art. 10 du titre 22, porte que si le Juge fait l'enquête dans le lieu de sa résidence, & est récusé ou pris à Partie, il est tenu de surseoir, jusqu'à ce que les récusations & prises à Partie soient jugées.

Cet article paroît contraire à l'article 9, qui porte en général que le Juge ou Commissaire procédera à la confection de l'enquête, nonobstant & sans préjudice des oppositions ou appellations, même

comme de Juge incompétent, récusation ou prise à Partie, sauf à en proposer les moyens après l'enquête.

Pour concilier ces deux articles, il faut supposer que l'article 9 n'a d'application qu'au Commissaire qui fait l'enquête hors du lieu de sa résidence, sans quoi il seroit évidemment contraire à l'art. 10.

On ne doit pas aussi penser qu'en permettant au Commissaire nommé pour la descente, de la faire nonobstant la récusation ou l'appel même avec prise à Partie, la Loi ait eu intention d'anéantir de justes moyens de récusation ou d'appel. Elle autorise seulement le Commissaire à procéder par provision. Mais si les moyens se trouvent valables, son ouvrage sera annullé; & il est évident qu'en renvoyant cet examen après la descente, la Loi a eu intention de conserver les droits des Parties, sans retarder l'instruction; de sorte que si le Juge reconnoît la justice de la récusation, il doit se

récuser, faute de quoi il court les risques de voir son ouvrage cassé.

36. Après ces principes pleins de sagesse, la Loi prescrit la forme de la récusation. Elle doit être faite par Requête contenant les moyens, & signée de la Partie, ou d'un Procureur spécial par procuration attachée à la Requête. Cependant si le Juge ou la Partie adverse a reconnu quelque cause de récusation, le Procureur peut, en cas d'absence de sa Partie, & sans pouvoir spécial, signer la Requête pour requérir que le Juge s'abstienne. (*a*)

Cet article peut paroître bisarre, si l'on ne fait pas attention à la différence entière qui est entre la première & la seconde partie.

La première partie a pour objet la récusation proposée, sans avoir auparavant été précédée d'une déclaration du Juge ou de la Partie adverse, de connoître en lui des causes de récusation. En ce cas les moyens de récusation viennent de

(*a*) *Art.* 23.

la Partie même qui les propose, & il faut sa signature ou un pouvoir spécial, la récusation pouvant imprimer quelque note au Juge, soit par la qualité du moyen, soit par son omission ou son affectation de ne pas déclarer lui-même les moyens de récusation, quoique la Loi le lui ordonne.

Au contraire, quand le Juge, ou l'Adversaire, a lui-même déclaré les causes de récusation, ce n'est point l'autre Partie qui a imaginé ou découvert ces moyens. Elle n'attaque en aucune manière l'honneur ni la réputation du Juge. Elle conclut seulement, en conséquence d'une déclaration vraie ou fausse à laquelle elle n'a aucune part, & dont elle ne peut être responsable. En ce cas le motif d'exiger le pouvoir spécial de cette Partie, n'est point nécessaire, lorsqu'elle est absente; au lieu que si elle étoit présente, son silence, résultant du défaut de signature, feroit présumer qu'elle n'auroit pas intention de demander le déport sur

les moyens proposés par le Juge ou par la Partie adverse.

La Requête de récusation n'est pas présentée au Juge récusé qui pourroit la supprimer. Elle est présentée au Corps du Siége, ou s'il n'y a point d'autre Juge que celui qu'on récuse, elle est présentée à un Avocat ou au plus ancien Praticien de la Jurisdiction. Cette Requête ne lie aucune contestation avec l'autre Partie. Elle doit seulement être communiquée au Juge qui est tenu de déclarer si les faits sont véritables ou non. Après quoi on procède au Jugement des récusations, sans qu'il puisse y assister ni être présent à la Chambre. (*a*)

Cette matière n'est point susceptible d'appointement; & même la récusation ne lie point d'instance avec le Juge, non plus qu'avec l'autre Partie. C'est aussi le motif pour qu'elle ne soit pas portée à l'Audience. Elle se juge à la Chambre du Conseil, sommairement & sans

(*a*) *Art.* 24.

épices, ſur la Requête, les pièces & la déclaration du Juge.

37. S'il y a au moins ſix Juges dans la Juriſdiction, ils doivent être cinq pour juger la récuſation : s'ils ſont en moindre nombre, ou s'il n'y en a qu'un ſeul, il faut trois Juges pour la juger; & le nombre des Juges eſt ſuppléé par les Avocats du Siége, ou à leur défaut, par les Praticiens dans l'ordre du Tableau. (*a*)

Dans les matières du premier chef de l'Edit, les Préſidiaux jugent au nombre de cinq, les récuſations en dernier reſſort. (*b*)

38. Ces Jugemens rendus en dernier reſſort, & les Arrêts qui ont admis la récuſation, peuvent être attaqués par l'autre Partie, par la voie d'oppoſition, n'ayant point été Partie dans l'incident de récuſation.

39. Dans les autres Juriſdictions, l'exécution de ces Jugemens eſt

(*a*) *Art.* 25.
(*b*) *Art.* 28.

provisoire ; sauf le moyen d'incompétence qui opéreroit la cassation de tout ce qui seroit fait par le Juge récusé, si par l'évènement, la Sentence qui déboute de la récusation, est réformée.

40. Mais en matière de descente, information ou enquête, comme il seroit dangereux de confier des instructions de cette importance, à un Juge récusé, s'il y a appel du déboutement de la récusation, le Juge récusé ne peut passer outre ; & un autre Juge, dans l'ordre du Tableau, y procède, jusqu'à la décision de l'appel, à moins que l'intimé ne déclare vouloir attendre cette décision de l'appel. (*a*)

Le mot *information*, dont se sert l'art. 26, prouve que sa disposition a lieu, en matière criminelle, comme au civil. Mais la généralité de l'art. 2 du titre 25 de l'Ordonnance de 1670, paroît exclure l'intimé du droit d'attendre la décision de l'appel; d'autant plus qu'une Partie,

(*a*) *Art.* 26.

ni même le Ministère public, n'a pas le droit de suspendre l'instruction ni le Jugement d'une affaire criminelle.

La liberté donnée à l'intimé par la dernière disposition de l'art. 26, a pour motif que, par des récusations successives, une Partie pourroit se choisir tel Juge qu'elle voudroit, en récusant ceux qui ne lui conviendroient pas.

41. Les articles 29 & 30 (*a*) établissent la peine de l'injuste récusation. Elle consiste en une amende plus ou moins forte, suivant le degré

(*a*) Celui dont les récusations auront été déclarées impertinentes & inadmissibles, ou qui en aura été débouté faute de preuve, sera condamné en deux cens livres d'amende en nos Cours de Parlement, Grand-Conseil & autres nos Cours; cent livres aux Requêtes de notre Hôtel & du Palais; cinquante livres aux Présidiaux, Bailliages, Sénéchaussées; trente-cinq livres en nos Châtellenies, Prévôtés, Vicomtés, Elections, Greniers à Sel, & aux Justices des Seigneurs, tant des Duchés Pairies, qu'autres ressortissant nûment en nos Cours; & vingt-cinq livres aux autres Justices des Seigneurs: le tout applicable, savoir, moitié à nous, ou aux Seigneurs dans leur Justice, & l'autre moitié à la Partie, sans que les amendes puissent être remises ni modérées. *Art.* 29.

Outre les condamnations d'amende, le Juge récusé pourra demander réparation des faits contre lui proposés, que nous voulons lui être adjugée, suivant sa qualité & la nature des faits; auquel cas néanmoins il ne pourra demeurer Juge. *Art.* 30.

de Jurisdiction; & la qualité des faits, allégués contre le Juge, peut outre cela autoriser sa demande de réparation; auquel cas néanmoins il ne peut demeurer Juge, quand même la réparation auroit été payée; parce que la demande de réparation annonce que le Juge, touché de l'insulte qui lui a été faite, peut conserver quelque haine ou prévention contre la Partie.

Au reste, il est juste de punir sévèrement, par de fortes amendes, les récusations mal-fondées, dans le cas même où elles ne sont pas injurieuses. C'est le seul moyen d'empêcher les Plaideurs de retarder par cette voie le cours de la Justice, & de faire des tentatives qui peuvent n'avoir pour motif que d'exclure un Juge dont on connoît les lumières & l'intégrité.

42. L'article 27, qui concerne les appellations, défend de les appointer, étant nécessaire qu'un appel de cette nature soit vidé promptement : d'où il résulte également que

l'incident de récusation ne peut pas être appointé dans le premier Tribunal, comme nous l'avons observé.

Mais s'il intervient une Sentence définitive ou interlocutoire sur le procès qui a donné lieu à la récusation, & s'il y en a appel, les deux appellations doivent être jointes pour y être fait droit conjointement, à cause de l'entière connexité, & pour empêcher la multiplication inutile des procédures.

Par Arrêt du Parlement de Paris, du 27 Mai 1707 (*a*), il a été décidé, en point de droit, que le Juge récusé ne doit point être intimé dans l'appel de la Sentence qui déboute de la récusation. M. l'Avocat-Général donna, pour motif, la maxime qu'un Juge ne peut être intimé que par la voie de la prise à Partie.

43. Pour que la visitation du procès, & les opinions soient parfaitement libres, & ne puissent en aucune

(*a*) Journal des Audiences.

manière être gênées, le Juge valablement récusé, est obligé de se retirer de l'Audience ou de la Chambre, lors du Jugement du procès pour lequel il est incompétent; & s'il est le Président, le procès, en cas qu'il soit appointé, sera distribué par un autre Juge. (*a*)

44. L'entrée du lieu de la Séance, lors du Jugement du procès, est également défendue aux Officiers des Cours & Jurisdictions qui sollicitent pour leurs parens. Ils ne peuvent pas même solliciter dans le lieu de la Séance, mais seulement aux maisons des Juges. Si néanmoins ils ont un procès en leur nom, ou pour leurs pere, mere, enfans ou mineurs, dont ils sont tuteurs ou curateurs, on peut les entendre par leur bouche, sans pouvoir néanmoins, sous ce prétexte ou quelqu'autre que ce soit, après avoir été ouis, demeurer en la Chambre & lieu de l'Auditoire. (*b*)

(*a*) *Art. 15 & 16.*
(*b*) *Art. 14.*

Enfin

Enfin la Loi ne leur permet de ſolliciter les Juges du Tribunal dont ils ſont Officiers, que pour leurs procès & ceux de leurs enfans, pere, mere, oncle, tante, neveux ou nièces & mineurs, dont ils ſont tuteurs ou curateurs (*a*). Il leur eſt défendu de ſolliciter pour aucune autre perſonne, ſous peine d'être privés de l'entrée de la Cour ou Juriſdiction, & de leurs gages pour un an. (*b*)

Ces diſpoſitions étoient néceſſaires pour prévenir les effets du crédit & des liaiſons que les Officiers ont toujours dans leur Tribunal.

45. Ce que nous avons dit de la récuſation des Juges, s'applique à ceux qui rempliſſent les fonctions du Miniſtère public. Mais les Auteurs diſtinguent s'ils ſont ſeuls Parties, au civil ou au criminel, ou ſi leurs fonctions ſe bornent à donner des concluſions. On convient qu'en ce dernier cas, la récuſation peut

(*a*) *Art.* 13.
(*b*) *Art.* 14.

être reçue, comme pour les fonctions de Juge. Mais on prétend que lorſqu'un Procureur du Roi ou un Procureur-Fiſcal eſt ſeul Partie, il ne peut pas être récuſé, de même qu'en général on ne peut pas récuſer la Partie adverſe, dans le cours des procédures ordinaires, civiles ou criminelles.

Cette propoſition ne peut être admiſe dans notre Uſage, que pour les procédures civiles qui n'intéreſſent point l'ordre public. Un Procureur du Roi pour les affaires du Domaine, s'il eſt ſeul Partie, & un Procureur-Fiſcal pour les droits de la Seigneurie, pourra faire les pourſuites, quoique récuſable, parce qu'il n'a alors que le caractère de Partie ou de Procureur *ad lites*.

Mais dans les procédures criminelles que le Miniſtère public pourſuit ſeul, & même au civil dans les affaires de Police, il s'agit auſſi parfaitement de la fonction publique, que ſi l'affaire étoit pourſuivie par une Partie civile, auquel cas ſans

doute la Partie publique ne donneroit que des conclusions, & pourroit être récusée. Dans les affaires qui intéressent la vengeance publique ou le repos des Citoyens, quoiqu'il n'y ait point de Partie civile, le Procureur du Roi, ou le Procureur-Fiscal ne procède, en Bretagne, que par la voie de remontrance ou de conclusions. Ce n'est point comme Partie, c'est comme Magistrat chargé de la défense publique, qu'un Procureur du Roi ou M. le Procureur-Général procède. Cette fonction redoutable doit être dégagée de tous les motifs de suspicion qu'on peut avoir contre des Juges. Aussi dans l'usage constant du Parlement, qui sert de règle pour tous les Tribunaux inférieurs, jamais M. le Procureur-Général, ni MM. les Avocats-Généraux, ne font de poursuites dans les affaires publiques où ils sont seuls Parties, lorsque leurs parens, leurs débiteurs, ou ceux contre qui ils ont des procès, sont intéressés. Ils

se déportent comme les Juges. Quand même cet usage, qui est constant, seroit douteux, il seroit nécessaire de le pratiquer pour le bien de la Justice, & pour l'honneur de la Magistrature. (*a*)

L'article 23 du titre 1er de l'Ordonnance des évocations de 1737, n'est point contraire à ces principes. Il défend d'évoquer du chef des parens & alliés des Procureurs-Généraux, lorsqu'ils ne seront Parties que comme exerçant le Ministère public. Le motif est qu'ils n'ont aucun intérêt personnel, de même que les Juges n'en ont point dans leurs fonctions. Ainsi cet article ne peut servir qu'à confirmer notre Usage sur la récusation ou le déport du Procureur-Général ou du Procureur du Roi récusable, comme de tout autre Magistrat.

(*a*) *V.* du Roussaud de la Combe, *part.* 2, *Ch.* 4, *n.* 11, & les motifs que donne Bruneau, *Tit.* 3, *Maxime* 11, pour prouver la nécessité d'admettre la récusation contre le Procureur du Roi ou le Procureur-Fiscal, comme contre le Juge.

V. le Code Criminel, *tit.* 24, *art.* 2, où les raisons contraires sont rapportées.

46. Les Greffiers ne faisant aucune fonction de Juge, le mot de *Récusation* ne convient qu'improprement, lorsqu'on a un juste motif de suspicion contre un Greffier. Quoiqu'il ne soit considéré que comme la main du Juge, son ministère est extrêmement important. Ainsi les motifs de récusation, qui peuvent exclure un Juge, doivent être admis pour faire commettre un autre aux fonctions du Greffier, dans l'affaire particulière pour laquelle il est suspect. Il suffit, pour cela, de présenter une Requête aux Juges; & dans la véritable règle, en matière civile, la nomination de celui qui doit faire la fonction de Greffier est ordonnée à l'Audience, contradictoirement avec la Partie adverse ou sur son défaut. En matière criminelle, la Requête étant communiquée à la Partie publique, les Juges y font droit sur ses conclusions.

On voit dans Denisart (*a*) une

(*a*) Au mot *Greffe*, *n.* 16 *& suiv.*

variation de Jurisprudence, sur la question de savoir si la procédure est nulle, par la proche parenté du Greffier & d'une des Parties. Il est certain que la fonction du Greffier est fort importante, sur-tout dans les procédures criminelles. Outre qu'il peut en dévoiler le secret à celui à cause duquel il est récusable, un seul mot glissé ou omis avec affectation, soit dans une déposition, soit dans un interrogatoire, soit dans quelqu'autre partie de la procédure, peut être décisif pour ou contre l'accusé; & il peut arriver facilement que le Juge ne s'apperçoive pas de la surprise faite par le Greffier.

Mais l'Ordonnance ne prononce rien à cet égard; & nous n'avons point de Jurisprudence sur cette question. Je ne crois pas qu'en matière civile, le moyen de nullité pût réussir, à moins que la récusation n'eût été formée par la Partie; auquel cas tout ce qui auroit été fait au préjudice d'une récusation bien

fondée, feroit caſſé. Hors ce cas je crois qu'on ſe détermineroit par le motif, que la fraude & l'infidélité du Greffier ſont moins à craindre en matière civile qu'en matière criminelle.

47. Tout ce que nous avons dit ſur les récuſations, prouve la différence eſſentielle qui eſt entre cet incident & l'exception déclinatoire.

Le déclinatoire a pour objet l'incompétence de Juriſdiction, & il tend à dépouiller le Tribunal & le Juge de la connoiſſance du procès civil ou criminel.

Au contraire, la récuſation eſt une reconnoiſſance de la compétence du Tribunal; & elle a pour ſeul objet de faire déclarer tel Juge incompétent.

Il réſulte de-là une autre différence. La procédure volontaire dans un Tribunal qui n'eſt incompétent qu'accidentellement, établit une fin de non-recevoir, contre le déclinatoire, en matière civile, parce qu'il en réſulte une prorogation tacite de Juriſdiction, nonobſtant

l'incompétence accidentelle. Nous avons vu ci-dessus ce qui a lieu à cet égard en matière criminelle.

Au contraire, la procédure volontaire devant un Juge récusable, n'empêche pas la récusation en tout état de cause, en faisant l'affirmation dont parle l'article 21, n'étant pas juste que l'ignorance d'une Partie la prive d'une ressource si légitime, contre un Juge qui ne doit pas connoître du procès, & que la Loi obligeoit même de se déporter, sans attendre la récusation.

CHAPITRE XI.

De la Preuve par écrit.

SOMMAIRE.

1. *De l'ancienne maxime, que* témoins passent lettres.
2. *La preuve par écrit l'emporte sur la preuve par témoins, & la rend non-recevable entre les contractans & ceux qui les représentent seulement.*
3. *Effets du certificat authentique donné par une personne publique.*

4. *Effets des pièces & lettres missives, principalement dans les affaires de commerce.*
5. *De l'abus de confiance à l'égard des lettres missives, & des lettres interceptées.*
6. *Effet de l'énonciation des titres & pièces dans un Jugement.*
7. *Distinction entre le Jugement qui sert de titre, & celui qui est seulement relatif au titre.*
8. *De la reconnoissance par un nouvel acte.*
9. *De la preuve par les Livres des Marchands.*

1. Dans les siècles d'ignorance, la maxime du Droit François étoit que *témoins passent lettres*, c'est-à-dire, que la preuve par témoins l'emportoit sur la preuve par écrit; maxime aussi dangereuse qu'injuste.

2. Au contraire, depuis long-temps la preuve par écrit l'emporte sur la preuve par témoins, & la rend même non-recevable. Mais il faut pour cela que le titre qui forme cette preuve, soit du fait de celui contre qui on la fait valoir, ou de ceux dont il a les droits. Car l'acte passé avec un tiers ne pourroit faire de preuve que contre celui-ci, &

contre ceux qui le repréſenteroient. Ses déclarations n'auroient pas même la force de témoignage, & ne pourroient être conſidérées que comme des déclarations extrajudiciaires, toujours ſoupçonnées d'ajuſtement.

Ces principes généraux ſont certains. Mais ils peuvent être ſans application, ou être du moins affoiblis par les circonſtances.

3. Premièrement, dans tous les cas où une perſonne publique a eu un caractère pour atteſter un fait, le certificat, en forme authentique, qu'elle donne, fait une preuve entière, de même que tous les actes rapportés par un Officier public dans ſes fonctions.

4. 2° Dans les affaires compliquées, & principalement dans celles de commerce, les pièces, les lettres miſſives, même écrites par des tierces perſonnes, peuvent être d'un grand poids, & même déterminer la déciſion. Il n'eſt pas poſſible d'apprécier à cet égard, le degré de preuve que peuvent produire des

pièces de cette nature. Car il dépend néceſſairement des circonſtances de l'affaire dans laquelle elles ſont produites.

5. Mais il y a une obſervation importante à faire ſur les lettres miſſives, qu'on produit ſouvent avec beaucoup d'indiſcrétion dans les procès.

Si les lettres ſont écrites à la Partie même qui les produit, & ſi elles n'ont pour objet que de prouver les faits même du procès contre celui qui les a écrites, on ne peut pas ſuppoſer un abus de confiance. Mais ſi ces lettres ne contiennent que des faits particuliers confiés à un ami qui n'eſt Partie ni intéreſſé dans un procès, quelque injurieux qu'ils puiſſent être pour d'autres perſonnes, celui qui produit les lettres ſans néceſſité, abuſe évidemment de la confiance de celui qui les a écrites; & ſi l'Adverſaire, outragé dans ces lettres, vouloit attaquer celui qui les a écrites, il n'y ſeroit pas admis, ſi l'objet des lettres n'avoit pas été

évidemment de l'inſtiguer ou de le déshonorer. Car on conſidère une lettre miſſive, comme une converſation de confiance qui ne doit pas être révélée.

Si la lettre eſt injurieuſe à celui même à qui elle eſt écrite, c'eſt ſans doute un titre pour ſe plaindre, & pour exiger une juſte réparation, ſuivant les circonſtances; à moins qu'elle ne dût être conſidérée uniquement comme un conſeil donné, ſans eſprit d'injures, par une perſonne que l'amitié ou les devoirs de ſon état auroient engagé à le donner.

Mais ſi une lettre étoit interceptée, en ſorte qu'elle n'eût pu venir que par cette voie, à celui qui l'a produite, c'eſt un délit plus ou moins grave, ſuivant les circonſtances; & loin d'avoir égard à ces lettres, les Juges ordonnent qu'elles ſeront rendues.

On voit même dans le Journal des Audiences, un Arrêt du 9 Mars 1645, qui ordonna que la lettre

écrite à un tiers par un Avocat, feroit remise à cet Avocat, qui fut déchargé des poursuites faites contre lui, à cause des termes injurieux que cette lettre contenoit contre d'autres que celui à qui la lettre avoit été écrite, & qui l'avoit remise à ces Parties. (*a*)

Cela n'est point contraire à un Arrêt du Parlement de Rouen, du 26 Juin 1760, qui jugea diffamatoire une lettre missive, injurieuse à une femme, que son cousin avoit écrite à l'oncle de cette femme. Il fut condamné à des dommages & intérêts, & la lettre fut lacérée.

Le motif fut que le cousin n'ayant aucun droit de veiller sur la conduite de la femme, la lettre qu'il écrivoit à l'oncle, ne pouvoit être considérée que comme un outrage fait à cette femme.

On pourroit même ajouter que celui qui écrivoit la lettre à l'oncle, ne pouvoit pas douter qu'il ne la fît

(*a*) *V.* les Arrêts des 3 Août 1735, & 11 Août 1760, dans Denisart, aux mots *Lettres missives*, & le Code Criminel, *Tit.* 1, *art.* 12, *n.* 43.

voir à ſa nièce ; qu'ainſi c'étoit la même choſe que ſi elle eût été écrite directement à cette femme.

L'Arrêt étant rapporté très-ſommairement à la fin d'une édition de la Coutume de Normandie, on ne peut pas faire d'autre raiſonnement ſur ſes motifs, qui devoient néceſſairement dépendre de la nature des faits & de l'objet de la lettre. Car ſi un proche parent inſtruit des mauvais bruits qui ſe répandent ſur la conduite d'une femme, en donnoit avis au pere, à la mere ou à l'oncle, dans la ſeule vue de les mettre en état d'approfondir les faits, & de prévenir le déshonneur qui pourroit en réſulter, la déciſion ne ſeroit pas la même. Si c'étoit au mari que la lettre fût écrite, je crois que le procédé ne pourroit pas être excuſé, n'étant jamais permis de troubler la paix entre deux époux, ni de faire rien qui puiſſe flétrir l'honneur du mariage.

Pour éclaircir entièrement cette matière, je vais rapporter l'eſpèce

d'un Arrêt du mois de Mars 1666, rendu au Parlement de Toulouse. (a)

David Devolutaire ayant été maintenu par Arrêt, au plein possessoire de deux Prébendes Canoniales de Viennes, contre Buffevant, à cause de l'incompatibilité avec un Canonicat de Romans, dont celui-ci étoit pourvu, Buffevant prit Requête civile, fondée sur ce qu'il avoit résigné le Canonicat de Romans dans les six moix de la provision, & qu'il n'avoit tenu qu'au résignataire de se mettre en possession. Il soutint qu'il avoit abandonné entièrement ce Bénéfice, & qu'il n'avoit joui d'aucuns fruits.

Ce fait étoit faux. Car avant le commencement du procès, Buffevant avoit écrit à Cabrol, Procureur, deux lettres dans lesquelles il avouoit qu'il possédoit les deux Bénéfices depuis dix ans; & il prioit Cabrol, au cas qu'il se trouvât Procureur de sa Partie adverse, de remettre ces lettres entre les mains

(a) Catellan, *Liv. 9. Ch. 4.*

d'un des trois Procureurs qu'il indiquoit. David eut d'abord Cabrol pour Procureur, dans l'étude duquel il trouva ces lettres dans une liasse de papiers inutiles. Ensuite il prit un autre Procureur, & se servit de ces lettres missives contre Buffevant. Cabrol se joignit à Buffevant, pour faire ordonner que les lettres lui seroient rendues; & par l'Arrêt de 1666, après partage, cela fut ordonné. Il fut fait inhibitions & défenses à toutes Parties, de prendre, des études des Procureurs, des actes sans leur su & consentement, & ordonné qu'en ce cas les Parties ne pourroient pas s'en servir.

Je ne m'arrêterai pas aux différentes questions qui peuvent naître de la preuve par écrit. Il faudroit pour cela traiter la matière immense des contrats.

6. Mais je crois devoir approfondir une question très-importante, sur laquelle on trouve un Acte de Notoriété du Châtelet de Paris, du 24 Avril 1700.

Il porte que l'énonciation des Sentences, ſur la lecture faite des pièces des Parties, ne prouve point l'exiſtence ni la validité des pièces; qu'elle ne donne & n'ôte aucun droit aux Parties, qui d'ailleurs ne ſont pas moins obligées, ou ſur les procès par écrit, ou en cauſe d'appel, de juſtifier de leurs titres, pour être contredits & examinés, tant ſur la forme que ſur le fonds, comme l'on auroit pu faire avant la Sentence.

En général les Jugemens, dont il n'y a point eu d'appel, ou qui ont été confirmés par Arrêt, ont la force de titres; & il eſt de maxime, que *res judicata pro veritate habetur.*

Mais cette maxime n'eſt point contraire à la diſtinction que je vais tâcher de développer.

7. Dans tous les cas où il s'agit de droits réels, le Jugement tient lieu de titre, lorſqu'il eſt paſſé en force de choſe jugée, par l'acquieſcement, par la confirmation ou par la longue poſſeſſion.

Il en eſt de même pour les condamnations perſonnelles, lorſque le Jugement n'eſt pas fondé ſur une obligation par écrit. Car alors le Jugement eſt le titre même, ſoit de l'obligation, ſoit de la condamnation. Au contraire, lorſque le Jugement eſt fondé ſur une obligation par écrit, le titre de la créance réſide toujours dans cette obligation. Le Jugement en atteſte ſeulement la légitimité & en ordonne l'exécution.

Il eſt donc néceſſaire que cette obligation exiſte, pour que la condamnation de la payer ait quelque effet. Il eſt poſſible qu'un billet ſous ſeing privé, ait été acquitté depuis la Sentence; ou bien le billet peut n'être pas de l'écriture de celui qui a été condamné. Quand même l'écriture auroit été vérifiée, le billet peut néanmoins être attaqué par la voie de faux; & enfin la groſſe ou la minute d'un acte, ſur lequel la condamnation eſt intervenue, peut être inſcrite en faux; & c'eſt même

un moyen de Requête civile contre un Arrêt.

Ainsi tout se réunit pour la nécessité de produire le titre de la créance, sans que la production du Jugement de condamnation puisse suffire. On n'en seroit dispensé qu'en des cas singuliers de perte, soustraction ou impossibilité absolue de produire le titre de l'obligation.

8. Si la dette a été reconnue par un nouvel acte, celui-ci devient un titre suffisant qui dispense de produire le titre primordial.

9. Les Livres des Marchands forment-ils une preuve par écrit en leur faveur, comme ils la forment contre eux, lorsque la Partie adverse déclare y prendre droit ?

La maxime *nemo sibi ascribit*, combat cette prétention en général; & les Auteurs ne s'accordent pas sur le degré de preuve que doivent avoir ces Livres. Ils distinguent tous avec raison, s'il s'agit d'affaire de commerce entre Marchands, ou de simple livraison faite à celui qui n'est

pas Marchand, ou même à un Marchand hors le cas d'une négociation de commerce.

Dans la variété d'opinions & de décisions que Danti a amplement discutées (*a*), je ne puis pas prendre d'autre parti, que de faire les raisonnemens qui me paroissent les plus conformes à l'équité, à la bonne foi du commerce, & à la nécessité où les Négocians se trouvent si souvent de faire des envois & des livraisons très-considérables, sans exiger des obligations par écrit.

Le point fondamental de tout ce que je vais dire, est que le Négociant ait des Livres dans la forme prescrite par l'Ordonnance de 1673 (*b*). Quoique cette Loi si sage, soit très-mal observée, dans cette partie si essentielle, & qu'ainsi ceux qui ont des Livres non cotés, signés & paraphés à chaque feuillet, soient excusables par l'abus général, cependant la contravention à la Loi

(*a*) Sur Boisseau, de la preuve par témoins, part. 2. chap. 8.
(*b*) Tit. 3.

doit les priver de l'avantage si grand de se faire un titre par des Livres qu'il est si facile d'ajuster & même de fabriquer après coup : le serment du débiteur est la seule ressource du créancier, dans les cas où la preuve testimoniale ne peut pas avoir lieu.

Ainsi il paroît que l'équité se réunit à la Loi, pour priver ces Livres informes de tout degré de preuve; & même entre Négocians, ils ne doivent être regardés, que comme des mémoires instructifs sur les différentes négociations, qui ne peuvent avoir de force, qu'autant qu'ils s'accordent avec les lettres & les autres pièces de correspondance.

La question se réduit donc aux Livres qui sont dans la forme prescrite par l'Ordonnance.

Premièrement, quand il s'agit de vente faite à autres qu'à un Marchand, & en général, s'il n'est point question de commerce entre Marchands, quoique celui qui reçoit la marchandise, soit Marchand, les

motifs de la faveur & de la célérité du commerce ceſſent abſolument. Le Marchand qui vend en gros ou en détail, eſt le maître de faire ſigner par l'Acheteur ſur ſon Livre, ou d'exiger une obligation. S'il ne le fait pas, il ſuit la foi de l'Acheteur. Ainſi il paroît être dans le Droit commun, qui ne permet pas au créancier de ſe faire un titre de créance, parce qu'il eſt écrit ſans la participation du débiteur; & dans la rigueur du droit, il ne pourroit avoir que le ſerment du débiteur.

Mais cependant cette rigueur peut être adoucie par l'équité, ſuivant les circonſtances.

Un Marchand qui n'a jamais fait de faillite, qui a une réputation entière de probité, qui offre ſon ſerment au ſoutien de ſa demande, ſera facilement écouté, lorſqu'il agit dans l'an contre le débiteur qui ne conteſte pas la livraiſon, & qui dit ſeulement qu'il a payé, ſans repréſenter de quittance.

Si le débiteur conteſtoit la livraiſon,

le Marchand qui a une présomption, parce qu'il a écrit sur son Livre en bonne forme, pourroit être admis à la preuve par témoins de la livraison, quoiqu'au-dessous de 100 livres. Cette preuve supplétive, réunie au Livre en bonne forme, & soutenue du serment, levera toute difficulté; de même qu'on le pratique à l'égard des Médecins, Chirurgiens & Apothicaires, pour le détail des visites, des traitemens & des remèdes, dont leurs livres, soutenus du serment supplétif, servent de preuve, lorsqu'il n'y a pas de contestation générale sur la réalité des visites & des traitemens, & qui seroient admis à les prouver par témoins, en cas qu'on les contestât absolument.

Dans les affaires de commerce entre des Marchands & Négocians, comme le plus souvent il est impossible de prendre les mêmes précautions qui sont faciles à l'égard de tout Acheteur non Marchand, il est nécessaire de donner plus de force

aux Livres tenus ſuivant l'Ordonnance du commerce ; & ſur cela il peut ſe préſenter deux eſpèces différentes, la première, ſi le demandeur eſt le ſeul qui ait des Livres en bonne forme ; la ſeconde, ſi le défendeur en a pareillement.

Au premier cas, le défendeur étant en faute, tout eſt en faveur du demandeur ; & s'il eſt d'une bonne réputation, ſes Livres étant en règle, écrits de ſa main ou de celle de ſon Commis, avec expreſſion de la date & de la cauſe de la dette, la condamnation, ſous ſon ſerment ſupplétif, ne ſouffrira pas de difficulté.

Il y en aura ſans doute davantage, dans le cas où le défendeur auroit également des Regiſtres en bonne forme qui porteroient la ſuite de ſes négociations, ſans qu'il y eût rien qui pût établir la créance du demandeur. Cependant, lorſque la réputation du demandeur ſe réunit avec les autres circonſtances, dont on vient de parler, & qu'il n'y a aucune ſuſpicion, le ſentiment commun

mun est que la preuve par les Livres, appuyée du serment supplétif, est suffisante, parce qu'il y a une espèce de société tacite entre ceux qui font ensemble commerce de la même marchandise, & qu'on présume qu'ils se font souvent crédit les uns aux autres. (*a*)

Si le Marchand est mort, ses Livres auront encore beaucoup plus de force.

(*a*) *V.* Devolant, lettre P, *chap.* 4, & Sauvageau, L. 1, *Chap.* 7.

CHAPITRE XII.

Des compulsoires & collations de pièces, & de la vérification d'écritures.

SOMMAIRE.

1. *Définition & différence entre le compulsoire & le simple collationné.*
2. *De son effet contre un tiers qui n'a pas été appellé.*
3. *Forme de l'assignation.*
4. *Différence entre les compulsoires & les*

délivremens qu'un Notaire ou un Greffier fait sur ses minutes.

5. *De la tierce personne qui demande ces délivremens d'actes de Notaires.*
6. *Ou des expéditions d'un Greffe.*
7. *Ou des Registres de baptême, mariage, &c.*
8. *Assignation au Procureur adverse, si les Parties sont en instance.*
9. *Procès verbal.*
10. *Du défaut du demandeur.*
11. *Forme du compulsoire au Parlement.*
12. *Du compulsoire, lorsqu'il n'y a pas d'instance liée.*
13. *De la vérification d'écriture privée. Edit de 1684.*
14. *Nulle nécessité d'inscrire en faux l'écriture privée.*
15. *Peine de celui qui dénie sa propre écriture.*
16, 18. *Procédure & Jugement.*
17. *De la vérification par témoins.*
19. *Du procès verbal du Juge, lorsqu'il y a plusieurs pièces, & de sa vacation.*
20. *De l'hypothèque.*
21. *Vérification d'écritures n'exclut pas la poursuite du faux.*
22. *Quelle vérification, par Experts ou par témoins, doit prévaloir.*
23. *Distinction.*
24. *Incertitude de la preuve par comparaison d'écritures.*
25. *Pourquoi elle a été admise.*

Les compulſoires & collations de pièces, & la vérification d'écritures, qui font l'objet du titre 12 de l'Ordonnance, ſont au nombre des preuves par écrit. Nous parlerons du degré de preuve que produit la vérification d'écritures, après avoir expoſé la procédure du tit. 12 & de l'Edit de 1684, qui a ſuppléé à ce que ce titre avoit de défectueux ſur la vérification par la comparaiſon d'écritures.

1. Le compulſoire ou collation de piéces eſt la copie qui ſe fait d'une pièce, pour avoir la forme probante entre les Parties préſentes ou dûment appellées, & pour ſervir en Juſtice comme l'original. Il diffère du ſimple collationné, en ce que le collationné, fait par un Officier public, hors la préſence de l'autre Partie, & ſans qu'elle y ait été appellée, n'eſt qu'une copie inſuffiſante pour faire preuve en Juſtice, lorſqu'elle eſt conteſtée.

2. Mais le compulſoire n'a point le caractère d'authenticité, contre

un tiers qui n'y a point été appellé. Comme on ne l'a pas mis en état d'examiner l'original ſur lequel la copie compulſée a été faite, elle n'a contre lui que l'effet d'un collationné, qu'il peut conteſter juſqu'à la repréſentation de l'original.

Cette propoſition ſouffre des exceptions. (*a*)

Premièrement, le compulſoire a tout ſon effet contre les héritiers & cauſe-ayans de la Partie qui y a été appellée.

2° Un ancien compulſoire, fait avec les Parties intéreſſées, pourroit avoir acquis la force de titre, contre tous autres qui n'auroient point de poſſeſſion contraire à ce qui eſt porté dans le titre compulſé.

Cela pourroit même avoir lieu, ſuivant les circonſtances, pour un compulſoire nouveau. Par exemple, mon Adverſaire a produit un titre déciſif en ma faveur. Je n'ai pu le faire compulſer qu'avec lui; & le

(*a*) *V.* la ſavante diſſertation de du Moulin ſur cette matière, art. 8 de la Coutume de Paris, qui eſt l'art. 5 de l'ancienne.

compulſoire a été fait dans la forme la plus exacte. L'affaire étant terminée, mon Adverſaire retire ſes ſacs & me met dans l'impoſſibilité de me ſervir de ſon original. Enſuite un tiers me fait un procès auquel le compulſoire de ce titre m'eſt utile. Il ne ſera pas traité comme un ſimple collationné; & ce tiers ne pourra pas me reprocher de ne l'avoir point aſſigné au compulſoire, puiſque je ne pouvois avoir aucun motif de l'y aſſigner lorſqu'il a été fait. Ainſi je crois qu'en ce cas il faudroit que ce nouvel Adverſaire articulât quelques moyens de ſuſpicion contre le titre compulſé. La poſſeſſion contraire à ce titre pourroit être un des plus forts moyens, après le caractère de faux, par anachroniſme ou autrement, qui ſont des moyens déciſifs, & dont il y a bien des exemples, à l'égard de titres très-anciens dont on a des *vidimus* ou compulſoires remontans à pluſieurs ſiècles.

3. L'article premier du titre 12,

en abrogeant une ancienne forme, porte que les assignations, pour assister aux compulsoires, seront données à comparoir au domicile d'un Greffier ou Notaire, soit que les pièces qui doivent être compulsées, soient en leurs mains ou entre les mains d'autres personnes.

Sur ces derniers mots, il faut faire une distinction qui est reçue universellement dans l'usage.

4. Si les pièces ne sont pas des minutes du Notariat ou du Greffe de celui qui doit faire le compulsoire, c'est en ce cas que l'assignation à la Partie adverse, pour le compulsoire, est nécessaire; parce que le Notaire ou le Greffier n'a de caractère pour délivrer les grosses, que des minutes de son Notariat ou de son Greffe. Ainsi il en seroit de même, quand le Greffier ou le Notaire se trouveroit avoir dans ses possessions, par grosses ou par minutes, les actes d'un autre Greffe ou d'un autre Notariat.

Au contraire, pour les minutes du

Greffe ou du Notariat dont le Greffier ou le Notaire fait les fonctions, il n'eſt pas beſoin d'aſſignation pour le compulſoire ; parce que ces Officiers ont le caractère pour en délivrer des groſſes, qui ſont authentiques, & qui font foi juſqu'à l'inſcription en faux.

5. Mais lorſqu'une tierce perſonne, qui n'eſt point Partie dans l'acte, par lui ou par ſes auteurs, veut obliger le Notaire qui l'a rapporté, de lui en délivrer une groſſe, il faut obtenir, ſur ſimple Requête, un commandement du Juge du lieu, ou un Arrêt.

6. Cela n'eſt pas néceſſaire à l'égard des Greffiers, qui doivent délivrer, à toutes perſonnes, des expéditions de leur Greffe, ſans commandement ni ſommation ; parce qu'ils ne ſont pas comme les Notaires, que les Parties peuvent avoir choiſis par confiance, & qui ne doivent rien faire contre le ſecret qu'ils leur doivent.

7. Les Curés ſont également tenus

de délivrer, ſans commandement ni ni ſommation, les extraits des Regiſtres de baptêmes, mariages & ſépultures (*a*).

8. L'aſſignation pour le compulſoire, extrait ou collation de pièces, & pour les autres procédures qui y ſont relatives, peut être donnée au domicile du Procureur adverſe, ſi les Parties ſont en inſtance ſur laquelle doit être fait le compulſoire (*b*).

9. Une heure après l'échéance de l'aſſignation, dont le lieu, le jour & même l'heure, doivent être marqués dans l'exploit, le Procès verbal de compulſoire & collation peut être commencé, ſur le défaut de la Partie adverſe; & il en doit être fait mention dans le Procès verbal (*c*).

10. Mais ſi le demandeur ne comparoît pas à l'aſſignation, ou Procureur pour lui, il doit, en nature de frais préjudiciaux, à la Partie

(*a*) Ordonnance, *Tit.* 20, *art.* 18.
(*b*) *Art.* 4.
(*c*) *Art.* 2.

qui a comparu, pour ses dépens, dommages & intérêts, 20 liv., & les frais de son voyage s'il en échet (*a*).

Le sentiment commun, & le plus conforme à l'équité, est que si le défendeur comparoît, & a intérêt que le compulsoire soit fait, il peut le requérir, sur le défaut du demandeur, lorsqu'il est possible de le faire, c'est-à-dire si la pièce n'est pas entre les mains du demandeur défaillant.

11. Par l'usage du Parlement, lorsqu'on arrête des pièces dont on veut tirer avantage contre la Partie qui les a produites ou communiquées, & qui par-là les a rendues communes à toutes les autres Parties, on assigne le Procureur au Parquet des Huissiers, pour qu'il en soit fait un Procès verbal de compulsoire.

Il n'est pas même besoin pour cela d'Arrêt qui ordonne le compulsoire : au lieu que pour les compulsoires qui se font, suivant l'Ordonnance, chez un Greffier ou un

(*a*) *Art. 2.*

Notaire, l'usage est de le faire ordonner par un Jugement, quoique la Loi ne l'exige pas.

12. Le compulsoire peut être requis par une demande principale, & il s'ordonne, en ce cas, par un Jugement rendu Partie présente ou dûment appellée. Mais l'article 4 du titre 12, prouve que celui dont parle l'Ordonnance, est demandé incidemment à un Procès subsistant; puisqu'elle autorise l'assignation donnée au domicile des Procureurs, comme si elle étoit donnée au domicile de la Partie. Cependant en ce cas, la procédure de compulsoire, dont nous venons de parler, est détachée du Procès pendant entre les Parties; & ensuite on y communique ou on produit le Procès verbal de compulsoire, comme tout autre titre.

13. Au contraire, la vérification d'écritures est une procédure d'instruction du Procès, qui a pour objet l'exécution d'une obligation, ou de donner à une pièce le caractère

authentique qui lui manque. Mais l'Ordonnance n'ayant pas rempli tout ce qui est nécessaire, il y a été suppléé par l'Edit du mois de Décembre 1684.

La vérification d'écritures n'a lieu que pour les écritures privées; parce que les actes publics, c'est-à-dire ceux qui sont rapportés par des personnes publiques dans leurs fonctions, portent avec eux le caractère d'authenticité. Au contraire, l'écriture privée étant contestée, sa vérité ne peut être certaine que par la vérification qui en est faite en Justice.

14. De-là il résulte qu'il n'est pas besoin d'inscrire en faux la signature privée, & qu'il suffit de la contester; au lieu que la signature publique étant vérifiée par le seul caractère d'authenticité qu'elle a, elle fait foi jusqu'à l'inscription en faux.

15. Mais celui qui dénie sa propre écriture ou signature, est néanmoins inexcusable; & l'article 11 de l'Edit, prononce contre lui des amendes, suivant les degrés de

Jurisdictions; savoir, 100 livres dans les Cours, & 50 livres dans les autres Siéges, outre les dépens, dommages & intérêts des Parties.

16. Quand le créancier a fait donner copie de l'écriture privée, avec l'exploit d'assignation, & qu'il a déclaré, par l'exploit, qu'après un délai, qui doit être au moins de trois jours, il demandera à l'Audience que le billet soit tenu pour reconnu. Si le défendeur laisse défaut, le Juge ordonne que le billet demeurera pour reconnu, & que les Parties viendront plaider sur le principal dans les délais ordinaires (*a*).

Nous ne connoissons point, dans l'usage, cette différence de délais. Quand le défendeur laisse défaut sur l'assignation, le jugement au principal donne l'écriture pour reconnue; & notre procédure à cet égard, dans tous les Tribunaux, est aussi simple que dans les Jurisdictions Consulaires, où, suivant la Déclaration du 15 Mai 1703, on peut obtenir,

(*a*) *Art. 1 & 2 de l'Edit.*

pour des billets ſous ſignature privée, des condamnations en la manière ordinaire, ſans être aſtreint aux diſpoſitions de l'Édit de 1684.

Mais auſſi, lorſque le défendeur conteſte la ſignature, les Juges Conſuls ſont obligés, par la même Loi, de renvoyer les Parties devant les Juges ordinaires, pour y procéder à la vérification.

Si le défendeur conteſte, par ſes défenſes, la vérité de l'écriture ou ſignature, le demandeur doit, ſans aucune ordonnance de Juge, l'aſſigner par un ſimple acte devant le Juge, pour procéder à la vérification (*a*).

Si l'affaire n'eſt pas appointée, la vérification ſera faite devant l'un des Juges qui auront aſſiſté à l'Audience, & qui ſera commis ſuivant l'ordre du tableau. Il en eſt de même ſi le Procès appointé n'eſt pas diſtribué; & s'il eſt diſtribué, le Rapporteur doit être commis (*b*).

(*a*) *Art.* 3 de l'Édit.
(*b*) *Art.* 4 de l'Edit, *T.* 12, *art.* 5.

Au reste, nous ne pratiquons point la disposition de l'article 5 du titre 12 sur la compétence du Juge Royal. Le Juge ordinaire de Seigneur est compétent, sans distinction, pour la reconnoissance ou vérification d'écritures.

Si le défendeur ne comparoît pas à l'assignation donnée pour la vérification, la pièce est présentée au Juge, & paraphée par lui. Le Juge donne défaut, dont le profit est que la pièce sera tenue pour reconnue, si le demandeur prétend qu'elle est écrite ou signée du défendeur; & en ce cas le Juge ne prend point de vacations (*a*).

Si au contraire le demandeur prétend que la pièce soit d'une autre main, il doit nommer un Expert; & le Juge en nomme un autre pour procéder à la vérification sur des écritures publiques & authentiques qui seront représentées par le demandeur (*b*).

(*a*) *Art.* 5 & 6 de l'Edit.
(*b*) *Art.* 7 de l'Edit, *T.* 12, *art.* 7.

17. L'article 7 de l'Ordonnance, permet aussi de faire en ce cas la vérification par témoins; & depuis un Arrêt du 12 Août 1734, rapporté au Journal du Parlement (*a*), il est de maxime que la vérification par témoins a lieu, non-seulement dans la procédure par défaut, mais encore dans la procédure contradictoire.

18. Lorsque le défendeur compare, l'écriture privée doit être présentée devant le Juge, paraphée par lui, & communiquée en sa présence à la Partie. Les Parties conviennent d'Experts & de pièces de comparaison; & si l'une des Parties refuse de nommer un Expert, le Juge en nomme pour elle (*b*).

19. Quoiqu'il y ait plusieurs pièces à vérifier, si la vérification se fait en même temps & à la requête de la même Partie, le Juge ne doit dresser qu'un Procès verbal pour la vérification de toutes les pièces; &

(*a*) *Tome 1, chap. 8.*
(*b*) *Titre 12, art. 6, 8 & 9, art. 5 & 8* de l'Edit.

la vacation eſt d'un écu aux Conſeillers de Cours Souveraines, 2 liv. aux Officiers des Préſidiaux, 20 ſ. aux Juges Royaux ou des Seigneuries (*a*) reſſortiſſantes directement aux Cours, & 15 ſols aux Officiers des autres Juſtices de Seigneurs.

20. L'article 9 de l'Edit ne concerne pas la procédure. Il décide que l'hypothèque aura lieu du jour du Jugement, portant que la promeſſe ou billet ſeront tenus pour reconnus, s'il y a dans la ſuite condamnation du contenu dans ledit billet.

Cela eſt conforme à l'article 177 de notre Coutume; à l'exception qu'au moment de la reconnoiſſance ou dénégation faite en Jugement, notre article donne l'hypothèque, quoique le Jugement qui donne la pièce pour reconnue, ſoit poſtérieur.

Après l'expoſition de la procédure ſur la vérification d'écritures

(a) *Art.* 10 de l'Edit.

privées, je vais établir quelques propositions sur cette matière.

21. Premièrement, l'Ordonnance du Faux, de 1737 (*a*), admet la poursuite du faux principal & du faux incident, quoique la pièce ait été vérifiée avec le plaignant, pourvu qu'elle l'ait été à d'autres fins que celle d'une poursuite de faux principal ou incident. J'expliquerai le motif de cette Loi, au chapitre du Faux.

22. 2° Quoique l'Arrêt du 12 Août 1734, dont j'ai parlé ci-dessus, en admettant la vérification par témoins, n'ait pas décidé si cette preuve doit l'emporter sur la preuve contraire faite par la comparaison d'écritures, il paroît certain que la preuve par témoins doit prévaloir, en cette matière, sur l'opinion des Experts qui ont fait la vérification par la comparaison d'écritures. Sans traiter ici ce qui concerne cette preuve en matière criminelle (*b*), je

(*a*) *Titre 1, art. 2, & tit. 2, art. 2.*
(*b*) Voyez ce que je dis au liv. suiv. *chap.*

me borne uniquement aux matières civiles.

Dans tous les cas où la preuve par témoins eſt admiſe, il eſt certain que les dépoſitions de deux témoins irréprochables, claires, préciſes & ſans équivoques, font une preuve entière & complette. Ainſi cette preuve doit néceſſairement l'emporter ſur la comparaiſon d'écritures, s'il eſt vrai que cette dernière preuve eſt incertaine, comme étant uniquement fondée ſur une opinion ſujette à l'erreur.

Cela a été décidé, en point de droit, par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 18 Juin 1665, rapporté par M. de Catellan (*a*) dans l'eſpèce d'un Codicile attaqué de faux. Les Experts l'avoient déclaré faux, & l'Arrêt fit prévaloir les dépoſitions des témoins qui dépoſoient avoir vu ſigner la Partie.

23. Vedel fait ſur cet Arrêt une diſtinction fort juſte, conforme à un autre Arrêt du 6 Juin 1711.

(*a*) *Liv. 9, chap. 1.*

Pour que les témoins l'emportent ſur l'avis des Experts, il faut qu'ils fuſſent préſens à la ſignature de l'acte: au lieu que s'ils certifioient ſeulement que c'eſt la ſignature de la perſonne, parce qu'ils en ont vu de pareilles, ce ſeroit alors une ſimple comparaiſon d'écritures qui ne peut être faite que par les Experts, & qui ſeroit encore plus incertaine de la part des témoins.

24. M. le Vayer de Boutigny a démontré l'incertitude de la preuve par comparaiſon d'écritures, que la Novelle 73 ne permettoit d'admettre qu'avec des précautions dont il ſeroit inutile de faire ici le détail. C'eſt aſſez pour prouver que, dans la contrariété qui ſe trouve entre les témoins & les Experts, la preuve teſtimoniale doit prévaloir à l'avis ou témoignage que les Experts donnent ſur la comparaiſon des écritures.

Tous les Juriſconſultes, & même les Experts Ecrivains (*a*) établiſſent

(*a*) Raveneau, Blegny, le Meſſe. *Voyez* les exemples rapportés par Deniſart, aux mots *Pièces de comparaiſon.*

l'incertitude d'une preuve qui n'a pour fondement que l'opinion des Experts ſur la ſimilitude ou la diſparité des écritures ; au lieu que la preuve teſtimoniale eſt fondée ſur le fait même que les témoins ont vu. Le ſeul Vallain, Ecrivain juré de Paris, donna en 1761, un traité de la comparaiſon d'écritures, par lequel il fit beaucoup d'efforts pour prouver, contre les autorités les plus reſpectables, & contre l'expérience, que l'art des Experts en cette matière étoit infaillible, ſans pouvoir néanmoins conteſter qu'il y avoit une multitude d'exemples d'erreurs des Experts les plus habiles, ſur la comparaiſon d'écritures. Il employa même les ſophiſmes les plus frivoles, pour prouver que le rapport ou la dépoſition des Experts, au lieu d'être une ſimple opinion, comme on l'avoit toujours penſé, avoit en même temps le caractère de titre, de preuve teſtimoniale & de jugement.

25. Malgré cet ouvrage ſophiſ-

tique, l'équité & le bon ſens ont maintenu la maxime ſur l'incertitude de cette preuve. Mais elle eſt néanmoins adoptée par les Ordonnances de 1667, de 1670 & de 1737, & par l'Edit de 1684. En matière civile, lorſque la preuve teſtimoniale manque, la comparaiſon d'écritures ſuffit pour opérer la condamnation; pourvu que les pièces de comparaiſon aient un caractère ſuffiſant d'authenticité, ſoit par elles-mêmes, ſoit par la reconnoiſſance de celui contre qui ſe fait la vérification. La néceſſité a fait adopter ce genre de preuve, malgré ſon incertitude; parce qu'il eſt le plus ſouvent impoſſible de vérifier autrement les ſignatures privées dont l'uſage eſt ſi fréquent & ſi néceſſaire dans toutes les affaires civiles. Comme il ne s'agit que de la fortune de l'une des Parties, cet objet n'exige pas des preuves auſſi évidentes que les matières criminelles, où l'honneur & même la vie des citoyens ſont attaqués. Auſſi nous

verrons dans la ſuite que cette preuve a infiniment moins de force, en matière criminelle, qu'en matière civile.

CHAPITRE XIII.

De la preuve par témoins.

L'Ordonnance nous préſente ſur cette matière deux différens objets.

Le premier conſiſte dans les règles générales, pour connoître quand cette preuve doit être ordonnée ou refuſée. (*a*)

Le ſecond eſt le détail de la forme preſcrite, lorſque la preuve eſt ordonnée. (*b*)

(*a*) *Titre 20,*
(*b*) *Titres 22 & 23.*

SECTION PREMIÈRE.

Des faits qui giſſent en preuve vocale ou littérale.

SOMMAIRE.

1. *Forme de l'articulement des faits & des réponſes.*

2. *Motif de la défense de repliquer.*
3. *Et de la disposition qui veut que toutes demandes non prouvées par écrit, soient formées par un même exploit.*
4. *Fin de non-recevoir suppléée d'office par le Juge.*
5. *Du chef omis, prouvé par écrit.*
6. *Délation de serment, sur la demande non prouvée par écrit, qui n'a pas été formée par l'exploit.*
7. *Esprit du T. 20 de l'Ordonnance.*
8. *Exclusion de la preuve des conventions au-delà de 100 livres, sans exclure la preuve des faits.*
9. *Dépôt volontaire, commodat, quittance.*
10. *De plusieurs demandes, chacune au-dessous de 100 liv., & qui étant réunies, excèdent cette somme.*
11. *Si l'on peut restreindre à 100 livres une demande qui excède cette somme.*
12. *Si la preuve par témoins a lieu du restant d'une obligation qui excède 100 liv.*
13. *Si la preuve doit être refusée, lorsqu'il est incertain si la Loi la permet.*
14. *De la demande indéfinie réduite au-dessous de 100 livres.*
15. *Si le débiteur, non-recevable à la preuve du paiement, pourroit être reçu à prouver la numération de l'argent ou d'autres circonstances.*
16. *De la preuve de la reconnoissance faite en Jugement.*

17. *Et des offres, protestations & autres actes faits pour conster des diligences.*

18. *De la preuve de la date d'un acte non daté.*

19. *Si l'interprétation des actes & des testamens peut être prouvée par témoins.*

20. *Nulle preuve par témoins, contre & outre le contenu aux actes.*

21, 26. *Exception sur les cas de jeu, d'usure, de violence & de fraude.*

22, 23, 24. *Discussion du sentiment de Danti, sur le fait de violence & de crainte.*

23. *Nulle nécessité d'inscrire de faux l'expression du contrat portant qu'il a été passé librement.*

27. *Distinction, à l'égard de la fraude & de la simulation, entre les contractans & les tierces personnes.*

28. *De l'avantage indirect attaqué par les héritiers.*

29. *Du fait de suggestion ou d'indignité du légataire.*

30. *Des espèces particulières où l'on a admis la preuve par témoins, contre la rigueur de l'Ordonnance, par la force des circonstances.*

31. *De la voie criminelle prise en matière civile, pour être admis à la preuve par témoins.*

32. *De la preuve contre & outre le contenu aux actes judiciaires.*

33.

33. *De la preuve de la démence, contre les déclarations des Notaires, dans l'acte ou testament.*

34. *De la preuve du mandat du Procureur* ad negotia *& du Procureur* ad lites.

35. *Du fait de rétention ou de soustraction des pièces par le Procureur.*

36. *Du fermier qui a joui sur ferme verbale.*

37. *Du comptable.*

38. *De celui qui a géré les affaires d'autrui sans mandat.*

39. *Ou qui a joui par violence ou fraude.*

40. *Si l'on peut réclamer contre l'acquiescement à la preuve testimoniale prohibée par l'Ordonnance.*

41. *Distinction entre les prohibitions de droit public, auxquelles les Parties peuvent ou ne peuvent pas déroger.*

42. *Du commencement de preuve par écrit.*

43. *Par un contrat nul & faux.*

44. *Par un testament nul ou révoqué.*

45. *De la preuve par témoins, au soutien des reconnoissances données à des personnes prohibées.*

46. *De la preuve du paiement d'une rente.*

47. *Et du vice de précaire & tolérance dans la possession.*

48. *De la preuve par témoins, en matière de commerce.*

49. *Suivant la qualité des affaires & des personnes.*

50. *D'exception de pécune non nombrée Article 293.*

51. *Des cas d'accidens imprévus, d'incendie, &c. Dépôt nécessaire & perte des titres.*

52. *Si dans ces cas l'on doit prouver la quotité de la somme.*

53. *Quelle preuve on doit faire sur la perte de titres.*

54. *De la suppression ou soustraction d'un testament.*

55. *De la supposition d'un testament à la place du véritable.*

56. *Du faux des testamens ou des contrats. Réglement de 1707.*

57. *De l'expression dans l'acte sur la santé, &c.*

58. *Du dépôt fait par le voyageur entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse.*

59. *Du vol chez l'hôte.*

60. *Des paquets donnés aux Voituriers ou Messagers.*

61. *Du dépôt fait à un ouvrier pour travaux de son métier.*

62. *De la simonie.*

63. *Et de la confidence.*

64. *De la preuve de l'état des Citoyens.*

65. *De la perte des Registres de baptêmes, mariages & sépultures.*

66. *Des erreurs glissées sur les Registres.*

67. *De la preuve par témoins, en matière de mariage.*

1. L'article premier du titre 20, ordonne que les faits qui gissent en preuve soient succinctement articulés, & que les réponses soient sommaires, sans alléguer aucune raison de droit, interdisant toutes répliques & additions, avec défenses d'y avoir égard, de les employer en taxe de dépens, ni même dans les mémoires des frais & vacations des Procureurs, le tout à peine de restitution du quadruple.

Il n'a jamais été fait de loi plus sage ni plus nécessaire que cette disposition; & elle est cependant continuellement violée. Les motifs de cet article sont sensibles.

Lorsqu'on propose un fait dont on prétend que l'approfondissement

eſt néceſſaire pour la déciſion du Procès, il eſt évidemment inutile d'y joindre des raiſons de droit qui ne peuvent ſervir qu'à embrouiller la matière & à écarter l'attention du Juge, de l'objet actuel qui eſt uniquement le fait propoſé.

Ce que je viens de dire s'applique également aux réponſes qui ne doivent point être embarraſſées de raiſons de droit, puiſqu'il s'agit uniquement de répondre au fait propoſé. Cette réponſe ne peut avoir pour objet que de faire connoître, ou bien que la preuve n'eſt pas recevable, ſur quoi la Loi établit en même-temps des règles par les articles ſuivans dont nous allons parler; ou bien que le fait n'eſt pas pertinent, ce qui dépend uniquement de la nature du fait; ou enfin l'aveu ou la conteſtation, ce qui ne peut emporter aucun détail.

2. La défenſe de répliquer eſt également juſte, & elle réſulte de l'eſprit général de la Loi, qui veut

prévenir toutes les procédures inutiles.

3. Sur la défense de faire des additions, il faut mettre ici la disposition de l'article 6, qui porte que toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit; après lequel les autres demandes, dont il n'y aura point de preuves par écrit, ne seront reçues.

Cette disposition a encore pour objet la diminution de la procédure; & quoiqu'elle paroisse rigoureuse, il est facile d'en établir la justice.

La Partie qui forme une demande non prouvée par écrit, & en général toute personne qui veut parvenir à la preuve par témoins, doit avoir attention de diriger sa demande & de proposer ses faits avec toute l'étendue qu'elle veut donner à la preuve testimoniale. La Loi a voulu par-là ôter aux Parties, tout prétexte de prolonger la procédure & de multiplier les enquêtes. Il est

vrai qu'il peut en résulter des inconvéniens ; mais ils ne sont pas comparables à celui de la prolongation des Procès. Et d'ailleurs, il est certain en général que le Demandeur qui a eu tout le temps de préparer ce qui est nécessaire pour l'établissement & l'instruction de ses droits, est inexcusable s'il a négligé de proposer en même-temps quelque fait décisif, ou quelque chef de demande dont la preuve par témoins auroit été recevable.

4. Danti (*a*) & M. Jousse pensent même que, si le Défendeur n'opposoit pas la fin de non-recevoir établie par cet article, le Juge pourroit la suppléer d'office.

5. Au contraire, si le chef de demande omis est prouvé par écrit, l'article 6 porte expressément la faculté de le faire valoir.

6. Enfin si la nouvelle demande, non prouvée par écrit, est dans le cas de pouvoir déférer le serment à la Partie, il semble qu'il y auroit

(*a*) Sur Boiceau, *chap.* 1, *n.* 9.

une injustice évidente à refuser cette preuve, qui est autant & même plus favorable que la preuve par écrit. Car celle-ci peut quelquefois être suspecte de surprise, de force ou de crainte; au lieu que la preuve par le serment de l'Adversaire ne peut jamais être sujette à de pareils soupçons.

7. Le fondement général du titre 20 est de rejetter la preuve par témoins sur les conventions, hors les cas que la Loi excepte, & de n'admettre cette preuve que sur les faits.

8. En toute matière de quelqu'importance, que l'article 2 fixe au-delà de 100 livres, les Parties ne sont pas excusables de n'avoir point rédigé leurconventions parécrit lorsqu'elles ont été en état de le faire.

9. Cela s'applique, non-seulement au dépôt volontaire & au commodat, parce que c'est l'effet d'une convention libre, mais encore aux quittances, quoique ce ne soient pas des conventions, parce que le débiteur a eu la liberté de s'en faire

donner par écrit. On peut même appliquer aux quittances la prohibition générale de la preuve par témoins dont nous parlerons ci-après, portée par l'article 2 du titre 20, sur ce qui a été dit depuis les actes (a).

10. Comme on pourroit faire, dans une même instance, plusieurs demandes pour différens objets, chacun au-dessous de 100 livres, & qui tous ensemble excèdent cette somme, l'article 5, voulant prévenir cette espèce de fraude, exclut la preuve par témoins, encore que ce soient diverses sommes qui viennent de différentes causes & en différens temps, si ce n'étoit que les droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

11. De plus, si après avoir formé une demande au-dessus de 100 liv. on vouloit la restreindre à cette somme pour être reçu à la preuve, on n'y seroit pas admis ; parce que

(a) V. Boiceau & Danti, chapitre dernier de la seconde Partie.

ce procédé feroit regardé comme un détour pour faire fraude à la Loi.

Cependant M. Rodier penfe que cette réduction peut être faite avant la contefta tion en caufe (*a*).

12. Danti (*b*) décide, contre le fentiment de Boiceau, qu'on ne peut pas être reçu à la preuve par témoins d'une fomme moindre de 100 livres, reftante d'une obligation qui les excédoit; parce que ce feroit admettre la preuve par témoins d'une convention verbale excédante 100 livres.

Ce fentiment eft trop rigoureux, quoiqu'il foit peut-être dans le vrai efprit de l'Ordonnance.

Danti femble être d'avis contraire fur le chap. 14 (*c*); & comme l'Ordonnance n'eft pas expreffe contre la preuve teftimoniale en ce cas, je crois que l'admiffion de la preuve doit avoir lieu, la crainte de la féduction des témoins n'étant pas plus grande en cette efpèce, que dans le

(*a*) *Titre 20, art. 2, queft. 7.*
(*b*) *Chap. 18.*
(*c*) *Numéro 14.*

cas général où la Loi permet cette preuve jusqu'à 100 livres.

13. Cependant quelques Auteurs (a) pensent que, lorsqu'il y a incertitude si la Loi permet la preuve ou non, le plus sûr est de la refuser, & que c'est l'esprit de l'Ordonnance qui l'a regardée comme dangereuse.

Cette proposition paroît juste, dans tous les cas où l'équité s'accorde entiérement avec la rigueur de la Loi Mais lorsque l'équité semble exiger la preuve par témoins, la seule incertitude, si la Loi défend ou permet la preuve, doit suffire pour mettre le Juge en état de ne suivre que l'équité. C'est même une suite du principe général, que l'équité doit être la régle des jugemens, dans toutes les occasions où le Juge ne trouve point d'obstacle dans la disposition expresse de la Loi.

14. Quand une Partie a formé une demande indéfinie, sans fixation de sommes, peut-elle être réduite,

(a) Voyez l'instruction sur les conventions, liv. 1, chap. 2, §. 2.

dans le cours de l'instance, à une somme au-dessous de 100 livres, pour être admise à la preuve par témoins?

Boiceau & Danti (*a*) décident que le Juge doit ordonner au demandeur de se réduire avant la contestation en cause, afin qu'il puisse être en état d'accorder ou de refuser la preuve. Mais il semble qu'il suffit que la fixation de la somme soit faite, lorsque la preuve est demandée, quand même ce seroit après la contestation en cause. Car le créancier n'ayant point porté l'objet de sa demande au-delà de 100 livres, ce n'est pas se restreindre, c'est seulement fixer l'objet qui étoit auparavant incertain; & il semble qu'il suffit de le fixer, lorsqu'il est question d'obtenir la preuve par témoins.

15. Danti (*b*) & Boiceau (*c*) proposent un expédient pour obtenir la preuve par témoins, sans contre-

(*a*) *Chap. 18.*
(*b*) *Chap. 1, n. 6.*
(*c*) *Chap. 9, n. 9.*

venir à l'Ordonnance; c'eſt d'alléguer au créancier qu'on lui a nombré & délivré réellement la ſomme qui lui étoit due, ou bien d'articuler les circonſtances qui ont accompagné ou ſuivi la vente. Boiceau trouve l'expédient bon; & Danti dit ſeulement qu'il peut être fort dangereux, & qu'il doit être rarement mis en uſage.

Il eſt évident qu'un expédient de cette eſpèce eſt une contravention formelle à l'Ordonnance, dans tous les cas où l'on ne peut pas être admis directement à la preuve de la convention. Toute convention eſt néceſſairement accompagnée de circonſtances & de faits, tels que la numération de l'argent & la livraiſon de la choſe; ce ſont même ces faits qui conſtituent le contrat. Ainſi la preuve de ces faits ſeroit directement la preuve de la convention; & cette preuve eſt prohibée par l'Ordonnance, lorſque l'objet excède 100 livres.

Ce détour n'eſt donc pas plus

admissible que celui que Danti condamne à la fin du même chapitre, & qui consiste a prouver par témoins qu'une personne a promis de passer un acte.

16. Danti (*a*) rapporte le sentiment de Romelius, qui, en rejettant la preuve par témoins d'une reconnoissance extrajudiciaire, l'admet sur la confession d'un fait en Jugement ou devant un Arbitre.

Dans notre usage constant, la confession faite en Jugement n'a de force que lorsqu'elle est rapportée par écrit; & même à l'exception des Arrêts qui en décernent acte, il est inutile que la reconnoissance soit insérée dans un Jugement, si elle n'est pas souscrite de la Partie ou de son Procureur spécial.

A plus forte raison la preuve par témoins d'une reconnoissance de cette espèce, quoique faite en Jugement, ne doit pas être admise s'il n'y a pas un commencement de preuve

(*a*) *Chap. 1, n. 32.*

par écrit, du fait de celui qui a donné la reconnoissance.

On doit même appliquer à cette espèce l'art. 159 de la Coutume, qui porte, qu'*exploit de Cour ne se prouvera par témoins, ains par actes ou par le serment de la Partie, sinon en cas qu'on alléguât la perte de l'acte, auquel cas l'exploit & teneur dudit acte se pourra vérifier par trois témoins.*

17. Boiceau & Danti (*a*) parlent des offres, protestations & autres actes qu'on fait pour constater ses diligences ; & Boiceau dit que la preuve par témoins est admise, lorsqu'il n'y a aucune Loi qui exige qu'on les fasse par écrit.

Danti dit qu'à l'exception de l'offre d'une somme au-dessous de 100 liv. il faut la preuve d'une offre par écrit, & que même on n'admettoit pas la preuve par témoins d'une protestation contre un acte par écrit, quoique l'objet fût au-dessus de 100 livres.

(*a*) *Chap. 10.*

La ſeconde propoſition de Danti eſt évidente. La première n'explique pas aſſez la diſtinction qu'il convient de faire, & qu'il eſt aſſez difficile de réduire à des règles certaines.

Je vais propoſer ſeulement quelques objets différens, qui peuvent conduire à la déciſion des autres.

Premièrement, dans tous les cas où il faut une ſommation pour conſtituer l'Adverſaire en demeure, il eſt évident que les offres, quoique réelles, qui ne ſont que verbales, ne produiſant aucun effet, la preuve par témoins n'en ſeroit pas reçue, puiſque même elle ſeroit inutile.

2° Dans les cas où la Loi oblige ſeulement d'avertir l'autre Partie, ſans preſcrire un avertiſſement par écrit, l'avertiſſement verbal étant ſuffiſant, la preuve par témoins ne peut pas être refuſée, quoique l'objet excède 100 livres. On en voit un exemple très-fréquent en matière de dîmes. Jamais le Décimateur n'eſt ſommé par écrit de lever ſa dîme. Ainſi, quelle que ſoit ſa valeur, la

preuve teſtimoniale de l'avertiſſemnet, ne peut pas être refuſée.

3° Dans les cas où la Loi n'oblige pas une Partie de conſtituer l'autre en demeure, la preuve par témoins peut être reçue des offres qu'on lui a faites. Par exemple, un locataire, au dernier jour de ſa ferme, a offert les clefs de la maiſon au propriétaire qui les a refuſées; & ce locataire a laiſſé paſſer quelques jours de l'année courante, ſans le ſommer de les recevoir. La preuve des offres faites à l'expiration de l'année, doit être reçue, parce que la Loi n'a exigé aucune formalité par écrit pour la décharge du locataire.

18. Si un acte ſous ſignature privée, n'eſt pas daté, peut-on être reçu à prouver la date par témoins?

Danti (*a*) dit qu'on peut y être reçu, pour prouver qu'il a été paſſé dans une foire, afin de jouir du privilége de ceux qui y trafiquent, par exemple, de la contrainte par

(*a*) A la fin du *chap.* 9.

corps. Le motif qu'il donne, est que l'Ordonnance ne parle que des conventions auxquelles la date est absolument étrangère.

Cela pourroit s'étendre aux billets non datés consentis par un mineur qui, étant devenu majeur, voudroit être restitué à cause de sa minorité. Il seroit obligé de prouver la date du temps de la minorité pour fonder la restitution; & il n'est pas possible de la prouver autrement que par témoins.

On pourroit même dire qu'il y auroit un soupçon de fraude de la part du créancier qui auroit engagé le mineur à ne pas dater, pour que le vice résultant de l'époque du prêt, ne fût pas constaté.

19. La preuve par témoins doit-elle être admise pour l'interprétation des actes, lorsque les causes sont obscures ou équivoques?

En établissant les principes de l'équité & du droit commun sur l'interprétation des actes, j'ai rapporté les principales règles qu'on doit

ſuivre; & lorſque ces règles peuvent être appliquées, il paroît certain qu'elles doivent exclure la preuve par témoins. C'eſt le véritable eſprit de l'article 2 du titre 20 de l'Ordonnance, qui rejette toute preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes, & ſur ce qui peut avoir été dit avant, lors ou depuis (*a*).

Danti admet cependant cette preuve, lorſque les clauſes ambiguës ſont de nature à ne pouvoir y appliquer les règles de droit ſur l'interprétation. Il dit qu'il peut y avoir des circonſtances de fait en faveur de la preuve par témoins, pour ſavoir quelle a été la volonté des contractans; mais que les Arrêts rendus en cette matière ne peuvent jamais faire de règle, & qu'elle doit ſe décider à l'arbitrage du Juge, ſuivant les circonſtances.

Outre qu'il eſt bien difficile qu'il ſe trouve quelque clauſe qui ne puiſſe pas être interprétée ſuivant

(*a*) Danti ſur Boiceau, *chap.* 7, *n.* 88 *& ſuiv.*

les règles de droit pour l'une des Parties contre l'autre, on peut dire qu'en général c'eſt juger contre le vœu de la Loi, que d'admettre ces interprétations des actes par la preuve teſtimoniale. Cependant les Notaires de campagne rédigent ſi mal leurs actes, qu'il eſt très-poſſible qu'une clauſe ne contienne aucun ſens intelligible; en ſorte que faute de preuve de l'intention des Parties, cette clauſe deviendroit inutile & comme non inſérée dans l'acte. Cependant, quelque mal rédigée qu'elle ſoit, on ne peut pas douter que les Parties n'aient fait une ſtipulation qui étoit un des objets de leurs conventions, & ſans laquelle même peut-être elles n'auroient pas fait les autres conventions portées dans l'acte. Il ne paroît pas juſte d'anéantir cette ſtipulation, parce qu'elle eſt mal rédigée. Ne peut-on pas même la regarder comme un commencement de preuve par écrit, à laquelle l'Ordonnance permet de ſuppléer par la preuve par témoins?

Enfin, la diſpoſition de l'Ordonnance dans l'article 2 du titre 20, n'a que deux objets; l'un, d'empêcher d'anéantir ou d'affoiblir par la preuve teſtimoniale les ſtipulations d'un acte; l'autre, de n'admettre aucun ſupplément de convention au-delà de ce qui eſt porté par le contrat. Mais ces deux objets ſont abſolument étrangers à celui d'une clauſe ambiguë ou inintelligible, ſur laquelle on n'a pas les ſecours que les Loix & l'équité indiquent pour l'interprétation des actes.

Mais à l'égard des teſtamens, qui ne ſont pas en Bretagne auſſi favorables que les contrats, il ſeroit inutile d'entrer dans les diſcuſſions que je viens de faire. La preuve par témoins ne peut pas être plus reçue ſur l'interprétation d'une clauſe mal rédigée, que ſur les formalités qui y manquent, & qui doivent toutes être conſtatées par écrit. Toute clauſe qui n'a pas de ſens raiſonnable dans un teſtament olographe ou devant Notaires, eſt réputée l'effet

de la foiblesse que la maladie donne, ou de l'inattention du testateur, s'il a été fait en pleine santé.

20. Quand même il s'agiroit d'une somme au-dessous de 100 livres, l'article 2 exclut la preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes, & sur ce qui sera allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, parce que la convention ayant été rédigée par écrit, c'est la loi entre les Parties. Elles doivent s'imputer de n'y avoir pas fait employer ce qu'elles alléguent, quand même il ne seroit pas contraire aux stipulations de l'acte : & à l'égard de ce qui y est contraire, il seroit de la plus dangereuse conséquence d'admettre la preuve par témoins contre la preuve littérale (*a*).

Par Arrêt du 12 Juin 1748, en Grand'Chambre, au rapport de M. de Farci de Cuillé, Sauvaget & Brellet, Parties, il a été jugé en point de droit, qu'après un marché par écrit entre un Propriétaire & un

(*a*) *Art.* 2.

Entrepreneur, portant le détail de tous les ouvrages qui font l'objet du marché pour la construction d'un édifice, l'Entrepreneur ne doit pas être admis à prouver par témoins que le Propriétaire a depuis exigé des changemens, qu'il s'est départi de quelques articles, & qu'il a accepté le renable.

21. Mais cette règle établie par l'Ordonnance, quoiqu'aussi nécessaire qu'elle est sage, cesse dans les cas de fraude, de violence, de jeu & d'usure, dont les faits ne peuvent presque jamais être prouvés autrement que par témoins. Ainsi, quoque les actes portent expressément des causes en apparence légitimes, les faits qui établissent le vice radical de l'obligation peuvent être prouvés par témoins.

22. Sur le fait de la violence, Danti (*a*) établit trois propositions.

La première, que si un acte est passé par un majeur, devant un Notaire & des témoins, & en plein jour,

(*a*) *Chap. 7, n. 77 & suiv.*

quoiqu'il renferme des clauſes injuſtes, le Juge ne doit pas admettre la preuve de la violence, parce que la préſomption eſt entièrement au contraire ſuivant la Loi 23 *ff. quod metûs cauſa.*

Cette Loi dit ſeulement que la violence n'eſt pas vraiſemblable dans ces circonſtances. Mais elle ajoute ces mots : *ſed hujuſmodi præſumptioni debet apertiſſimas probationes violentiæ oponere.* Ainſi elle n'exclut pas la preuve du fait de violence qui doit ſeulement être claire & indubitable, comme dans tous les cas où il y a de fortes préſomptions contre le fait qu'on veut prouver.

2° Danti dit que quand une fois la preuve de violence & de crainte a été faite, on ne doit pas recevoir l'autre Partie à prouver au contraire que l'acte a été paſſé librement, parce que la preuve que la volonté a été libre, n'eſt preſque pas poſſible, outre que quand on reçoit les Parties à faire de telles

preuves, cette permiſſion eſt reſpective.

Ce paſſage a beſoin d'examen. Il eſt vrai qu'il eſt difficile de prouver que la volonté n'a pas été contrainte, parce qu'il eſt difficile de prouver une négative. Mais l'on peut prouver des faits poſitifs qui caractériſent l'entière liberté avec laquelle la Partie a fait toutes les ſtipulations, & a enſuite conſenti qu'elles fuſſent rédigées par écrit. Si pluſieurs témoins dépoſent bien clairement ſur ces circonſtances non équivoques, ils pourront détruire ce qu'un petit nombre de témoins dépoſe ſur le fait de violence; & en cette matière comme en toute autre, le ſuccès doit dépendre du plus ou moins de force des preuves reſpectives.

Enfin l'appointement en preuve étant reſpectif, comme Danti le reconnoît, la preuve contre le fait de violence, peut être faite, juſqu'à ce que la forcluſion ſoit acquiſe ſuivant l'Ordonnance.

23.

23. 3° Danti dit qu'il n'eſt pas beſoin d'inſcrire de faux le contrat dans lequel le Notaire a exprimé qu'il a été paſſé librement & volontairement, ſans force ni contrainte. Cette vérité eſt inconteſtable, par la raiſon qu'il donne, que la crainte peut être inconnue au Notaire, & que celui qui craint, parce qu'il a été précédemment maltraité ou menacé, n'oſe le découvrir devant le Notaire par la même raiſon.

24. Tout cela prouve qu'en général la preuve par témoins des faits de violence & de crainte doit être admiſe, lorſqu'ils ſont circonſtanciés de manière à caractériſer un défaut de liberté de la part de celui qui attaque ſon obligation; & tout ce qu'on peut conclure de l'eſpèce rapportée par Danti, où la préſomption eſt très-forte contre l'allégation de violence & de crainte, c'eſt que les Juges doivent déterminer leur déciſion, ſelon que les circonſtances & les preuves ſont plus ou moins fortes. Dans le doute, ils

doivent faire subsister le contrat; & en général, lorsqu'il n'y a que le fait de crainte, la simple crainte qui n'aura pas le caractère de *timor cadens in constantem virum*, étant insuffisante, on ne doit pas en admettre la preuve par témoins (*a*).

26. La Jurisprudence constante admet la preuve par témoins sur les faits de jeu (*b*) & (*c*) d'usure.

27. Mais la Jurisprudence du Parlement de Paris (*d*) n'est pas aussi favorable à la preuve par témoins du moyen de dol ou fraude. Je vais tâcher de concilier sur cela les principes de l'équité avec la rigueur des Ordonnances, sur la prohibition de la preuve par témoins.

Premièrement, des tiers, tels que des créanciers, peuvent être admis à prouver, par témoins, les faits de fraude commis pour leur faire

(*a*) V. ci-dessus *L. 4, chap. 8 n. 11.*
(*b*) Journal du Parlement, *tome 3, chap. 41.*
(*c*) Journal des Audiences, Arrêt du 5 Janvier 1718. V. le Procès verbal de l'Ordonnance, *T. 17, art. 6*; Arrêt du 15 Juin 1750, en Grand'-Chambre, au rapport de M. Berthou de Kversio, Dagorne & Barbelat du Verger, Parties.
(*d*) V. Denisart, au mot *Contrat.*

perdre le tout ou partie de leurs crédits, en mettant à couvert les biens de leurs débiteurs par des traités collusoires.

C'est par le même motif que la preuve par témoins sera reçue au profit du retrayant ou du Seigneur, sur la simulation ou sur les conventions frauduleuses faites pour exclure le retrait ou les droits de mutation (*a*).

28. Cette preuve sera aussi admise, suivant les circonstances, au profit des cohéritiers qui attaquent un avantage indirect fait à leur consort par celui dont ils sont héritiers. Quoiqu'ils ne puissent pas être admis indifféremment, & sans commencement de preuve par écrit, à la preuve testimoniale de la fraude, contre les contrats que le défunt a faits, on les considère, vis-à-vis de leurs cohéritiers, comme des tierces personnes auxquelles le défunt a voulu nuire au profit de celui

(*a*) Boiceau & Danti, *chap.* 7. Journal du Parlement, *tome* 3, *chap.* 72.

contre lequel la Loi prononçoit la prohibition de recevoir aucun avantage; & la différence entr'eux & des héritiers qui attaqueroient le contrat frauduleux fait par leur auteur avec un étranger, est entière. Car ceux-ci ne pourroient faire valoir que le droit même qu'avoit leur auteur de réclamer contre la surprise qui lui avoit été faite; au lieu que dans l'espèce de l'avantage indirect, c'est le fait même de leur auteur que les héritiers attaquent: c'est la fraude même, consommée entre lui & leur cohéritier, dont ils demandent à faire la preuve; & l'on ne peut pas leur reprocher le défaut de précaution pour avoir une preuve par écrit, comme on peut le reprocher à toute personne qui s'est engagée vers un prétendu créancier.

29. Ces observations peuvent suffire à faire connoître les principes généraux qui doivent servir de guide en cette matière, pour accorder ou pour refuser la preuve par témoins.

On peut même les appliquer à l'espèce de la suggestion, dont la preuve par témoins est reçue contre les testamens (*a*), quoiqu'elle ne soit pas admise contre les obligations.

Outre que l'état d'un mourant facilite les surprises, qui ne sont que trop ordinaires, l'héritier qui attaque un testament, n'exerce pas les droits du défunt, comme dans le cas de la rescision contre une obligation. C'est son propre droit que l'héritier reclame, en faisant valoir les vices du testament; & cette raison est générale, non-seulement pour être admis à la preuve par témoins du vice de suggestion, mais encore pour prouver les autres faits, par exemple d'indignité d'un légataire, pendant que cette preuve pourroit n'être pas reçue contre une obligation du défunt.

30. Si quelques Arrêts paroissent avoir donné atteinte à ces principes,

(*a*) Ordon. de 1735, *art.* 47, V. Danti sur Boiceau, *chap.* 16. Acte de Notoriété 22, à la fin des Questions féodales d'Hevin.

en admettant la preuve par témoins, même lorſqu'il ne s'agiſſoit pas de l'intérêt d'un tiers, ce ne peut être que par des circonſtances ſi frappantes, qu'elles ont paru capables de mettre les Parties hors le cas de la Loi ; par exemple, quand il paroiſſoit un délit aſſez caractériſé, pour mériter la pourſuite & l'animadverſion publique.

C'eſt à ces circonſtances qu'on doit attribuer la déciſion de l'Arrêt du premier Septembre 1740, rendu au Parlement de Paris, contre la Demoiſelle Gontier, qui déclara nulle une quittance de dot de 40000 livres, quoique le contrat de mariage portât la numération & le délivrement de la dot en préſence du Notaire & des témoins. (*a*)

31. Mais auſſi lorſque les Parties ont affecté de prendre la voie criminelle, en des matière purement civiles, pour ſe ménager la reſſource de la preuve par témoins, les Ju-

(*a*) V. le Plaidoyer 173 de Cochin, T. 5 *pag.* 324, où les queſtions ſur la ſimulation, ſont traitées, avec la diſcuſſion des Arrêts rendus ſur cette matière.

ges n'ont pas adopté ce moyen; & c'est le motif des Arrêts des 16 Mars, 15 Décembre 1723 & Mars 1724, rapportés par Denisart (*a*).

32. Le motif pour exclure la preuve par témoins, contre & outre le contenu aux actes, doit avoir encore plus de force pour les actes judiciaires, dont la Coutume (*b*) exclut même la preuve par témoins, si ce n'est en cas de perte de l'acte.

Par Arrêt du 5 Juillet 1730 (*c*), il fut jugé qu'un créancier n'étoit pas recevable à prouver par témoins que, lors de l'adjudication judiciaire d'un héritage, le Juge avoit refusé de recevoir son enchère.

Par un autre Arrêt du 30 Janvier 1738, il fut décidé (*d*) que le Juge, pris à Partie pour incompétence, n'étoit pas recevable, sans inscription de faux contre le jugement, à prouver par témoins qu'il s'étoit

(*a*) Aux mots *Contrat & Dépôt.*
(*b*) *Art.* 159; V. ci-dessus *n.* 16.
(*b*) Journal du Parlement, *Tome* 1, *Chap.* 20.
(*c*) Journal du Parlement, *Tome* 2, *Chap.* 51.

déporté, & qu'il n'avoit point opiné avec les autres Juges.

33. Mais la preuve de la démence est admise, contre les actes & les testamens, sans inscription de faux, quoique les Notaires aient rapporté, suivant le style ordinaire, que le testateur étoit sain d'esprit. Car les Notaires ont pu être dans l'erreur (*a*).

34. Boiceau (*b*) convient que le Procureur *ad negotia* ne peut pas prouver son mandat par témoins. Mais il pense que le Procureur *ad lites*, qui est un Officier public & qui a serment à Justice, peut être admis, suivant les circonstances, à cette preuve, pour l'ordre qui lui a été donné.

Danti n'adopte pas en entier cette décision favorable au Procureur *ad lites*, & il ne paroît l'admettre à la preuve par témoins, que lorsqu'il est saisi de l'exploit & des pièces; ce qui, dans nos Usages, est une

(*a*) V. *Tome 1, Chap. 13, Sect. 16, n. 267 & suiv. & Tom. 7, Chap. 18, Sect. 11, n. 240.*
(*b*) *Chap. 12.*

preuve suffisante de l'ordre donné par la Partie, sans que la preuve supplétive par témoins soit nécessaire.

Il est certain que, sans un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins de la constitution du Procureur ni de sa révocation, ne peut pas être admise.

35. Mais Danti dit que la Partie peut soutenir que le Procureur lui retient ses pièces par fraude, ou qu'il les a soustraites par mauvaises voies; & dans l'un & l'autre cas, il admet la preuve par témoins. Il y a cependant une distinction évidente à faire. La soustraction de pièces est un délit, dont la preuve par témoins est reçue. Mais la simple rétention de pièces, alléguée par la Partie, ayant pour seul fondement le dépôt volontaire qu'elle a fait entre les mains du Procureur, la preuve par témoins n'en est pas reçue, suivant l'Ordonnance.

Il y a des conventions dont la preuve par témoins n'est pas reçue

parce qu'elles ſont au-deſſus de 100 livres, & dont on peut néanmoins prouver l'équivalent par témoins.

36. Un propriétaire a affermé verbalement ſon héritage, & il eſt hors d'état de faire la preuve par témoins de la ſomme à laquelle porte la convention (*a*), parce qu'elle excéde 100 liv., ou pour le prix annuel, ou pour le nombre d'années de la ferme. Car il eſt de maxime qu'en cette matière, on doit conſidérer toutes les années accumulées, pour juger ſi la preuve doit être admiſe. Si le fermier avoue ſa jouiſſance, & ſi la conteſtation eſt ſur le temps qu'il a joui & ſur le prix de chaque année, des témoins prouveront le nombre d'années, & des Experts en régleront la valeur; parce qu'en ce cas le fait de la jouiſſance eſt un objet réellement diſtingué de la convention. La preuve de ce fait doit même être reçue, quand le fait de

(*a*) Et même de la ſtipulation de paiement d'avance; Devolant, *lettre P, chap. 64.*

jouiſſance ſeroit conteſté au total. Il eſt d'ailleurs évident qu'indépendamment de toute ſtipulation, celui qui a joui du bien d'autrui doit tenir compte des revenus. (*a*)

37. De même un comptable qui n'eſt point obligé par écrit pour la geſtion qu'il a faite, devra le compte des revenus, s'il a joui par main des biens de celui qui l'en avoit chargé. Mais s'il a ſeulement touché ce qui étoit dû par les fermiers, ou par les débiteurs, on ſera obligé de produire ſes quittances, faute de quoi il n'y aura point de charge contre lui. De plus, quelque inſolvabilité qui ſoit ſurvenue, de la part de ceux dont il a reçu ou dû recevoir, on ne peut pas l'en rendre reſponſable; parce qu'il n'eſt pas permis de prouver par témoins, au-delà de 100 livres, l'obligation qu'il avoit contractée de faire la recette & de pourſuivre les fermiers & débiteurs.

Il ne pourroit pas auſſi prouver par témoins, la convention pour les ſa-

(*a*) V. Boiceau & Danti, *Chap.* 14.

laires de ſon adminiſtration. Mais le fait de la geſtion & de la pourſuite des affaires étant reconnu, il en réſulte un commencement de preuve par écrit, qui doit faire admettre la preuve par témoins des différens actes d'adminiſtration, dont le ſalaire ſera réglé à arbitrage de Juſtice ou par Experts, ſuivant la nature de cette adminiſtration.

38. M. Jouſſe (*a*) admet la preuve par témoins, ſans commencement de preuve par écrit, lorſqu'on a géré les affaires d'un autre pendant ſon abſence. En ce cas, il n'y a point de convention précédente. Il s'agit du fait de la geſtion; & l'Odonnance ne défend point la preuve des faits, lorſqu'ils ſont dégagés de toute convention : cela n'eſt point contraire à ce que nous avons dit ſur la néceſſité de prouver par écrit le pouvoir donné au Procureur *ad negotia*.

29. Cela a lieu à plus forte raiſon contre celui qui auroit employé la

(*a*) *Art.* 4, V. Boiceau & Danti, *Chap.* 10.

violence ou la fraude, pour toucher les revenus, ſans la participation du propriétaire.

40. M. Rodier (*a*) rapporte des Arrêts pour & contre, ſur la queſtion de ſavoir ſi, après l'acquieſcement à la preuve par témoins, dans le cas où l'Ordonnance la rejette, on peut réclamer contre l'acquieſcement, & faire caſſer l'appointement & les enquêtes comme contraires à l'Ordonnance.

Pour l'affirmative, on dit qu'en cette matière, la prohibition de l'Ordonnance eſt de droit public. Mais il ſemble qu'on peut dire la même choſe de preſque toutes les diſpoſitions prohibitives des Ordonnances & des Coutumes. Quoiqu'elles ſoient de droit public, ſi elles ont néanmoins pour ſeul objet l'intérêt des particuliers, & ſi le droit de quelques autres Parties que ceux qui ont acquieſcé, ne s'y trouve pas mêlé, il ſemble que l'acquieſcement doit avoir toute ſa force.

(*a*) *Tit. 20, art. 2, queſt. 6.*

41. Deux exemples peuvent éclaircir cette vérité.

Il eſt de droit public en Bretagne, qu'on ne peut donner à un des héritiers ni à l'autre conjoint. Les motifs de cette prohibition ſont ſi ſages, qu'ils intéreſſent tous les Citoyens. Cependant la nullité n'eſt que reſpective; & elle ne peut plus être propoſée, lorſqu'après l'ouverture de la ſucceſſion du donateur, les héritiers majeurs ont acquieſcé au don librement, & avec une entière connoiſſance de cauſe, parce qu'il n'y a qu'eux qui ſoient intéreſſés à l'attaquer.

Au contraire, dans le cas d'une ſubſtitution prohibée par le droit public de la Province, l'acquieſcement de tous ceux qui y ont un intérêt actuel n'eſt pas ſuffiſant, parce qu'elle introduit un ordre de ſuccéder contraire au droit de tous leurs ſucceſſeurs; droit établi par la Loi d'une manière irrévocable, en ſorte qu'il eſt impoſſible qu'il y ait en cette matière, un acquieſcement de tous

ceux qui auroient intérêt d'attaquer la substitution.

Mais dans l'espèce de la preuve par témoins, il est évident que, pour chaque affaire particulière, la prohibition n'intéresse que les Parties qui plaident. Ainsi, elles peuvent déroger au droit que leur donne la Loi.

42. Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (ce qui s'entend (*a*) des pièces du fait de l'Adversaire ou de celui dont il a les droits; parce que le fait d'une tierce personne ne prouveroit point contre lui) la preuve par témoins est reçue, n'étant en ce cas que le complément de la preuve littérale. (*b*)

Je n'entrerai point dans le détail des différentes espèces que les Auteurs rapportent sur les commencemens de preuve par écrit, je me borne à l'examen de deux passages de Boiceau & Danti : cet examen

(*a*) V. plusieurs exemples de commencemens de preuves par écrit dans le traité des obligations, *n. 767 & suiv.* V. aussi Danti, sur Boiceau, *part. 2, chap. 1, n. 13 & suiv.*

(*b*) *Art.* 3.

suffira pour indiquer les principes généraux sur cette matière.

34. Boiceau (*a*) parle d'un contrat de vente nul dans la forme, & même infecté de faux. Le mari & la femme vendeurs avoient reçu le prix. Le mari avoit signé, mais la femme ne l'avoit pas fait, ne sachant point écrire. Ils attaquoient le contrat comme nul, & Boiceau dit que l'acquéreur devoit être reçu à la preuve par témoins, de la numération par lui faite de la somme; parce que la prohibition ne devoit point avoir lieu à l'égard de la fraude.

Danti admet encore en cet endroit la distinction entre la convention & la numération, à laquelle j'ai répondu ci-dessus. (*b*) Mais il dit une raison plus solide; savoir, que le contrat, quoique nul dans la forme, tenoit lieu néanmoins d'écriture privée & de preuve par écrit de la numération des deniers, & qu'il n'étoit pas besoin de demander à faire la preuve

(*a*) *Part.* 1, *Chap.* 8. V. aussi *part.* 2, *Chap.* 1.
(*b*) N. 45.

par témoins pour fonder l'action de condiction.

Cela ne souffre pas de difficulté à l'égard du mari. Mais la femme n'ayant pas signé, il n'y avoit contr'elle aucun commencement de preuve par écrit. Ainsi la preuve par témoins n'avoit pas lieu contr'elle: & le mari seul devoit être poursuivi pour le rapport de la somme que l'acquéreur avoit payée.

44. L'autre objet d'examen sur les commencemens de preuve par écrit, est le Commentaire de Danti sur le Chapitre 16 de Boiceau. Il discute les preuves résultantes des testamens nuls ou révoqués. Les sentimens différens des Auteurs & les distinctions qu'ils font, embrouillent cette matière très-difficile, au lieu de l'éclaircir; & je crois qu'on peut établir quelques règles générales conformes à l'équité & capables de concilier les différentes opinions, ou de les rapprocher de la disposition de l'Ordonnance.

Premièrement, un testament nul,

& non signé du testateur, ne peut pas opérer de commencement de preuve par écrit.

2° Un testament nul signé du testateur, doit avoir la force de commencement de preuve par écrit.

Enfin, le testament valable dans sa forme & revoqué par le testateur, doit à plus forte raison opérer un commencement de preuve par écrit.

C'est ce que je vais tâcher d'expliquer, en observant d'abord qu'il faut excepter le cas de démence du testateur, ou si sa signature n'étoit que l'effet de la violence ou de la fraude.

Il est certain que les reconnoissances d'être débiteur, portées dans un testament, ne peuvent être valides qu'autant qu'elles auroient de force, comme legs; & sans cela un testateur pourroit facilement éluder la Loi, tant sur les bornes que prescrit la Coutume, que sur l'incapacité du légataire auquel il reconnoîtroit la fausse qualité de créancier.

Mais si, par des raisons si justes, le testament n'établit pas un titre suffisant d'obligation, peut-on douter qu'il n'ait la force d'un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre le créancier à la preuve par témoins, de l'obligation reconnue par le testament nul ou révoqué? Tous les inconvéniens d'avantage indirect ou de donation déguisée, cessent par la preuve testimoniale complette, sur la vérité de l'obligation reconnue par le testament.

Il est vrai qu'on a à craindre en ce cas les inconvéniens qui ont fait proscrire la preuve par témoins, par les Ordonnances de Moulins & de 1667. Mais elles admettent cette preuve en général, quand il y a commencement de preuve par écrit; & lorsqu'on ne donnera que ce caractère au testament, lorsqu'on ne voudra point lui attribuer la force de titre obligatoire, il n'est pas possible de trouver un commencement de preuve par écrit plus favorable

que celui-là, quoiqu'il soit susceptible de séduction, de fraude & d'avantage indirect.

45. S'il s'agit d'une obligation reconnue par un contrat passé dans la pleine santé du testateur, s'il est au profit d'une personne prohibée, la maxime, *qui non potest dare, non potest confiteri*, obligera le créancier à la preuve par témoins, quoique le contrat ait plus de force qu'un commencement de preuve par écrit; & elle ne peut être refusée comme preuve supplétive, par exemple, dans l'espèce d'un pere qui auroit emprunté par écrit d'un de ses enfans, & qui auroit payé immédiatement après d'autres billets dont il ne seroit point resté de preuves par écrit. Car l'emploi des deniers prêtés par l'enfant, pouvant prouver la vérité de son crédit, il est juste que ce fait supplétif soit admis en preuve testimoniale. Ce n'est pas prouver la convention, puisqu'elle est prouvée par écrit, c'est seulement prouver sa sincérité.

46. Il eſt certain qu'on ne peut pas prouver par témoins la création d'une rente foncière. Mais lorſqu'il y a un titre, le ſervice de la rente foncière ſe prouve par témoins, parce qu'il ne s'agit plus que du fait de l'interruption.

Au contraire, on ne peut pas prouver par témoins l'interruption à l'égard de la rente conſtituée dont le titre remonte à plus de 30 ans; parce que ces rentes étant franchiſſables par leur nature, le défaut d'avoir fait renouveller le titre dans les 30 ans, fait préſumer le franchiſſement. Arrêt du 15 Mai 1755, en Grand'-Chambre, au rapport de M. Dupont d'Eſchuilli, Merien & les Vincent, Parties.

Danti (*a*) propoſe une queſtion ſingulière, à l'égard du débiteur qui a payé une rente pendant pluſieurs années, & qui demande au créancier la reſtitution des ſommes, ſur la repréſentation des quittances, comme indûment payées. Il décide

(*a*) *Chap. 14, n. 17.*

qu'en ce cas, l'un & l'autre peut prendre droit par ces quittances, & soutenir qu'elles leur tiennent lieu de commencement de preuve par écrit; en sorte que le créancier sera reçu à prouver par témoins le service de la rente, pendant le temps suffisant pour acquérir la prescription.

Véritablement les quittances, quoique du fait du créancier, sont des titres pour lui, aussi-tôt que le débiteur les produit; elles ont la même force que si le débiteur avoit reconnu par écrit qu'il avoit payé la rente.

Mais ne pourroit-on pas faire une distinction entre l'espèce de quittances pour quelques années, & celle des quittances dont l'une remonteroit à 40 ans, & les autres seroient d'un temps très-postérieur? Il ne seroit plus question, au défaut de titre de création de la rente, que de prouver par témoin la continuation du service; & la maxime en fait de possession, *probatis extremis media præsumuntur*, leveroit tout doute sur

l'admiſſion de la preuve par témoins, qui ne ſeroit que ſupplétive pour conſtater la continuité.

Mais lorſque, ſans aucun titre de création, de confirmation ou de reconnoiſſance de la rente, il n'y aura que quelques pièces, comme les quittances dans l'eſpèce que nous traitons, dont la plus ancienne ne remontera pas à 40 ans, je doute fort qu'on admît la preuve par témoins pour le temps antérieur. Car cette preuve n'auroit pas pour objet ſeulement la continuité de la rente; elle tendroit directement à établir ſa création. Or, je ne crois pas qu'un pareil fait ſoit ſuſceptible de la preuve par témoins, lorſqu'il n'y a aucun titre, & que la ſeule preuve par écrit conſiſte en des quittances qui ne remontent pas à 40 ans.

Il eſt vrai qu'une rente continuée pendant 40 ans, ne paroît pas ſujette à conteſtation; & l'article 260 de la Coutume peut encore ſervir à confirmer cettte propoſition. Mais

on peut dire qu'à la différence des servitudes & des usurpations dont la possession s'acquiert & se continue sans le consentement de celui à qui cette possession nuit, la création de la rente a nécessairement la convention pour principe; qu'ainsi il faut du moins un commencement de preuve par écrit, de nature à pouvoir établir ou faire présumer la convention suffisante, pour empêcher la contestation de la rente. Or, au défaut de titres, il ne peut y avoir de commencement de preuve par écrit de cette nature, s'il ne remonte pas aux 40 ans, puisque tout paiement qui n'auroit été fait que dans un espace de temps inférieur à cette longue prescription, seroit insuffisant pour faire subsister la rente au défaut de titres (*a*).

Au reste, je crois qu'on donneroit la même force de commencement de preuve par écrit, aux comptes en bonne forme des Receveurs des

(*a*) V. Dunod, *des Prescriptions*, *part.* 2, *chap.* 7, *p.* 171 *&* 172, *& part.* 3, *chap* 7, *p.* 304 *&* 305.

Paroisses

Paroiſſes ou des Chapitres, & peut être même aux regiſtres de recette des autres Communautés, pour conſtater le paiement fait, avant les 40 ans, d'une rente dont le titre n'exiſte plus; & la continuité des comptes poſtérieurs faiſant un corps de preuve du ſervice de la rente pendant 40 ans, le débiteur ne peut plus alléguer le défaut de titre primordial ou confirmatif de la rente.

Enfin ſi l'incendie, la ſouſtraction des titres ou quelque autre accident imprévu, avoit cauſé la perte des titres de la rente, ce ſeroit alors ſeulement qu'on admettroit la preuve par témoins, ſans aucun commencement de preuve par écrit.

47. J'ai vu agiter une queſtion, ſur laquelle nous n'avons aucun Arrêt, & que les Auteurs n'ont point décidée.

Deux Parties ſont appointées à informer ſur le fait de poſſeſſion quadragénaire d'une ſervitude. Celui qui conteſte la ſervitude, ſoutient que cette poſſeſſion eſt précaire, &

qu'elle n'a été exercée que par la permiſſion qu'il a donnée, à la prière de l'autre Partie. Celui-ci prétend que la preuve par témoins de ce fait n'eſt pas recevable ; parce que ce ſeroit prouver une convention ſur un objet dont la valeur excède 100 livres. Il faut, dit-il, diſtinguer le fait de la poſſeſſion qui, étant dégagé de toute convention, eſt ſuſceptible de la preuve, & le fait de la convention dont l'Ordonnance défend la preuve par témoins.

On répond que l'appointement étant reſpectif, & celui qui prétend avoir preſcrit, ne pouvant l'avoir fait qu'en vertu d'une poſſeſſion *pro ſuo*, la nature de la poſſeſſion, & tous les vices dont elle peut être infectée, ſont néceſſairement l'objet de l'appointement à informer ; que s'il y a une préſomption que la poſſeſſion eſt *pro ſuo*, cette préſomption cède à la preuve du fait de précaire ; que cette preuve ne peut être refuſée, comme exception, contre la preſcription, qui ne peut être fondée

que sur une possession exempte de tous vices ; qu'ainsi il est inutile de dire que l'allégation de précaire n'ayant pour fondement qu'une convention, la preuve ne peut pas en être admise ; qu'enfin en toute matière de possession, lorsqu'on est appointé à informer, il n'est pas permis de diviser ni de détacher du corps des preuves, les faits & les circonstances qui peuvent caractériser la nature de la possession.

48. La faveur du commerce, & l'impossibilité ou la difficulté qui peut se trouver à passer des actes entre les Commerçans, ont fait conserver, par la Loi, la preuve par témoins dans les Jurisdictions Consulaires, pour les cas où elle est proscrite entre toutes autres personnes (*a*).

Cette preuve n'est même reçue, pour les marchés faits dans les foires, qu'entre les Marchands, (*b*) &

(*a*) *Art. 2.*
(*b*) V. Boiceau & Danti, *chap. 9.*

non pour ceux qui y ont été faits avec d'autres personnes.

49. La qualité des affaires & des personnes, doit déterminer les Juges à admettre ou à refuser cette preuve (*a*) entre Marchands.

Cette dernière réflexion est d'une justice évidente. On n'admettroit pas un Négociant qui auroit fait faillite, ou d'une réputation peu assurée, à la preuve par témoins, contre un autre Négociant dont la réputation seroit à couvert de tout soupçon : & au contraire, celui-ci y sera admis très-facilement, sauf la preuve du contraire de la part de l'Adversaire, quoique d'une réputation équivoque, tout appointement à informer étant respectif.

De même les circonstances d'une affaire de commerce peuvent faire admettre ou refuser la preuve par témoins, indépendamment de la bonne ou mauvaise réputation des deux Parties.

Il n'est pas possible de donner sur

(*a*) Jousse, *hic*.

cela aucune règle fixe, non plus que sur tout ce qui dépend de la réunion des circonstances.

Ces principes d'équité, qui varient nécessairement suivant la qualité des personnes & des faits, servirent de motif à l'Arrêt du 31 Mars 1718, rapporté dans le Journal des Audiences.

Si toutes les circonstances, qui sont fort détaillées par l'Auteur, ne se trouvoient pas réunies, on seroit étonné qu'entre Négocians, on eût permis au créancier de prouver que son débiteur lui avoit consenti un billet qui n'existoit plus, & que le créancier n'accusoit pas le débiteur de lui avoir enlevé. Mais outre quelques petits commencemens de preuve par écrit, la mauvaise foi du débiteur étoit si évidente, qu'il fut poursuivi criminellement pour sa dénégation; & la Sentence qui le condamna à être mandé & admonesté, en 20 livres d'aumône & en 3000 livres de réparation civile, fut confirmée par Arrêt.

50. Quoique l'article 2 du titre 20, paroisse excepter en général les affaires de commerce, cependant par Arrêt du premier Juillet 1750, en Grand'Chambre, au rapport de M. de la Bourdonnaye de la Bretêche, entre Louis Simonin & François Rouillé dit le Brun, l'un & l'autre Marchands de bois, il fut jugé, en point de droit, que la preuve par témoins de l'exception de pécune non nombrée, n'étoit pas reçue contre la reconnoissance portée dans un acte, quoique la réalisation de la somme n'y fût pas exprimée.

Nous avons sur cette matière une Loi particulière, à laquelle l'Ordonnance n'a point dérogé. C'est l'art. 293 de la Coutume, qui ne donne que le serment du créancier sur l'exception de pécune non nombrée, ou *marchandise non livrée*; & ces derniers mots prouvent que la Coutume a eu pour objet les matières de commerce, comme toutes les autres.

51. Il y a aussi des circonstances & des accidens imprévus, où il n'est pas possible de faire des actes, & qui rendent la preuve testimoniale nécessaire. L'article 3, en le décidant en général, donne pour exemple le dépôt nécessaire en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage.

52. M. Rodier propose (a) la question de savoir si la preuve d'un dépôt nécessaire suffit en général, avec le serment *in litem* du Demandeur, sur la quotité de la somme dont il n'a pas fait la preuve. Il fait une distinction qui paroît conforme au droit & à l'équité.

Si le Défendeur a nié le dépôt, sa mauvaise foi le rend indigne de créance. Il doit être regardé comme un spoliateur; & le serment supplétif *in litem* du Demandeur, doit être admis. Mais ne faudroit-il point, en ce cas, que suivant notre article 160, il prouvât par témoins que sa perte peut être telle?

Si au contraire le dépôt a été

(a) *Tom. 2, art. 3, question 3.*

reconnu, & si le Défendeur a seulement nié la quantité de la somme déposée, il n'y a contre lui aucune preuve ni présomption de mauvaise foi. Ainsi l'on est réduit à lui déférer le serment.

M. Rodier excepte le cas où le Demandeur prouveroit que la veille ou le jour du dépôt, il avoit reçu la même somme, & l'avoit mise dans la cassette déposée. Il ajoute qu'en pareil cas, on doit avoir égard à la probité plus ou moins reconnue de l'une ou de l'autre des Parties.

53. La disposition de l'article 3 s'applique également à la preuve testimoniale de l'existence antérieure du titre, lorsqu'on est en même temps en état d'en prouver la perte arrivée par cas fortuit, par force majeure, par fraude ou par le crime d'un tiers. Par exemple, celui dont la maison a été incendiée, sera reçu à prouver son crédit, par ceux qui ont vu les titres avant l'incendie, ou qui ont eu connoissance de la dette. L'on sera aussi admis à prou-

ver, par faits positifs & bien circonstanciés, que tel titre, portant telles stipulations, a été soustrait par violence ou par surprise, & que telle personne a commis cette soustraction.

Cela fut jugé, même sur le fait de soustraction d'une contre-lettre portant que l'acte étoit simulé, par Arrêt du Parlement de Paris, du 16 Avril 1738 (*a*).

Mais on ne seroit pas reçu à alléguer seulement la perte du titre, & à prouver par témoins qu'il a existé. Il faut non-seulement prouver l'existence antérieure du titre, mais encore le fait spécifique de la perte, ou du moins le cas fortuit, tel que l'incendie, le pillage ou le naufrage dans lequel on doit présumer que le titre a été enveloppé (*b*).

54. De même l'on peut être admis à la preuve de la suppression ou soustraction d'un testament (*c*), quoiqu'on ne soit pas reçu à prouver

(*a*) La Combe, au mot *Preuve*, *sect.* 1, *n.* 2.
(*b*) V. Boiceau & Danti, *chap.* 15.
(*c*) Danti, *chap.* 16, *n.* 67 *& suiv.*

que le testateur a été empêché de faire des legs. Car la suppression ou la soustraction d'un testament, est un délit qui pourroit même être poursuivi criminellement, suivant les circonstances & la qualité du coupable.

55. Mais la supposition d'un testament à la place du véritable (*a*), ou dans le cas où il n'y en a point eu, est un faux caractérisé, dont la preuve ne peut être admise que par la voie de l'accusation de faux principal, ou par l'inscription de faux contre celui qui le produit.

56. La voie de faux ne souffre pas de difficulté en cette matière, comme dans tous les cas où l'on soutient que les actes ont été fabriqués. La preuve par témoins est admise, soit que l'acte contienne des signatures fausses ou des altérations, soit que le vice consiste uniquement dans le fond & dans la substance fausse de l'acte; & nous ne suivons point la disposition de l'article 2 du Régle-

(*a*) Danti, à la fin du *chap.* 16.

ment du 16 Août 1707, qui, à l'égard des inſcriptions en faux, défend de permettre d'entendre des témoins contre le contenu aux actes, ſi ce n'eſt pour prouver que la ſignature eſt ſuppoſée, ou qu'il y a des altérations dans le corps de l'acte.

Quand l'acte contient le caractère de faux, par exemple, des ſtipulations contraires à ce que les Parties avoient déclaré & ſtipulé devant les Notaires, il n'y a que leurs ſignatures qui puiſſent les rendre non-recevables à inſcrire de faux le corps de l'acte; & même cette fin de non recevoir ſera ſans force, ſi l'un des moyens de faux eſt qu'on a ſurpris leur ſignature, ſans leur lire l'acte rédigé contre les conventions. Le concours de la preuve par témoins ſur la nature des conventions & ſur la ſurpriſe des ſignatures, pourra faire réuſſir l'inſcription en faux.

Il eſt vrai que dans les eſpèces dont je viens de parler, il faudra des preuves infiniment plus fortes

qu'en toute autre matière. Mais enfin, si la preuve par témoins est complette, l'inscription de faux doit réussir ; & l'article 2 du titre 20 de l'Ordonnance, n'est point contraire à ce principe, parce qu'il ne concerne que la preuve par témoins en matière civile, sans que le Législateur ait eu intention d'exclure en aucun cas la voie du faux principal ou incident.

57. Mais quoique des Notaires aient rapporté l'état de la santé des contractans, par exemple, dans un don mutuel (*a*), ou que le testateur étoit sain de jugement, il n'est pas besoin d'inscription en faux pour attaquer ces faits & pour prouver le contraire, parce que le Notaire a pu facilement se tromper sur des apparences, de même qu'il peut n'avoir pas eu connoissance des faits de suggestion dont la preuve est admise par l'Ordonnance de 1735,

(*a*) Arrêt du 15 Décembre 1744. Lacombe, au mot *don mutuel*, part. 2, sect. 2, n. 1.

quoique le testament porte qu'il a été fait sans suggestion.

58. Enfin la sureté & la foi publique exigent que cette preuve ne soit pas rejettée sans distinction, pour dépôt fait en logeant dans une Hôtellerie, entre les mains de l'Hôte ou de l'Hôtesse. Mais l'article 4 porte qu'elle pourra être ordonnée par le Juge, suivant la qualité des personnes & les circonstances du fait. Elle ne seroit pas reçue pour celui qui a son domicile dans l'Auberge, parce qu'il n'a pas la faveur du voyageur qui y loge en passant (*a*).

Il a été nécessaire de laisser cette disposition à l'arbitrage du Juge (*b*); parce qu'il seroit injuste & contre le bien public, de ne pas balancer, en cette matière, les qualités des personnes & les circonstances. Par exemple, on ne mettra pas la fortune d'un Hôte de bonne réputation,

(*a*) Jousse, *hic.*
(*b*) V. l'Arrêt du 7 Décembre 1700, dans Augeart. Danti sur Boiceau, *chap.* 3, *n.* 19 *& suiv.* & le Procès verbal de l'Ordonnance, *t.* 17, *art.* 3.

à la merci d'un homme inconnu ou suspect, & des témoins qu'il peut avoir séduits.

59. Si l'Hôte prouvoit que les effets eussent été volés chez lui, par d'autres que ses domestiques, sans qu'il y eût de sa part *levis culpa*, il ne pourroit pas être responsable du vol.

60. L'Ordonnance ne parle point des Voituriers ni des Messagers & Maîtres de voitures publiques, qui ont été chargés de paquets excédans la somme de 100 livres.

Il est sans difficulté que s'ils reconnoissent les avoir reçus, le défaut de les représenter autorise le serment *in litem*, que le Juge doit déférer à la Partie sur la valeur des effets perdus; & elle n'est pas même obligée à la preuve par témoins sur cette valeur.

Mais si le Messager ou le Maître de voiture publique, conteste que le ballot ait été reçu par lui ou par ses Commis, la preuve par témoins ne seroit pas reçue, même au-dessous,

de 100 livres contre lui, faute d'avoir fait porter le ballot sur le registre qu'il est obligé de tenir. Elle ne pourroit être reçue que dans le cas où il auroit fait la faute considérable de n'avoir point de registre.

Les simples Voituriers, lorsqu'ils n'ont point de registre, ce qui est le plus ordinaire, ne sont pas dans une espèce aussi favorable; & Danti (*a*) pense, en conformité d'un Arrêt rapporté par du Fresne, que la preuve par témoins doit avoir lieu.

61. Quoique le dépôt entre les mains d'un ouvrier, pour les travaux de son métier, soit volontaire, il est fait sur la foi publique; & l'on n'en prend presque jamais de reconnoissance. Ainsi je crois, avec M. Rodier (*b*), que la preuve par témoins est reçue, quoique ce qui lui a été confié excède la valeur de 100 livres.

Cependant il est juste qu'on ait

(*a*) *Chap.* 3, *n.* 23.
(*b*) *Art.* 4, *question* 3.

égard aux circonſtances & aux qualités des perſonnes, pour admettre ou refuſer cette preuve, comme nous l'avons dit à l'égard de l'Hôtelier & pour les affaires de commerce. Par exemple, il ſeroit injuſte que la fortune d'un Jouaillier, connu pour homme de probité, fût dépendante des témoins que pourroit ſéduire un homme peu connu, qui ſuppoſeroit lui avoir donné des bijoux pour mettre en œuvre.

62. Par Arrêt du Parlement de Paris, du 28 Avril 1725, il fut jugé qu'il y avoit abus dans la permiſſion d'informer, donnée par un Official à un particulier ſur le fait de ſimonie, ſans commencement de preuve par écrit, ſauf au Promoteur à rendre plainte & à informer (*a*).

Cet Arrêt pouvoit être dans le cas de la ſimonie purement conventionnelle, ſur laquelle on peut voir l'Arrêt du 18 Mars 1679, dans le Journal du Palais, qui rejetta la

(*a*) Code pénal, *t.* 5. Voyez Deniſart, au mot *ſimonie*.

preuve par témoins, n'y ayant aucun commencement de preuve par écrit.

Mais si il étoit question de simonie réelle, dans l'espèce de l'Arrêt de 1725, & si cet Arrêt a eu pour seul motif, que généralement en matière civile, la preuve testimoniale de la simonie n'a point lieu sans commencement de preuve par écrit, je doute que cette décision fût reçue en Bretagne, quoique le fait de simonie suppose une convention illicite. Il y a plusieurs cas où la preuve par témoins est admise sur le fait de fraude, lorsqu'il est allégué par une tierce personne intéressée à prouver la fraude. Le crime de simonie est infiniment plus odieux que la fraude; & ceux qui le commettent ont des moyens faciles pour empêcher qu'il ne reste aucune trace de leurs conventions, qui sont presque toujours secretes, & de l'exécution de ces conventions. Il n'y a aucune Loi qui oblige une Partie à prendre la voie criminelle pour la découverte

de la ſimonie. Pourquoi donc refuſeroit-on la preuve teſtimoniale, par voie civile, à celui qui a intérêt de prouver le fait de ſimonie?

63. Ces obſervations pourroient s'appliquer également à la confidence : cependant le ſentiment commun eſt que pour admettre la preuve par témoins, il faut un commencement de preuve par écrit, comme pour la ſimonie conventionnelle.

Sans m'arrêter plus long-temps ſur ces objets de ſimonie conventionnelle & de confidence, il ſemble qu'outre l'extrême inconvénient d'admettre trop facilement la preuve par témoins, il ſeroit très-dangereux de l'autoriſer, ſans aucun commencement de preuve par écrit, ſur de ſimples conventions contre leſquelles on veut faire naître des ſoupçons de ſimonie ou de confidence. En ce cas, la voie civile ſeroit plus dangereuſe pour l'accuſé, que l'inſtruction au grand criminel, dans laquelle il a la reſſource de la confrontation aux témoins, qui lui

est refusée dans la procédure civile.

64. Après avoir prescrit des règles sur la preuve des conventions, il restoit un objet encore plus intéressant; c'est l'état des Citoyens. La Loi a voulu que les preuves de l'âge, du mariage, du décès, des Tonsures, Ordres mineurs & Ordres sacrés, des Vêtures, Noviciats & Professions en Religion ou dans l'Ordre de Malte, fussent constatées par des registres publics & en bonne forme, dont toute personne est en droit de se faire délivrer des extraits (*a*). Le détail sur la forme de ces registres seroit inutile, & l'on peut recourir aux articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17 & 18, & à la Déclaration du Roi du 9 Avril 1736.

65. Mais si les registres de baptêmes, mariages (*b*) & sépultures, sont perdus, ou s'il n'y en a jamais eu, la preuve en sera reçue, tant

(*a*) *Art. 18.*
(*b*) *Art. 14.* Voyez Boiceau & Danti, *chap. 4.* & l'Arrêt du 11 Janvier 1746, Journal du Parlement, *tom. 3, chap. 151.*

par titres que par témoins. En l'un & en l'autre cas, les baptêmes, mariages & sépultures pourront être justifiés, par les registres ou papiers domestiques des peres & meres décédés, comme moins suspects que s'ils étoient vivans; parce qu'en ce dernier cas, il seroit facile d'ajuster un registre domestique, pour favoriser un enfant au préjudice des autres.

Mais comme les registres des peres & meres décédés peuvent n'être pas absolument exempts d'erreur ou d'ajustement, on doit y joindre la preuve par témoins, sauf à la Partie de vérifier le contraire, même à M. le Procureur Général, & aux Procureurs du Roi sur les lieux, quand il s'agira des capacités des Bénéficiers, réceptions, sermens & installations aux charges & offices.

66. On peut aussi, suivant les circonstances, sur-tout lorsqu'il y a des commencemens de preuve par écrit, prouver les erreurs qui ont pu se glisser sur les registres.

Mais si elles étoient de nature à avoir le caractère de faux, on seroit obligé de prendre la voie de faux principal ou incident.

Sur cela, & sur la preuve de l'état des personnes, voyez le *chap. 11 du livre 1.*

67. En général, la preuve (*a*) par témoins n'est pas reçue, lorsqu'il s'agit de prouver la validité d'un mariage : l'article 14 du titre 20 contient la seule exception qu'il y ait à cette règle, dans les cas de perte ou de non existence des registres.

Mais il naît deux questions différentes, qui sont traitées par Danti (*b*).

68. La première est de savoir si le mariage des mineurs, sans le consentement de leur pere, étant nul, ce consentement peut être constaté par témoins.

Ce consentement étant une formalité essentielle du mariage du mineur, il est nécessaire qu'il y en ait une preuve par écrit. C'est la matière

(*a*) V. *tom. 1, chap. 11, n. 20.*
(*b*) *Chap. 4, n. 23 & suiv.*

la plus importante de l'ordre public & civil. Il ne s'agit pas même d'un simple fait, puisque c'est un consentement qui a le vrai caractère de convention.

69. La seconde question est de savoir si la preuve du vrai domicile des époux, peut être faite par témoins, lorsque le mariage est attaqué par nullité, comme n'ayant pas été fait devant leur Curé.

Cette question est bien différente de l'autre, elle n'a aucun rapport à la convention. Il s'agit seulement d'un fait de domicile dont la preuve est admise par témoins, comme de tout autre fait. L'énonciation d'un autre domicile, dans le contrat de mariage ou dans l'acte de célébration, ne peut pas même former d'obstacle à cette preuve, parce que ce n'est toujours qu'une énonciation faite par erreur ou par fraude, qui n'ayant point le vrai caractère de faux, ne met point les Parties dans la nécessité d'inscrire l'acte en faux. Car un acte n'est pas moins

vrai dans la ſubſtance & dans ſa rédaction, quoiqu'on y ait avancé de faux faits.

Mais il faut qu'il n'y ait aucune autre preuve par écrit de ce domicile. Car la moindre preuve de cette eſpèce, feroit rejetter la preuve par témoins, ſuivant deux Arrêts de 1682 & 1723, cités par M. de Laverdy, dans la cauſe de Duchemin & de la Duclos, qui fut elle-même déboutée de cette preuve par l'Arrêt du 20 Juillet 1731, dont j'ai parlé au chapitre du mariage (*a*).

70. La preuve des faits de contrainte & de violence, au ſoutien de la demande en réclamation de vœux, eſt admiſe ſans commencement de preuve par écrit; & même le plus ſouvent il ne feroit pas poſſible d'avoir ce commencement de preuve, puiſque ceux qui ſont capables d'un procédé ſi odieux & ſi contraire à la Religion, évitent avec ſoin de donner le moindre commencement de preuve contr'eux.

(*a*) *Liv. 1, chap. 9, n. 3.*

Il suffit même de dire qu'il ne s'agit point de convention, mais de faits dont l'Ordonnance ne défend point la preuve.

Outre les anciens Arrêts que Denisart (*a*) indique, il rapporte un Arrêt du 8 Août 1746, qui a admis la preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit. Il est vrai qu'il en rapporte deux autres des 15 Juin 1744, & 29 Mai 1756, qui ont déclaré abusives les Sentences des Officiaux qui l'avoient admise. Mais ces Arrêts furent rendus dans des circonstances particulières que cet Auteur rapporte, & dont le détail seroit inutile.

Le titre 13 abroge les enquêtes d'examen à futur, & les enquêtes par turbes.

71. Le seul mot d'examen à futur annonce que les enquêtes se faisoient avant que le Procès fût intenté. On peut voir dans le Procès-verbal de l'Ordonnance, le détail des

(*a*) Au mot *Vœu*, *n.* 41.

motifs

motifs qui ont fait abroger cette procédure.

72. On ne considère pas comme enquête d'examen à futur proscrite par l'Ordonnance, l'enquête sommaire que fait faire un dépositaire, un voiturier ou quelque autre personne chargée d'une marchandise, ou de toute autre chose qui périt ou est endommagée sans sa faute & par cas fortuit. L'obligation d'en faire rapporter un Procès verbal sur le champ, autant qu'il est possible, donne le droit de faire entendre sommairement les témoins, dont les dépositions font partie du Procès verbal.

73. Les enquêtes par turbes se faisoient pour l'interprétation des Coutumes & des usages. Les témoins étoient les Officiers & les Praticiens des lieux. Comme ils étoient souvent mal instruits des usages, & du véritable esprit des Coutumes, cette procédure étoit sujette à plusieurs abus, & causoit de grands frais; au lieu qu'il n'y a aucun de

ces inconvéniens dans les actes de notoriété qui sont donnés par le Barreau du Parlement, ou par les Juges ou le Barreau des Siéges inférieurs. Le Parlement en donne même quelquefois, Chambres assemblées, sur les matières très-importantes (*a*).

(*a*) V. ce que j'ai dit, *tome* 1, *chap.* 1, *page* 6.

SECTION II.

De la forme de la preuve par témoins.

SOMMAIRE.

74. *Embarras dans les formalités du tit.* 22. *De la nullité de l'enquête. Quand on peut en faire une nouvelle. Questions sur cela. Examen de l'article* 36.
75. *Division de cette Section.*

74. Il n'y a point, dans l'Ordonnance, de titre plus important que celui des enquêtes; & il n'y en a aucun qui soit aussi embarrassé de formalités, & qui dût l'être moins. Il y auroit une grande réforme à faire sur ce titre, qui met les Juges

& les Parties dans une crainte continuelle de quelques nullités, d'autant plus que l'article 20 ordonne que tout ce qui précède sera observé dans la confection des enquêtes, à peine de nullité; & par l'article 36, si l'enquête est déclarée nulle par la faute du Juge ou Commissaire, il en sera fait une nouvelle à ses frais, *dans laquelle la Partie pourra faire ouir de nouveau les mêmes témoins.*

Je m'arrête sur ces derniers mots, avant d'entrer dans le détail de la forme que prescrit ce titre, parce qu'ils donnent lieu à des questions détachées entièrement de cette forme.

Ces termes de l'Ordonnance font naître les plus grandes difficultés, dans le cas d'une forclusion acquise de part & d'autre avant qu'une des enquêtes soit déclarée nulle.

La Loi décide que cette forclusion ne peut pas empêcher de faire une nouvelle enquête & de faire entendre *les mêmes témoins*; quoiqu'on puisse objecter que leur foi a

été engagée (*a*). Mais elle ne dit pas qu'on ſoit exclus d'en faire entendre d'autres, ni qu'on puiſſe les faire entendre.

Si je ſuis autoriſé à faire entendre de nouveaux témoins malgré la forcluſion, je profite de la nullité de mon enquête, au préjudice de la Partie adverſe. Si au contraire je ſuis réduit à faire aſſigner de nouveau les témoins de l'enquête nulle, je ſouffre un préjudice réel & irréparable, ſi quelqu'un de ces témoins eſt mort.

Dans l'embarras réciproque qui réſulte de ce que je viens de dire, il ſemble qu'on eſt réduit à conſulter l'Ordonnance; & malheureuſement elle n'eſt pas claire, puiſqu'en diſant qu'il ſera fait une nouvelle enquête, elle ne parle pas qu'on pourra faire entendre d'autres témoins que ceux de la première enquête, ni qu'on ſera borné à ne faire entendre que ces témoins. La généralité de la permiſſion de faire une nouvelle

(*a*) Procès verbal, *tit.* 22, *art.* 42.

enquête, semble mettre la Partie dans une entière liberté d'y faire entendre les mêmes témoins de la précédente, sans l'exclure d'en faire déposer d'autres.

En ce cas, l'audition de ces nouveaux témoins ne sera pas aux frais du Commissaire dont l'enquête est déclarée nulle. Arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 Décembre 1749 (*a*).

Mais M. Pussort (*b*) dit seulement, dans le Procès verbal, que les mêmes témoins pourroient être encore une fois entendus, *parce qu'en cela il n'y auroit rien du fait de la Partie*; ce qui peut annoncer que l'intention de la Loi a été uniquement que la Partie, dont l'enquête a été annullée sans sa faute, fût remise au même état qu'elle étoit avant que la nullité fût jugée. De plus, M. Pussot ajoute qu'il n'y a pas d'apparence que le nouvel appointement soit commun à l'autre

(*a*) Rodier, *art.* 36. *quest.* 2.
(*b*) Procès verbal, *ibidem.*

Partie, puiſqu'il n'eſt donné que pour réparer la faute du Juge, à l'égard de la Partie qui en a reçu le préjudice.

Cela peut achever de prouver la ſeule intention de remettre la Partie au même état que ſi ſon enquête n'eût pas été jugée nulle, & conſéquemment de la réduire à ne faire entendre que les mêmes témoins. Mais ſi les plus forts témoins de cette enquête étoient morts, ſeroit-il juſte de lui interdire la liberté d'en faire entendre d'autres? D'un autre côté, ſeroit-il juſte de l'autoriſer à renforcer les preuves par de nouveax témoins, pendant que la Partie adverſe ſeroit excluſe d'en faire entendre de ſa part?

Comme nous n'avons point de Juriſprudence ſur cette queſtion, je me borne à l'expoſition que je viens de faire.

Nous n'avons point auſſi de Juriſprudence, ſur la queſtion de ſavoir ſi, la forcluſion étant acquiſe, & l'enquête étant déclarée

nulle par la faute de la Partie ou de ſon Procureur, elle peut faire une nouvelle enquête. M. Jouſſe (*a*) décide pour la négative, ſauf le recours de la Partie vers ſon Procureur, s'il eſt l'auteur de la faute. M. Rodier (*b*) cite des Arrêts contraires à cette opinion, qui me paroît trop rigoureuſe.

75. Pour traiter la matière des enquêtes avec méthode & clarté, je la diviſe en quatre parties.

1° Des règles générales, & des formalités antérieures à la jurée & à l'enquête.

2° De la forme de la jurée & de l'enquête.

3° De la forme poſtérieure à l'enquête.

4° De la Procédure ſur les reproches en particulier.

(*a*) *Art.* 20.
(*b*) *Art.* 20.

DISTINCTION PREMIÈRE.

Des règles générales & des fomalités antérieures à la jurée & à l'enquête.

SOMMAIRE.

76. *Commiſſion rogatoire ne peut être donnée qu'à un Juge.*
77. *Enquête réduite à 10 témoins en matière civile.*
78. *Motif de la néceſſité d'exprimer les faits dans l'appointement.*
79. *Appointement reſpectif, excepté en cas de recélé.*
80. *Preuve par témoins peut être ordonnée d'office.*
81, 83. *Délais pour faire l'enquête. On ne ſe forclos point ſoi-même.*
82. *Délais lorſqu'il y a des monitoires.*
84. *L'appointement en preuve eſt proviſoire.*
85. *De la ſuſpenſion par la récuſation.*
86. *On peut juger, même définitivement, nonobſtant l'appel de l'appointement.*
87. *Si l'appel proroge le délai pour faire enquête.*
88. *Si l'appointement eſt proviſoire en matière d'Etat.*
89. *Effets de la forcluſion en cette matière. Differens de ceux de la forcluſion de produire.*

76. Il faut d'abord prendre pour principe général, que si le Juge ne peut pas lui-même entendre les témoins, il ne peut donner de commission rogatoire pour les entendre qu'à un Juge; & par le Réglement du 22 Avril 1727, il fut défendu à tous les Juges de la Province, de décerner aucune commission rogatoire aux Recteurs des Paroisses, pour entendre les témoins.

77. En matière civile, on ne doit

faire entendre plus de dix témoins ſur un même fait. Mais les dépoſitions qui excèdent ce nombre ne ſont pas nulles. L'article 21 décide ſeulement qu'elles ne paſſent point en taxe, quoiqu'en définitive tous les dépens ſoient adjugés à la Partie qui a fait entendre ces témoins.

78. Il eſt néceſſaire, en ordonnant la preuve par témoins, de déterminer quels faits ont paru au Juge, pertinens & utiles pour la déciſion, d'autant plus qu'il y a une règle générale établie par l'équité & par le bon ſens, que *fruſtra probatur, quod probatum non relevat.* Ainſi c'eſt aux faits utiles, que doit être fixée l'attention des témoins & du Juge qui les entend. D'ailleurs, la Loi a voulu prévenir l'abus de l'ancienne forme, par laquelle les frais étoient multipliés, avant que les Parties fuſſent convenues des faits qui devoient être l'objet de la preuve par témoins.

Par ces motifs, le jugement qui ordonne l'enquête, doit contenir les

faits dont les Parties informeront respectivement, si bon leur semble, sans autre procédure ni jugement (*a*).

79. Il est de maxime constante que, de droit & sans l'exprimer, tout appointement à informer, contradictoire ou par défaut, est respectif, à l'exception de l'accusation de recélé, qui ne se poursuit par voie civile, que par égard pour la personne d'une veuve ou d'un héritier.

80. Au reste, le Juge peut ordonner d'office la preuve par témoins, quoiqu'elle ne soit requise par aucune des Parties; parce qu'en général le Juge peut & doit même ordonner tous les approfondissemens qui lui paroissent nécessaires pour être en état de rendre la Justice aux Parties, quoiqu'elles ne les demandent pas, lorsqu'il n'y a aucune prohibition prononcée par la Loi.

81. Si l'enquête est faite au même lieu du jugement, ou dans la dis-

(*a*) *Art. 1.*

tance de dix lieues, la Partie doit la faire commencer dans la huitaine du jour de la ſignification qui lui a été faite, ou à ſon Procureur. Car ſuivant la maxime *qu'on ne ſe forclos point ſoi-même*, la ſignification que la Partie ou ſon Procureur auroit fait faire du Jugement, ne feroit pas courir le délai contr'elle (*a*).

S'il y a une grande diſtance, le délai eſt augmenté d'un jour par dix lieues.

L'enquête doit être achevée dans la huitaine ſuivante. Les Juges, & non pas le ſeul Commiſſaire, peuvent néanmoins, ſi l'affaire le requiert, donner une autre huitaine pour la confection de l'enquête, ſans que le délai puiſſe être prorogé (*c*).

Par Arrêt du Parlement de Rouen, du 9 Mars 1742, il fut jugé que le Juge ne peut pas prolonger le délai, pour commencer l'enquête, & qu'il peut ſeulement l'accorder pour la finir.

(*a*) Arrêt du Parlement de Rouen, du 16 Mai 1752.
(*b*) *Art.* 2.

82. Le délai péremptoire ne commence à courir, qu'après que la publication des monitoires & réagraves (*a*) est finie, lorsqu'en matière civile cette publication a été ordonnée; par exemple, pour des recélés.

83. Boutaric (*b*) rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a jugé qu'une enquête ayant été faite en trois séances différentes, dont la troisième étoit hors du délai, cette dernière partie étoit nulle, mais que sa nullité ne pouvoit pas influer sur les deux premières séances faites dans le délai.

Au reste, notre usage n'est ni au Parlement ni dans les Tribunaux inférieurs, de donner un autre délai, que ceux de l'Ordonnance, pour commencer l'enquête, hors le cas des monitoires, parce que la disposition de l'article 2, *sans que le délai puisse être prorogé*, est évidemment prohibitive.

(*a*) Arrêt du 23 Mai 1705, dans le Journal des Audiences.
(*b*) *T.* 22, *art.* 2.

84. L'article 2 ajoute ces mots : *le tout nonobſtant oppoſitions, appellations, récuſations & priſes à partie, & ſans y préjudicier* (*a*) ; ce qui eſt répété par l'article 9.

85. Mais par l'article 10, ſi l'enquête ſe fait au lieu de la réſidence du Juge, il eſt obligé de ſurſeoir, juſqu'à ce que les récuſations ou priſes à partie ſoient jugées ; au lieu que, ſuivant l'article 7 du titre 20, dans le cas de deſcente, il faut propoſer les moyens de récuſation contre le Commiſſaire, trois jours avant ſon départ, pourvu que le départ ait été ſignifié huit jours auparavant.

J'ai examiné, à la ſection des récuſations, une difficulté qui ſe préſente ſur cette diſpoſition & ſur l'article 10 ; & j'obſerve ſeulement ici, qu'il réſulte des termes de l'Ordonnance ;

86. 1° Que l'exécution de l'appointement à informer eſt provi-

(*a*) V. les Ordonnances rapportées par Theveneau, *liv. 6, t. 6.*

ſoire (*a*), nonobſtant l'appellation; & il eſt même de maxime, comme pour les appointemens en droit, que le Juge peut ſtatuer définitivement, nonobſtant l'appellation.

87. 2° On pourroit conclure de cete exécution proviſoire, qu'une Partie ne pourroit pas proroger le délai par l'appel qu'elle releveroit de l'appointement. Cependant M. Jouſſe dit (*b*) que ſi il y a appel du Jugement qui admet la preuve, le délai pour faire enquête ne court que du jour de la ſignification du Jugement qui confirme l'appointement; & c'eſt le ſentiment commun, quoique nous n'ayons point ſur cela de Juriſprudence.

Il a ſeulement été jugé que lorſqu'il y a appel de l'appointement, la forcluſion ne s'acquiert point au profit de l'Appellant contre l'Intimé, quoique l'appointement lui ait été ſignifié, parce qu'un Appellant ne

(*a*) Acte de Notoriété, du 1 Mai 1723. Journal du Parlement, *tom.* 2.
(*b*) *Art.* 2.

peut pas imputer le défaut d'exécution d'un Jugement qu'il attaque, & qu'il veut faire réformer.

88. Mais j'ai vu agiter la question de savoir si, en matière d'Etat, la Partie peut être admise à la preuve par témoins provisoirement, & nonobstant l'appel de l'appointement.

On distinguoit si la Partie étoit en possession de son état, ou avoit un commencement de preuve par écrit, & le cas où elle n'avoit aucun de ces avantages. On disoit qu'en cette dernière espèce, il n'étoit pas juste de lui procurer un titre par la preuve testimoniale, pendant que l'appel rendroit incertaine la question sur l'admission de la preuve.

On répondoit que si, par l'événement de l'appel, la preuve par témoins étoit jugée inadmissible, les Juges supérieurs rejetteroient les enquêtes; & qu'ainsi, en ce cas même, il n'y auroit aucun inconvénient dans l'exécution provisoire de l'appointement à informer; qu'au

contraire, si la preuve testimoniale étoit jugée admissible par le Jugement de l'appel, il étoit juste que l'appel ne fût pas un moyen pour causer le dépérissement des preuves.

L'Arrêt du 18 Août 1739, rapporté dans le Journal du Parlement (*a*), paroît favorable à ce dernier sentiment.

89. 3° La forclusion, faute d'avoir fait l'enquête dans le temps marqué, opère l'exclusion absolue, au lieu que la Partie forclose de produire peut le faire jusqu'au Jugement, comme nous l'avons observé.

La raison de différence est que les délais, pour la forclusion d'informer, ont été établis principalement afin de prévenir les manœuvres qu'on n'emploie que trop souvent pour pratiquer des témoins; au lieu que la forclusion de produire n'a pour objet que d'arrêter les longueurs des Procès; & la Loi n'a point eu pour objet d'empêcher la Partie de produire, en tout état de

(*a*) *Tome 3, chap. 35.*

cause, ses moyens de défense & les titres qui fournissent des preuves littérales en sa faveur.

90. Dans les autres Provinces, on pense que l'article 32, qui limite aux Cours, Bailliages, Sénéchaussées & Présidiaux, le délai de huitaine, & qui borne le délai à trois jours, pour tous les autres Tribunaux, s'applique au délai de la forclusion pour faire enquête.

La note marginale de Bornier sur cet article, fait voir qu'il ne l'appliquoit qu'aux délais portés dans l'article 31, pour lever le Procès verbal & l'enquête (*a*). M. Rodier, sur cet article, semble appliquer la limitation de l'article 32 à tous les délais de huitaine dont il est parlé dans le titre 22. Mais il dit en même temps que ces délais seroient souvent trop courts, & qu'on *s'en tient quasi par-tout à observer un délai de huitaine* (*b*).

(*a*) Il paroît aussi que c'est le sentiment de M. Sallé.

(*b*) V. le Dictionnaire de Droit de Ferrière, au mot *Enquête*.

Véritablement il eſt évident que le délai de trois jours, pour aſſigner les témoins & pour commencer l'enquête, eſt trop court, & qu'il y auroit ſouvent une impoſſibilité d'éviter la forcluſion. Auſſi cette extenſion de l'article 32 n'a jamais été admiſe en Bretagne. Par Arrêt des Enquêtes du 12 Octobre 1694, au rapport de M. Deſnos des Foſſez, entre Julienne Galenou Intimée, & Gilles Georges Appellant, il fut jugé, en point de droit, que la diſpoſition de l'article 32 ne s'applique qu'aux délais dont parle l'article 31; & l'uſage conſtant de toute la Province, a toujours été conforme à cet Arrêt.

Les motifs ſe tirent, premièrement, des formules de l'Ordonnance dreſſées & imprimées par ordre du Roi, qui, après avoir parlé de l'article 31, portent que *ces délais* (ce qui prouve qu'ils ne s'appliquent qu'aux délais de l'article précédent) ne ſeront que de trois jours pour les autres Juriſdictions, *ſans y comprendre le délai*

pour le voyage, s'il en échoit, à raison d'un jour par dix lieues. Ces derniers mots sont évidemment relatifs à la fin de l'article 31. Le sommaire des formules, sur ce titre, prouve encore cette vérité.

Il faut de plus observer que, dans la première rédaction de l'Ordonnance, les articles, sur les délais pour faire enquête, étoient dans un titre séparé, qui est le 21; au contraire l'article qui est le 32 de l'Ordonnance, étoit le 36 dans un autre titre, qui est le 22. Il est évident qu'alors les Rédacteurs n'avoient point pour objet le délai de huitaine qu'ils avoient employé dans le titre précédent, & que la réduction du délai a trois jours, dans les Jurisdictions inférieures, ne concernoit que les différens délais pour lever le Procès verbal, & pour lever l'enquête lors du Procès verbal de l'Ordonnance. M. le premier Président avertit les Rédacteurs qu'ils avoient très-mal placé, au titre 21, les délais des enquêtes avec la matière

des complaintes. Ils reportèrent ces articles au commencement du titre 22; & ils ne pensèrent pas à l'équivoque qui pouvoit naître de la généralité d'expression de l'article 32. Ce n'est pas la seule faute d'attention qu'on puisse leur reprocher. Elle peut être excusable dans un si grand ouvrage.

Enfin il suffit de consulter les motifs de la Loi, pour achever la démonstration sur ce que je viens de dire. Comme dans les Jurisdictions inférieures, les Greffiers & même les autres Officiers, sont réputés avoir moins d'affaires & d'embarras que dans les Jurisdictions supérieures, il n'est pas étonnant que les délais de l'article 31 aient été réduits à trois jours dans les premières : mais à l'égard du temps pour faire l'enquête & pour l'achever, la même raison ne peut pas s'appliquer; parce que, dans quelque Tribunal que ce soit, il est juste de donner à la Partie un délai compétent pour chercher les témoins & pour les faire assigner.

Ce motif eſt le même dans tous les Tribunaux ſans exception; & le délai de huitaine eſt le plus court qu'on puiſſe donner.

91. Lorſque la forcluſion eſt acquiſe, la Partie adverſe peut pourſuivre l'Audience ſur un ſimple acte; & l'article 4 abroge l'ancienne formalité de la forcluſion de faire enquête.

92. Les formalités qui précèdent la jurée & l'enquête, ſont très-ſimples.

Sans commiſſion du Greffe, & ſur une ſimple Ordonnance du Juge, les témoins ſont aſſignés, à perſonne ou domicile, pour dépoſer, & la Partie au domicile de ſon Procureur, pour les voir jurer (*a*). Mais ſi la Partie adverſe étoit défaillante, faute de conſtituer Procureur, l'aſſignation doit être donnée à ſa perſonne ou à ſon domicile. Les formules de l'Ordonnance exigent qu'il ſoit donné copie de l'Ordonnance

(*a*) *Art. 5 & 7.*

du Juge aux témoins & à la Partie; mais l'Ordonnance n'en dit rien.

93. Le délai des assignations données aux témoins, est au moins d'un jour par dix lieues en été, & d'un jour par huit lieues en hiver.

94. Dans les exploits d'assignation aux témoins & aux Parties, le jour & l'heure pour comparoir, doivent être marqués; & si les témoins & les Parties ne comparoissent pas, on doit différer d'une autre heure; après laquelle, si les Parties ne consentent pas la remise à un autre jour, les témoins présens doivent être jurés & entendus (*a*).

95. S'il y a renvoi à un autre jour pour la jurée, il faut les assigner de nouveau, aussi bien que la Partie. Denisart (*b*) rapporte un Arrêt du 12 Janvier 1731, qui a jugé en matière criminelle, qu'il n'est pas besoin en ce cas de réassigner le témoin, & cette réassignation n'est point exigée par l'Ordonnance cri-

(*a*) *Art. 6 & 9.*
(*b*) Jousse, *hic.* V Denisart, au mot *Information*, *n.* 21.

minelle, au lieu que l'Ordonnance civile paroît l'exiger par les termes de l'article 9.

96. La peine contre le témoin qui laisse défaut est de dix livres; elle est exécutoire par provision. Le Commissaire peut la prononcer, sans pouvoir ordonner la contrainte par corps pour le paiement, que le Juge ne peut ordonner qu'en cas de manifeste désobéissance (*a*), & qui ne peut être prononcée par un Juge Ecclésiastique.

La contrainte par corps n'a pas lieu contre un Ecclésiastique. Mais outre l'amende de dix livres, on peut ordonner la saisie de son temporel (*b*).

97. Si la maladie du témoin, résident dans le ressort de la Jurisdiction, le mettoit hors d'état de comparoître, le Juge ou le Commissaire se transporteroit chez lui, pour recevoir sa déposition. S'il étoit hors du ressort de la Jurisdic-

(*a*) *Art. 8.*
(*b*) Jousse, *hic.*

tion

tion, & si la maladie ou l'éloignement ne permettoit pas de le faire venir, les Juges donneroient une commission au Juge du lieu pour l'entendre, si ce Juge étoit leur inférieur ; s'il ne l'étoit pas, ils donneroient une commission rogatoire.

98. La dignité du témoin, à l'exception du Prince du Sang, ne le dispense pas de l'obligation d'aller faire sa déposition au lieu ordinaire, c'est-à-dire à l'Audience en matière sommaire, & à la Chambre du Conseil en toute autre matière civile & criminelle, parce qu'en Bretagne le Juge ne peut pas entendre les témoins dans sa maison. M. Serpillon (*a*) cite deux Arrêts du Parlement de Toulouse, rendus contre les Evêques de Carcassonne & de Nismes, qui vouloient obliger le Juge d'aller recevoir leurs dépositions à leur Palais Episcopal.

Ces décisions auroient lieu, même pour les Jurisdictions de Seigneur. Tout Juge a le caractère

(*a*) Code criminel, *Tit. 6, art. 3.*

public dans ses fonctions ; & ce caractère est d'autant plus respectable, que la Jurisdiction qu'il exerce est émanée de l'autorité du Roi, en qui réside tout droit de Justice. Au contraire le témoin, quoique constitué en dignité, n'est qu'un particulier dans cette partie ; & il n'est considéré que comme tout autre Sujet du Roi, qui doit son témoignage à la Justice, lorsqu'elle l'a ordonné.

Cela suffit pour décider une question que j'ai vu agiter vers 1724. Un Magistrat du Parlement fut assigné comme témoin. Il prétendit avoir le droit de donner sa déposition par un Procès verbal, sans comparoître devant le Juge. Cette prétention fut rejettée, par le motif que la fonction de Magistrat étoit étrangère au témoignage qu'il étoit obligé de donner, & qui devoit être dans le lieu & dans la forme que prescrit la Loi.

99. Le témoin qui a des motifs

légitimes pour ne pas déposer, est néanmoins obligé de se présenter pour obéir à Justice, & de déclarer ses motifs. Le Commissaire doit les rapporter après l'avoir fait prêter serment, & le faire souscrire sa déclaration s'il sait signer. Mais le Commissaire n'est pas seul Juge de la question de savoir si ce témoin doit déposer; & elle doit être décidée par le Corps du Siége: les conclusions de la Partie publique sont même nécessaires, s'il s'agit d'une instruction criminelle. S'il est jugé que le témoin doit déposer, le Jugement lui est signifié, avec nouvelle assignation. (*a*)

Mais dans une Jurisdiction où il n'y a qu'un seul Juge qui fait toute l'instruction en matière criminelle, il doit sur le champ ordonner la communication à la Partie publique; & sur ses conclusions, le Juge peut incontinent après, & sans appeller des Gradués, ordonner que le témoin déposera sans

(*a*) Code criminel, *Tit. 6, art. 3.*

aucun retardement. Le Jugement étant signifié au témoin, s'il n'a pas quitté le lieu, il ne peut pas se dispenser de déposer dans le moment, sauf à l'accusé à faire valoir les moyens de reproche. L'instruction criminelle exige cette célérité, sur-tout lorsqu'il s'agit d'un délit grave.

100. Des Arrêts (*a*) d'autres Parlemens ont décidé que des témoins, assignés pour déposer ou pour être récolés & confrontés, ne doivent pas être arrêtés, quoique décrétés de prise de corps, & à plus forte raison pour dettes; parce qu'étant mandés par les Officiers de la Justice, c'est comme s'ils étoient mandés par le Roi.

Nous n'avons point de Jurisprudence sur cette question.

(*a*) Code criminel, *Tit. 6, art. 3.*

DISTINCTION II.

De la forme de la jurée & de l'enquête.

SOMMAIRE.

101. *Motifs de l'Ordonnance, dans les formalités qu'elle prescrit pour l'enquête.*
102. *On y procède à la Chambre du Conseil, hors le cas des matières sommaires.*
103. *Forme de la jurée.*
104. *Ce que doit faire le Commissaire, quand on propose des reproches.*
105, 107. *Forme de la déposition.*
106. *Motif de cette forme.*
108. *Si le Juge peut interroger les témoins.*
109. *Si le Juge doit dicter la déposition du témoin au Greffier. Si le témoin est en droit de la dicter lui-même.*
110. *Si le Juge peut refuser d'insérer dans la déposition tout ce que dit le témoin.*
111. *Si le Juge est obligé de recevoir la déposition qu'un témoin apporte écrite.*
112. Quid *si le témoin est muet.*
113. *S'il est nécessaire que le Juge signe la déposition.*

101. L'Ordonnance a eu une attention particulière à régler la forme des dépositions, pour prévenir les surprises, pour donner aux

témoins une entière liberté de dire la vérité & de s'expliquer ſur toutes les circonſtances, même ſur celles qu'ils ſe rappellent après la rédaction de leurs dépoſitions, & ſur les erreurs que leur défaut de mémoire, ou la mauvaiſe rédaction auroient pu faire gliſſer dans la dépoſition.

Nous avons ici deux objets différens à examiner, la forme de la jurée, & la forme de l'enquête.

102. Hors le cas des matières ſommaires, on y procède à la Chambre du Conſeil (*a*), & il doit y être procédé, nonobſtant oppoſitions & appellations même comme de Juge incompétent (*b*), récuſation ou priſe à partie, & ſans y préjudicier, ſauf à en propoſer les moyens & fournir des reproches après l'enquête.

103. Par l'article 22, le Procès verbal de jurée, que l'Ordonnance appelle Procès verbal d'enquête, doit être ſommaire, & ne doit contenir que le jour & l'heure des

(*a*) Réglement du 12 Avril 1731.
(*b*) *Art.* 9: ſur cet art. & ſur l'art. 10, V. ce que j'ai dit au *Chap. des Récuſations*.

assignations données aux témoins pour déposer, & aux Parties pour les voir jurer; le jour & l'heure des assignations échues; leur comparution ou défaut; la prestation de serment des témoins; si c'est en la présence ou absence de la Partie; le jour de chaque déposition; le nom, surnom, âge, qualité & demeure des témoins; les requisitions des Parties, & les actes qui en seront accordés.

104. Mais si la Partie ou son Procureur propose des reproches & requiert que les témoins ou la Partie adverse s'expliquent sur ces reproches, le Commissaire peut-il l'ordonner? Cette question est amplement traitée par M. Rodier (*a*). Malgré la difficulté que peut faire naître la limitation du pouvoir du Commissaire, je crois que le bien de la Justice & l'éclaircissement de la vérité, mettent le Commissaire en droit de statuer sur un réquisitoire de cette espèce, sauf aux Juges à pro-

(*a*) *T. 22, art. 22.*

noncer dans la ſuite ſur la validité ou invalidité des reproches.

105. Le Juge ou Commiſſaire doit recevoir le ſerment & la dépoſition de chaque témoin, ſans que le Greffier ni autre puiſſe les recevoir ni rédiger par écrit hors de ſa préſence. (*a*) Le Juge ou Commiſſaire ne doit pas lui-même écrire les dépoſitions; il doit faire rédiger tout ce que le témoin dira touchant le fait dont il s'agit entre les Parties, ſans rien retrancher des circonſtances (*b*); & ſi le témoin augmente, diminue ou change quelque choſe en ſa dépoſition, il ſera écrit par apoſtille & renvoi en marge, ſigné du Juge & du témoin, s'il ſait ſigner; & s'il ne ſait pas ſigner, il en ſera fait mention; ſans qu'on puiſſe ajouter foi aux interlignes ni même aux renvois qui ne ſeront point ſignés (*c*).

Les Ordonnances de 1667 & 1670, n'exigent point que le témoin déclare dans ſa dépoſition s'il connoît les Parties. Ainſi il n'y auroit

(*a*) *Art.* 13.
(*b*) *Art.* 17.
(*c*) *Art.* 18.

pas de nullité dans l'omiſſion de cette formalité, quoiqu'elle ſoit d'un uſage conſtant, & ſouvent très-utile ou même néceſſaire.

Comme il eſt juſte & même néceſſaire que la dépoſition du témoin ſoit faite avec une entière liberté, la Loi a prévu que cette liberté pourroit être gênée par la préſence des Parties ou des autres témoins. C'eſt par ce motif que, par l'article 15, dans les enquêtes qui ne ſont point faites à l'Audience, les témoins ſont ouis ſéparément; & il n'y a que le Juge & le Greffier qui puiſſent être préſens.

Enfin les articles 14, 16 & 19, preſcrivent trois formalités eſſentielles, dont les motifs ſont très-juſtes.

1° Qu'au commencement de la dépoſition il ſoit fait mention du nom, ſurnom, âge, qualité & demeure du témoin, du ſerment par lui prêté, s'il eſt ſerviteur ou domeſtique, parent ou allié de l'une ou de l'autre des Parties, & en quel degré.

L'alliance dont parle l'Ordon-

nance, ne s'entend que du premier genre d'affinité, les autres genres n'étant point admis en France.

On ne peut pas omettre l'expression de *serviteur ou domestique*, quelque éminente que soit la dignité du témoin.

L'article 149 de la Coutume veut que le témoin soit purgé de conseil. Mais l'Ordonnance ne prescrivant point qu'il en soit parlé, l'omission n'emporte pas de nullité; c'est seulement un moyen de reproche, si le témoin est conseil d'une des Parties.

Plusieurs Juges mettent les mots *purgé de sollicitation*, qui sont absolument inutiles: & même si le témoin a été seulement prié par la Partie de déposer ce qu'il sait, ou si elle lui a demandé ce qu'il savoit, on n'en pourroit pas induire un projet de séduction. (*a*)

106. Par ce que prescrit l'Ordonnance, le témoin se fait connoître, & est obligé de déclarer lui-même

(*a*) Code criminel, *T. 6, art. 42, n. 3.*

les principaux moyens de reproche dont il a connoissance. Outre que par tout ce détail on n'a point à craindre l'incertitude sur la personne qui a déposé, ni les inconvéniens des conformités de noms qui sont fréquentes, l'accusé ou l'autre Partie est en état de connoître parfaitement le témoin, & de proposer ses reproches.

107. 2° Comme il peut y avoir quelque errreur ou quelque oubli dans la rédaction de la déposition, elle doit être lue au témoin, & il doit être interpellé de déclarer si ce qu'il a dit contient vérité, & s'il y persiste. Il signe sa déposition, ou déclare ne savoir ou pouvoir signer, dont il doit être fait mention. (*a*)

S'il fait quelque addition, changement ou diminution, elle doit lui être lue, quoique l'Ordonnance ne paroisse exiger (*b*) que la signature des additions & des changemens.

(*a*) *Art. 16.*
(*b*) *Art. 18.*

Comme tout cela fait partie essentielle de sa déposition, le même motif de la lecture, après l'addition ou le changement, a lieu. Au reste, le témoin ne peut plus faire d'addition ni de changement à sa déposition, après qu'il est sorti du lieu où il a été entendu; & il ne peut les faire qu'au récolement, qui n'a lieu qu'en matière criminelle.

3° Le Juge doit demander au témoin s'il requiert taxe; & si elle est requise, il la fait en égard à la qualité, voyage & séjour du témoin. (*a*)

Outre qu'il est évident que ce dédommagement est dû, si le témoin l'exige, la taxe, faite à la fin de la déposition, est une liquidation de cette partie des dépens, laquelle pourroit emporter une augmentation de frais, si elle ne se faisoit pas par une voie si simple.

108. Par un Réglement du 3 Avril 1762, donné à l'Audience publique de Tournelle, sur les Conclusions

(*a*) *Art.* 19.

de M. le Prêtre, plaidant MM. Bonnieu & Olivier, il a été défendu à tous Juges de rédiger les dépositions en forme d'interrogatoire. (*a*)

La disposition de ce Réglement ne souffre pas de difficulté, la forme des dépositions, prescrite par l'Ordonnance, étant essentiellement différente de celle des interrogatoires.

Mais quand un Juge a rédigé la déposition d'un témoin, & qu'il y trouve de la confusion, de l'équivoque ou même de la contradiction, peut-on contester, à ce Juge, le droit d'enquérir ou interroger le témoin sur ces défectuosités? N'est-il pas même obligé de le faire pour éclaircir parfaitement la vérité? On observe avec raison, dans le Procès verbal de l'Ordonnance (*b*), que le Juge doit aider les témoins qui n'ont pas assez d'habileté pour rendre leurs dépositions intelligibles. Pourquoi donc ne pourroit-il pas inter-

(*a*) Journal des Audiences, Arrêt du 10 Janvier 1716.
(*b*) T. 15, *art.* 6.

roger le témoin, sur les vices qu'il remarque dans sa déposition, après qu'elle a été rédigée ?

Les anciennes Ordonnances (*a*) portent une disposition très-sage qui n'a point été expressément abrogée par les Ordonnances de 1667 & 1670. » Que tous Commissaires qui » examineront témoins, soient tenus » de les interroger de la raison de » leurs dits & dépositions, & icelles » raisons rédiger par écrit, avec la » déposition desdits témoins, sur » peine d'amende arbitraire. »

Cependant M. Imbaut (*b*) rapporte une Lettre de M. le Chancelier d'Aguesseau, du 15 Février 1743, qui condamne cette forme d'enquérir les témoins, & qui dit qu'il l'a fait changer dans plusieurs Parlemens où elle étoit en usage.

109. L'Usage général au civil & au criminel, est que le Juge dicte les dépositions au Greffier. Cepen-

(*a*) *1498 art. 15 ; 1535, Ch. 7, art. 6.* V. M. Muyard de Vouglans, *Instruction Criminelle* sur l'art. 10 du *T. 6* de l'Ordonnance ; Lisset, *Liv. 1. Chap. 1. pag. 4.*

(*b*) Style Criminel, *Tom. 2, p. 227.*

dant les deux Ordonnances de 1667 & 1670, n'en disent rien; & même il semble qu'elles aient eu attention d'employer les expressions les plus propres à mettre le témoin en droit de dicter sa déposition, quand même le Juge voudroit la dicter lui-même.

L'article 13 du titre des enquêtes, porte que le Juge *recevra* le serment *& les dépositions*, sans que le Greffier ni autre puisse *les recevoir ni rédiger par écrit hors sa présence.*

Sur cela M. le premier Président observa (*a*) *que c'étoit au Greffier à recevoir la déposition, & aux Juges de l'entendre.*

L'Ordonnance de 1670 (*b*) porte, *la déposition sera écrite par le Greffier, en présence du Juge.*

Cette disposition est parfaitement conforme à ce que disoit M. le premier Président lors du Procès verbal de l'Ordonnance de 1667; & il résulte uniquement de tout ce que je viens de rapporter, que le témoin

(*a*) Procès verbal de l'Ordonnance de 1667, *t.* 22, *art.* 11.
(*b*) *Tome* 6, *art.* 9.

doit déposer devant le Juge, & que le Greffier doit écrire tout ce que dit le témoin. En tout cela il n'y a pas un mot qui donne au Juge le droit de rédiger la déposition. Le Juge & le Greffier *reçoivent* la déposition; c'est-à-dire que le Juge l'entend & le Greffier l'écrit, suivant les termes si clairs de l'Ordonnance de 1670.

Il est vrai que le plus souvent les témoins ne sont pas capables de dicter eux-mêmes leurs dépositions; & alors c'est le Juge qui doit suppléer à leur insuffisance, en dictant lui-même la déposition au Greffier, dont toute la fonction se réduit à écrire ce qui lui est dicté par le Juge ou par le témoin, & c'est la disposition des anciennes Ordonnances que j'ai rapportées ci-dessus.

Mais lorsqu'un témoin veut dicter lui-même sa déposition, le Juge n'a pas droit de l'en empêcher, si l'on s'attache rigoureusement aux termes des deux Ordonnances, qui rendent seulement le Juge témoin

de la dépoſition. Tout témoin a ſans doute droit d'exiger qu'on mette dans ſa dépoſition tout ce qu'il dit, & les termes dont il ſe ſert. Une expreſſion changée peut affoiblir, augmenter ou même altérer la dépoſition; & un Juge, même éclairé, peut prendre à contre-ſens ce que lui diſent les témoins. A plus forte raiſon un Juge peu capable tombera facilement, ſans mauvais deſſein, en des erreurs conſidérables, s'il rédige lui-même les dépoſitions.

Ainſi le devoir du Juge eſt d'écouter d'abord tous les détails que lui fait le témoin, & même de l'avertir d'expliquer ce qu'il y a d'obſcur ou d'équivoque dans la manière dont il s'explique. Après cela le Juge dicte, ſi le témoin ne veut pas dicter lui-même. Mais quand le témoin veut le faire, le Juge ne peut avoir aucun motif légitime pour s'y oppoſer.

Il ſeroit même ridicule de dire qu'un Avocat ou un Magiſtrat, dépoſant devant un Juge de Village

peut-être fort ignorant, fût obligé de laisser rédiger sa déposition par ce Juge.

Tout le détail que je viens de faire m'a paru nécessaire, parce qu'il est contraire à l'usage général. Mais cet usage, fondé uniquement sur la complaisance ou l'incapacité des témoins, n'a pas la force de Loi contre des Loix toujours vivantes, telles que les deux Ordonnances.

Pour achever d'en faire connoître l'esprit, j'observe que les anciennes Ordonnances donnoient expressément au Juge le droit *de rédiger les dépositions par écrit*. Si les nouvelles Ordonnances ne leur ont pas ôté expressément ce droit, elles ont eu attention de se servir de termes qui ne le lui donnent point. C'est parce qu'il y a des cas où l'incapacité du témoin met le Juge dans la nécessité de rédiger lui-même la déposition, & que dans les autres, le Juge ne peut pas empêcher le témoin de rédiger sur le champ & dicter lui-même sa déposition.

110. En ce dernier cas, le Juge ne peut pas empêcher le témoin de mettre tout ce qu'il veut dans sa déposition, sans pouvoir même en faire retrancher les faits étrangers. Car ce n'est pas alors le temps ni le lieu de décider si cette partie de la déposition est inutile. Cela ne peut être jugé que par le corps du Tribunal.

La même raison a lieu dans le cas où le Juge rédige lui-même la déposition. Car il doit faire cette rédaction exactement & entièrement, de même que si elle étoit faite par le témoin.

Il y en a encore une raison particulière, en ce que l'affectation de dire des faits qui n'ont aucun rapport à l'affaire, les réflexions ou les expressions déplacées du témoin, peuvent affoiblir la force de sa déposition, & même la rendre suspecte. Or, le Juge ne peut pas priver de cette ressource les Parties contre lesquelles le témoin dépose.

111. Mais le Juge doit-il recevoir

la déposition qu'un témoin apporte écrite ?

Quoique l'Ordonnance ne prononce rien sur cette question, la forme qu'elle prescrit sur la rédaction de chaque déposition, annonce assez clairement que l'intention du Législateur n'est pas que les dépositions soient reçues en cette forme. Ce seroit le moyen le plus assuré de faire réussir la suggestion & la séduction. Quelque bien préparé que soit un témoin séduit, s'il n'est pas autorisé par le Juge à faire copier la déposition qu'il apporte écrite, il tombera facilement en contradiction sur les faits qu'il ignore ou qu'il cherche à déguiser ; & le respect ou la crainte peut le forcer en quelque sorte de se rapprocher de la vérité, lorsqu'il se trouve obligé de détailler lui-même les faits au Juge. C'est même un des motifs de la formalité qui ne permet de déposer que devant le Juge ou Commissaire.

S'il y a une complication de faits & de circonstances assez grande

pour que le témoin puisse craindre de se tromper ou d'oublier quelque fait intéressant, quand il paroîtra devant le Juge, il peut faire des notes qui lui serviront lorsqu'il déposera. Alors la qualité de la personne, la nature des faits & leur complication plus ou moins grande, doivent déterminer le Juge à laisser ou à empêcher le témoin de lire ses notes dans le temps qu'il dépose. Mais en quelque cas que ce soit, le Juge ne doit pas recevoir une déposition toute écrite. Pour le démontrer, il suffit d'observer que si le Juge, se faisant un devoir de rapporter exactement la vérité, déclaroit que la déposition a été apportée toute écrite par le témoin, il est indubitable qu'elle seroit rejettée, quoique toute la forme prescrite par l'Ordonnance eût été observée. (*a*)

112. Je crois que cette décision auroit lieu quand même ce seroit

(*a*) V. le Code Criminel, *T. 6, art. 4* & la Note LXXVI, p. 1509.

un muet qui apporteroit sa déposition écrite. Il est vrai qu'il est nécessaire que le muet écrive sa déposition, parce que le Juge ne peut pas recevoir une déposition par signes. Mais le muet doit l'écrire dans l'instant qu'on lui a donné lecture de l'appointement à informer, ou de la plainte en matière criminelle, & le Greffier copie ce que le muet a écrit. Alors il ne peut y avoir de soupçon de suggestion.

Si le muet ne savoit pas écrire, il ne pourroit pas déposer; & de même le sourd ne peut être témoin que lorsqu'il sait lire; parce qu'alors le Juge lui fait remettre par le Greffier l'appointement ou la plainte. Car il y auroit l'inconvénient le plus grand, soit au civil, soit au criminel, de se servir de signes, qui sont toujours ou équivoques ou insuffisans, comme ils le sont pour les testamens. (*a*)

113. L'Ordonnance de 1667 n'exige pas la signature du Juge, qu'exige

(*a*) Ordonnance de 1735, *art.* 2.

l'Ordonnance de 1670. Mais cette formalité n'est pas moins essentielle, en matière civile, parce qu'en général tout ouvrage du Juge ou Commissaire, doit être signé de lui.

DISTINCTION III.

De la forme postérieure à l'enquête.

SOMMAIRE.

114. *Disposition de l'Ordonnance concernant les Greffiers.*
115. *Délai fixé par l'article 32 du titre 22.*
116. *De la signification du Procès verbal d'enquête pour faire courir le délai de fournir reproche.*
117. *De la forclusion pour fournir reproches.*
118. *Ce qui ne s'applique pas aux reproches prouvés par écrit.*
119. *Motifs de cette forclusion.*
120. *De la procédure pour avoir copie de l'enquête de la Partie adverse.*
121. *Et pour faire juger sur les enquêtes respectives.*
122. *Si l'intervenant peut faire extendre des témoins.*

114. Avant d'expliquer la procédure depuis l'enquête, il est bon

d'observer que par les articles 23, 24 & 25 (*a*), l'Ordonnance a établi, à l'égard des Greffiers, des règles fort sages, tant pour leurs vacations que pour le délivrement

(*a*) Les Greffiers ou autres qui auront écrit l'enquête & le Procès verbal, ne pourront prendre autre salaire, vacation ni journée, que l'expédition de la grosse selon le nombre des rôles, au cas que l'enquête ait été faite au lieu de leur demeure; & si elle a été faite ailleurs, ils auront le choix de prendre leurs journées, qui seront taxées aux deux tiers de celles du Juge ou Commissaire, sans qu'ils puissent prendre ensemble leurs journées & leurs grosses, pour quelque prétexte que ce soit. *Art.* 23.

Les expéditions & Procès verbaux des enquêtes seront délivrés aux Parties, à la requête desquelles elles auront été faites, & non aux autres Parties; & si elles ont été faites d'office, elles seront seulement délivrées à nos Procureur Généraux, ou nos Procureurs sur les lieux, ou aux Procureurs Fiscaux des Justices des Seigneurs, à la requête desquels elles auront ête faites. *Art.* 24.

Ceux qui auront été pris pour Greffiers en des commissions particulières, qui n'auront point de dépôts, remettront la minute des enquêtes & Procès verbaux, ès Greffes des Jurisdictions où le différent est pendant, trois mois après la commission achevée. Sinon seront les Greffiers ou autres qui auront écrit l'enquête & Procès verbal, sur le certifiat du Greffier de la Justice où le Procès est pendant que les minutes n'auront été remises en son Greffe, contraints après les trois mois, au paiement de deux cens livres d'amende applicable moitié à nous, & l'autre moitié à la Partie qui en aura fait plainte; sauf aux Greffiers, ou autres qui auront écrit les minutes après les avoir remises au Greffe, de prendre exécutoire de leur salaire contre la Partie à la requête de qui l'enquête aura été faite. *Art.* 25.

des

des enquêtes, & pour le dépôt de leurs minutes.

Passant au détail de la Procédure, l'article 26 abroge des formalités inutiles, à la place desquelles la Loi a établi la forme la plus simple.

115. Il faut observer d'abord que tous les délais de huitaine, dont il sera parlé ci-après, ne sont que pour les Cours, les Présidiaux & les Sénéchaussées; pour toutes les autres Jurisdictions, les délais sont seulement de trois jours, par l'article 32. Nous avons déjà parlé de cet article.

116. Après la confection de l'enquête, celui qui l'a fait faire, doit faire signifier copie du Procès verbal d'enquête ou jurée; après quoi la Partie adverse doit fournir ses moyens de reproches contre les témoins, dans la huitaine (*a*).

Boutaric pense qu'il est plus sûr de faire cette signification à Partie. L'Ordonnance ne l'exige point; & notre usage constant est qu'elle ne

(*a*) *Art.* 27.

ſe fait qu'à Procureur, comme toutes les autres pièces de l'inſtance, lorſque la Partie adverſe, n'ayant pas laiſſé défaut, a un Procureur en cauſe. Auſſi les formules n'exigent que la ſignification à Procureur.

Faute à celui qui a fait faire l'enquête, de faire ſignifier copie de ce Procès verbal, l'autre Partie, pourvu qu'elle ait fait ſignifier le Procès verbal de ſon enquête, ce qui eſt abſolument néceſſaire (*a*), peut le ſommer, par un ſimple acte, d'y ſatisfaire dans trois jours; après leſquels il peut lever le Procès verbal dans un délai de huitaine (*b*), & l'enquête dans pareil délai. Si l'enquête a été faite hors du lieu de la Juriſdiction, le délai eſt prorogé d'un jour par dix lieues, tant pour le voyage, que pour le retour de celui qui ſera envoyé pour la lever, comme il ſera dit ci-après.

Le Greffier eſt tenu de lui déli-

(*a*) *Art.* 33.
(*b*) *Art.* 28 & 31.

vrer une expédition du Procès verbal d'enquête, en lui représentant l'acte de sommation, & lui payant ses salaires de la grosse du Procès verbal, dont il sera délivé exécutoire contre la Partie qui en devoit donner copie.

Mais pour pouvoir demander copie de l'enquête, ou la lever, il faut qu'il ait donné copie de la sienne (*a*).

117. Par l'article 34, celui auquel aura été donné copie, tant du Procès verbal que de l'enquête faite contre lui, ne pourra, en cause principale ou d'appel, faire ouir à sa requête aucun témoin, ni donner aucun moyen de reproche contre les témoins ouis en l'enquête de la Partie.

L'Auteur des Additions sur Bornier, rapporte un Arrêt du 3 Juillet 1680, qui jugea la forclusion de faire enquête en conformité de cet article.

118. Mais la forclusion de fournir reproches, dont il est parlé ici,

(*a*) *Arti 33.*

ne s'applique qu'à ceux qu'on ne peut prouver que par témoins. Car ſuivant l'article 20 du titre des récolemens dans l'Ordonnance de 1670, les reproches, juſtifiés par écrit, peuvent être propoſés en tout état de cauſe.

219. En excluant les reproches non prouvés par écrit, lorſqu'on a eu copie de l'enquête de la Partie adverſe, l'Ordonnance a eu pour objet de prévenir la fabrication de témoins au ſoutien des reproches; parce qu'elle a prévu, qu'à proportion de la force des dépoſitions, la Partie adverſe redoubleroit ſes efforts pour prouver des reproches & pour les faire valoir. Mais pour qu'une vue ſi ſage pût réuſſir, il faudroit que l'enquête fût ſecrette pendant tous les délais de fournir reproches; & cela n'eſt pas poſſible, puiſque, même en matière criminelle, le ſecret des charges eſt preſque toujours violé par les Greffiers, auxquels on eſt obligé de payer tout ce qu'ils exigent.

120. Quand la Partie a fourni des moyens de reproches, ou a renoncé d'en fournir, elle peut demander que l'enquête de la Partie adverse lui soit signifiée. En cas de refus, l'enquête doit être rejettée; & sans y avoir égard, il sera procédé au Jugement du Procès (*a*).

Il en seroit de même, si la Partie ne faisoit signifier qu'une partie de l'enquête. Elle seroit rejettée en entier. Arrêt du Parlement de Paris, du 17 Mars 1731 (*b*). Car toutes les dépositions doivent former ensemble un seul corps de preuve, pour ou contre celui qui a fait entendre les témoins, & il ne peut pas les diviser.

Mais il faut pour cela que celui qui demande l'enquête, ait fait signifier copie de la sienne, comme il a déjà été dit, sans quoi il ne peut ni demander copie de l'autre enquête, ni la faire lever (*c*).

(*a*) *Art.* 29.
(*b*) Denisart., au mot *Enquête*, *n.* 45.
(*c*) *Art.* 33.

Outre qu'il ſeroit injuſte que le Juge eût égard à une enquête que la Partie affecte de cacher à ſon Adverſaire, ce qui eſt le motif de l'article 29, celui qui a fourni ou renoncé à fournir des reproches, pouvant trouver, dans cette enquête même, des preuves en ſa faveur, eſt autoriſé à la lever, huitaine après qu'il l'a demandée, ajoutant un jour pour dix lieues, ſi l'enquête a été faite hors du lieu où le Procès eſt pendant. Il doit être laiſſé copie au Greffier, de la ſignification des moyens de reproches ou de la renonciation d'en fournir; & l'exécutoire des frais de retrait & de voyage doit être délivré contre la Partie adverſe (*a*).

121. Après que les reproches ont été fournis contre les témoins, ou que le délai d'en fournir eſt paſſé, la cauſe eſt portée à l'Audience, ſans faire aucun acte ou procédure pour la réception d'enquête; & les moyens de nullité ne doivent point

(*a*) *Art.* 30 *&* 31.

être fournis par écrit, sauf à les proposer à l'Audience, ou par contredits, si c'est en Procès par écrit. (a)

L'article 27 porte, qu'il sera procédé au jugement sans aucun commandement ni sommation ; & par l'article 35, si la permission de faire enquête a été donnée à l'Audience, sans que les Parties aient été appointées à écrire, les enquêtes seront portées à l'Audience, pour y être jugées sur un simple acte, & sans autres procédures.

122. Les Commentateurs de l'Ordonnance proposent la question de savoir, si l'intervenant peut faire entendre des témoins, lorsqu'il ne paroît dans l'instance qu'après l'appointement à informer, ou même après que les enquêtes ont été faites.

Il faudroit pour cela qu'il fît rendre un nouvel appointement à informer; & s'il a un véritable intérêt dans l'affaire, on lui objecteroit inutilement qu'il doit prendre l'instance dans l'état où elle se trouve.

(a) *Art.* 3.

Car cette propoſition n'a point d'autre ſens, ſinon que la procédure qui a été faite juſqu'à l'intervention, doit ſubſiſter. Mais il eſt indubitable que tous les droits de l'intervenant ſont entiers, & qu'ainſi il peut, de ſon chef, faire valoir tous les moyens qui peuvent établir ſes droits.

Suppoſons par exemple que le Procès ſoit lié avec un héritier, & qu'après les enquêtes, ou après qu'il a été forclos faute d'avoir fait ſon enquête dans le délai de l'Ordonnance, un de ſes cohéritiers intervienne, ſans qu'il puiſſe y avoir de difficulté ſur ſa qualité & ſon intérêt. par quel motif pourroit-on lui refuſer la preuve par témoins ſur une créance qui n'excéde pas 100 livres, & dans laquelle il a un droit indivis? Cela prolonge véritablement un Procès. Mais la Partie adverſe doit s'imputer d'avoir négligé de mettre en cauſe tous les intéreſſés dans l'affaire. De plus, ſi après les enquêtes, elle avoit jugé à propos de mettre en cauſe ce cohéritier, pour-

roit-elle lui objecter la forclusion acquise contre son consort? Cela seroit contre la justice & la raison. Il n'y a pas de différence entre cette espèce & celle d'un intervenant, qui a pu même ignorer l'instance jusqu'au temps de son intervention.

Mais comme tout appointement à informer est respectif, l'autre Partie doit être admise à faire entendre de nouveaux témoins contre l'intervenant, quoiqu'elle soit forclose vers celui qui étoit en cause, & contre qui, dans la rigueur de la régle, la nouvelle enquête de cette Partie ne devroit pas faire de preuve.

DISTINCTION IV.

De la procédure sur les reproches.

SOMMAIRE.

123. *Des reproches fondés sur la parenté.*
124. *Des témoins nécessaires.*
125. *De la différence entre les qualités de serviteur & de domestique.*
126. *Si tous les moyens de récusation, contre un Juge, sont les moyens de reproche contre les témoins.*

127. *Reproches non établis par la Loi, arbitraires suivant les circonstances. De l'amitié intime ou de l'inimitié capitale.*

128. *Du créancier ou débiteur.*

129. *Des impubères, en matière civile.*

130. *Forme des reproches & de la procédure.*

131. *Quels reproches doivent être prouvés par écrit.*

132. *Action des témoins contre les reproches injurieux & calomnieux.*

133. *Des réponses aux reproches.*

134. *De la preuve par témoins sur les reproches.*

135. *Quand cette preuve n'est pas nécessaire.*

136. *Jugement des reproches avant le fonds du Procès.*

137. *Si le Juge peut suppléer les reproches d'Office.*

138. *Si celui qui a fait entendre des témoins, peut les reprocher.*

139. *Les titres 22 & 23 ne s'appliquent point aux matières sommaires ni aux procédures des Consuls.*

140. *De la fonction de l'interprète.*

141. *Si le Juge peut être témoin.*

142. *Si l'Avocat ou le Procureur peut déposer.*

143. *Et les Notaires.*

144. *Réflexions sur la forclusion de fournir des reproches.*

123. L'Ordonnance n'a parlé d'aucuns reproches en particulier, si ce n'est de la parenté ou alliance au quatrième degré; & l'art. 11 porte, qu'on doit rejetter les dépositions faites en faveur des parens en ce degré ou contr'eux.

124. Mais il y a des cas où les parens & d'autres témoins reprochables, peuvent être entendus & font preuve comme témoins nécessaires. V. les Observations de M. le Premier Président & de M. Talon sur cette matière, dans le Procès verbal de l'Ordonnance (*a*).

Comme le Commissaire n'est pas commis pour juger les questions sur les reproches contre les temoins, son devoir est de recevoir la déposition du parent & de tout autre témoin reproché, sauf aux Juges à décider si la déposition doit être rejettée.

125. Notre principal objet étant d'expliquer la forme, nous n'entre-

(*a*) T. 22, *art. 9, & l'art. 5 du T. 4* de l'Ord. pour la Lorraine, rapporte par M. Muyart de Vouglans, sur l'art. *5 du T. 6* de l'Ord. de 1670.

rons pas dans le détail des différens moyens de reproche qui peuvent être proposés. Nous observerons seulement, 1° que les expressions de serviteur & de domestique dont il est nécessaire de parler dans l'intitulé de la déposition (*a*), ne sont pas synonymes. Car on est domestique sans être serviteur, lorsqu'on demeure & qu'on mange avec une des Parties. La nécessité de parler de cette qualité prouve que c'est un moyen de reproche.

Plusieurs Auteurs n'appliquent le mot *domestique*, qu'à ceux qui, sans être dans l'état abject des serviteurs ordinaires, sont aux gages de la Partie chez qui ils demeurent. D'autres en appliquant ce mot à ceux qui demeurent & mangent ensemble, exigent qu'il y ait de la supériorité & de la dépendance de l'un à l'autre.

126. 2° Tous les moyens qui peuvent fonder la récusation d'un Juge en matière civile, sont également

(*a*) *T. 2, art. 24.*

des moyens de reproche contre les témoins.

Cependant quelques Auteurs pensent qu'étant beaucoup plus facile de remplacer les Juges récusés, que les témoins reprochés, il ne faut pas des causes aussi fortes pour la récusation d'un Juge que pour le reproche contre un témoin.

Mais comme dans toutes les affaires qui dépendent de la preuve par témoins, les dépositions déterminent, en quelque sorte nécessairement, la décision des Juges, contre laquelle même on a la voie de l'appel, s'ils ne sont pas Juges souverains, au lieu qu'il n'y a presque jamais d'autres ressources que les reproches contre les dépositions des témoins, c'est assez pour prouver que ce qui suffit pour la récusation d'un Juge, doit être admis comme reproche suffisant contre un témoin.

Ainsi je ne doute pas que tous les moyens de récusation qu'on peut proposer contre le Juge, ne soient admis contre un témoin, à moins

que ce ne ſoit un témoin néceſſaire. Hors ce cas, les témoins doivent être exempts de ſoupçon ; & l'on ne peut pas dire que celui qui ſeroit récuſable en qualité de Juge, fût exempt de ſoupçon, comme témoin.

127. Au reſte, la matière des reproches, qui ne ſont point établis formellement par la Loi, eſt néceſſairement arbitraire. Sans faire des détails ſur les différens moyens de reproches qu'on peut propoſer, il y a des affaires où le reproche ſeroit admis, pendant qu'il ſeroit rejetté pour une autre affaire. Par exemple, l'amitié intime peut être un moyen de reproche, contre l'inimitié capitale. Mais on conſidéreroit auſſi la nature de l'affaire pour l'admettre ou pour le rejetter. S'il s'agiſſoit de l'honneur, ou de la plus grande partie de la fortune de celui qui fait entendre le témoin, l'amitié intime doit être un motif ſuffiſant pour admettre le reproche ; parce que les liens d'une pareille amitié peuvent avoir à peu

près les mêmes effets que les liens du sang ou de l'alliance.

Mais s'il s'agissoit d'un objet peu considérable, ce reproche pourroit être rejetté ; parce qu'on ne doit pas présumer que l'amitié, quelque forte qu'elle soit, puisse opérer la prévarication en ce cas.

Au contraire, l'inimitié capitale bien prouvée, pourroit opérer la rejection de la déposition dans tous les cas sans exception, lorsqu'il ne s'agit pas d'un témoignage nécessaire. Car il n'y a point d'inimitié capitale, sans une passion violente qui peut conduire à toute sorte d'excès ; au lieu que si l'amitié peut être regardée comme une passion, c'est une passion douce & honnête.

128. Dans les autres Provinces, la qualité de débiteur ou de créancier, & le procès entre le témoin & l'une des Parties, ne sont pas toujours des moyens suffisans de reproche : & même dans le Procès verbal de l'Ordonnance criminelle, (*a*) nous

(*a*) *T. 6, art. 5.*

voyons que M. le Premier Président proposa inutilement d'ajouter à l'intitulé de la déposition les mots *créanciers* & *débiteurs*.

Mais en Bretagne, hors le cas du témoignage nécessaire, ou d'une dette très-modique, ces moyens fournissent un reproche suffisant, & la maxime n'a jamais varié à cet égard.

Le reproche seroit reçu dans le cas même où le terme de la rente constituée, due au témoin ou par lui, ne seroit pas échu, parce que le capital, quoiqu'aliéné, opére une dette personnelle toujours subsistante. Il n'en est pas de même de la rente foncière non échue, dont le fonds n'est pas une dette personnelle; ni des loyers dont le terme n'est pas échu, puisqu'en ce cas le Juge ne peut être récusé dans la cause de son fermier. (*a*)

129. En matière criminelle (*b*), les enfans au-dessous de l'âge de puberté

(*a*) Journal du Parlement, *Tome 1, Chap. 85.*
(*b*) *T. 6, art. 2* de l'Ordonnance de *1670.*

ſont reçus à dépoſer, ſauf, en jugeant, d'avoir par les Juges tel égard que de raiſon, à la néceſſité & ſolidité de leur témoignage.

L'Ordonnance de 1667 ne portant point une pareille diſpoſition, quelques-uns en concluent que les impubères ne peuvent pas être témoins en matière civile.

Cette induction, qu'on tire du ſilence de l'Ordonnance, eſt-elle bien ſolide ? Les faits en matière criminelle étant bien plus importans qu'en matière civile, pourquoi rejettera-t-on abſolument la dépoſition des impubères en matière civile, pendant qu'on l'admet, ſuivant les circonſtances, en matière criminelle? L'Ordonnance de 1667 ne contenant rien de négatif, il ſemble qu'on doit appliquer l'Ordonnance criminelle aux matières civiles, pour avoir tel égard que de raiſon à la ſolidité & à la néceſſité du témoignage des impubères.

Mais il paroît qu'il y a une diſtinction néceſſaire, entre les faits

& les conventions, dans les cas où l'Ordonnance en autorise la preuve par témoins. Un impubère peut voir aussi bien un fait que toute autre personne, & même mieux qu'un vieillard. De plus, pour les faits passés dans l'intérieur d'une maison, l'impubère peut être témoin nécessaire.

Mais à l'égard des conventions, il ne paroît guères possible d'admettre la déposition d'un impubère; parce qu'il n'a pas la solidité de jugement nécessaire, pour connoître, & encore moins pour expliquer une convention. Il peut se tromper sur les conventions les plus simples; & cela joint à la facilité de séduire un enfant, & de le tromper par des insinuations pour l'écarter de la vérité, même sans qu'il s'en apperçoive, c'est assez pour qu'il ne soit pas admis comme témoin, lorsqu'il ne s'agit que d'une convention; & même à l'égard des faits, sa déposition ne doit être admise qu'avec la plus grande circonspection, suivant

la ſage déciſion de l'Ordonnance criminelle.

130. La forme de la Procédure, ſur les reproches, eſt expoſée en peu de mots, par l'Ordonnance; & comme à cet égard tout eſt incident à l'inſtance principale, les ſignifications ſe font de Procureur à Procureur.

1° Il faut que les reproches ſoient ſignés de la Partie, ou le Procureur doit apparoir d'un pouvoir ſpécial par écrit (*a*).

2° Les reproches doivent être circonſtanciés & pertinens; & les reproches vagues & généraux ſont rejettés. (*b*)

131. La preuve par écrit eſt néceſſaire avant le jugement du Procès, ſi l'on avance pour reproche que le témoin a été empriſonné, décrété, condamné ou repris de Juſtice: & ſans cette preuve, les faits ſont réputés calomnieux; (*c*) parce que les actes qui ont dû flé-

(*a*) *T. 36, art. 6.*
(*b*) *Art. 1.*
(*c*) *Art. 2.*

trir l'honneur & la réputation du témoin, étant judiciaires & par écrit, il ſeroit injuſte, & contre les règles, de prouver ces faits autrement que par les actes même, ou par des actes équivalens.

132. En général les reproches injurieux & calomnieux, propoſés contre les témoins, leur donnent une action en réparation ou dommages & intérêts, proportionnée à la qualité de l'outragé & de la perſonne qui l'a reçu.

133. On peut fournir des réponſes aux reproches. Mais le Juge ne peut y avoir égard, ſi elles ne ſont pas ſignifiées; & elles ne peuvent retarder le Jugement (*a*).

134. Lorſque les reproches ſont pertinens, & de nature à être prouvés par témoins, le Juge ne peut appointer à informer des reproches, qu'en voyant le Procès (*b*); parce que l'examen du Procès peut faire connoître au Juge, 1° ſi cette preuve

(*a*) *Art.* 3.
(*b*) *Art.* 4.

est nécessaire ou utile ; 2° si les moyens sont pertinens & admissibles.

135. M. Liset (*a*) dit que si le Juge trouve des preuves suffisantes, indépendamment des dépositions faites par les témoins reprochés, il peut rendre son jugement, sans appointer à informer sur les faits de reproches. C'est la disposition des Ordonnances rapportées par Theveneau (*b*).

136. Mais les reproches doivent être jugés avant le Procès, le Juge étant obligé de décider sur la force ou la foiblesse des preuves, avant que de pouvoir statuer au fonds. Les reproches empêchent même de lire la déposition, s'ils sont trouvés pertinens & suffisamment justifiés (*c*).

Il ne faut pas conclure de-là que les Juges doivent rendre un Jugement séparé sur les reproches. Ils sont seulement obligés d'y faire droit préalablement, comme pour les fins de non-recevoir ou les nullités ; & cela se fait par le même

(*a*) *Liv.* 2, à la fin du *T.* 3.
(*b*) *Liv.* 3, *T.* 14, *art.* 3.
(*c*) *Art.* 5.

Jugement, qui décide le fonds, s'il n'y a pas lieu à l'avant faire droit de la preuve par témoins ſur les reproches.

137. Si la Partie n'a pas propoſé les reproches contre les témoins, le Juge peut-il d'office y ſuppléer & rejetter les dépoſitions, lorſque les moyens de reproche ſont conſtatés par l'intitulé des dépoſitions?

L'article 11 du titre 22, paroît donner aſſez clairement ce droit au Juge, en prononçant en général que les dépoſitions des parens ou alliés au quatrième degré, *ſeront rejettées.*

On peut tirer la même conſéquence à l'égard de ceux qui ont déclaré être ſerviteurs ou domeſtiques, l'article 14 ayant établi ce reproche, comme celui de parenté.

Mais à l'égard de tous autres reproches, tels que celui d'un débiteur ou d'un créancier, comme ils ne ſont pas expreſſément établis par l'Ordonnance, il ſemble que la déclaration faite par le témoin au commencement de la dépoſition, ne met

pas le Juge en droit de les ſuppléer d'office, & qu'au contraire le ſilence de la Partie, ſur ce moyen, fait préſumer qu'elle ne veut pas s'en ſervir.

Cependant quoiqu'à cet égard le Juge ne ſoit pas ſuffiſamment autoriſé à rejetter d'office la dépoſition, je crois que ſon devoir l'oblige de balancer tous les moyens de ſuſpicion dans l'examen des preuves reſpectives : il n'eſt que trop ordinaire de voir les Procureurs négliger la défenſe des Parties, ſurtout dans les Juriſdictions de campagne. De plus, la Partie peut être fort éloignée ; & faute du pouvoir ſpécial qu'exige l'article 6 du titre 23, les Procureurs ſont ſouvent hors d'état de fournir les reproches les plus juſtes contre les témoins.

Auſſi M. Serpillon (*a*) penſe ; avec Imbert, qu'en matière criminelle, le Juge peut d'office ſuppléer les reproches, quoique l'accuſé n'en propoſe aucun : & véritablement

(*a*) Code criminel, *T. 15. art. 16.*

un étranger accusé peut ignorer qu'un témoin a été déshonoré par une condamnation flétrissante, qu'il est parent de l'accusateur, &c. Seroit-il juste que cette ignorance pût opérer sa condamnation ?

138. C'est une règle générale en matière civile ou criminelle, que celui qui a fait entendre des témoins, ne peut pas les reprocher. En les assignant pour déposer contre son Adversaire, il a lui-même attesté que leur témoignage devoit faire foi en Justice. Ainsi lorsqu'il a fait entendre son parent ou celui de la Partie adverse, un domestique de l'un ou de l'autre, &c. il ne sera pas admis à faire valoir ces moyens de reproche, contre une déposition qui ne lui sera pas avantageuse.

Mais cette vérité ne souffre-t-elle point d'exception ?

Premièrement, si mes témoins ont été subornés par la Partie adverse, avant leur déposition, on ne peut pas me priver du droit de poursuivre l'accusation de subordination.

2°

2° Quand il n'y auroit pas des faits suffisans pour fonder une accusation de subornation, pourroit-on refuser la preuve des présens que mes témoins auroient reçus de mon Adversaire, depuis que je les aurois fait assigner pour déposer ?

3° Si celui qui a été outragé ou battu, rend sur le champ sa plainte, comme il arrive le plus souvent, il fait entendre pour témoins ceux qui étoient présens; & il peut ignorer la parenté avec l'accusé, les justes motifs de soupçon que la conduite passée d'un de ces témoins peut faire naître contre sa déposition, &c. Lui refusera-t-on la ressource que la preuve par écrit peut faire naître contre ce témoin, dans le cas même où il auroit été flétri par un Jugement ? Il semble que sur tout cela les circonstances doivent déterminer les Juges sur l'admission ou la rejection des reproches (*a*).

139. J'observe en finissant que les formalités établies par les titres 22

(*a*) Code Criminel, *T. 15, art. 16, n. 5.*

& 23, ne concernent que les enquêtes dans les Procès ordinaires, & non pas celles qui sont faites en matière sommaire, & dans la Jurisdiction des Consuls.

140. Sur la nécessité de la fonction de l'Interprète, lorsque les témoins ne parlent pas la langue françoise, voyez ce qui sera dit sur l'Interprète en matière criminelle.

141. Le Juge ne peut pas être témoin, dans les procédures civiles ou criminelles dont il est le Juge; & cette maxime a donné lieu à de grandes spéculations des Jurisconsultes, dont il seroit inutile de parler ici. Je me borne à quelques observations, qui doivent toutes avoir pour fondement le bien public, la justice & l'éclaircissement de la vérité.

1° Si le Juge n'a été témoin que par l'exercice même de ses fonctions; par exemple, si un crime a été commis à son Audience, il en rapporte son Procès verbal, il le fait signer des assistans, & il décrète d'ajour-

nement. Après quoi il repéte les assistans sur son Procès verbal, suivant l'article 5 du titre 10 de l'Ordonnance de 1670; & il est compétent pour décréter de prise de corps. C'est l'esprit de l'Ordonnance, bien expliqué par les formules de cette Loi sur l'article 6.

2° Hors le cas où la fonction actuelle du Juge le rendroit témoin, s'il est témoin oculaire du fait civil ou criminel dont l'instruction se poursuit dans son Tribunal, je crois qu'il doit se déporter, afin que les Parties ne soient pas empêchées de l'assigner comme témoin.

S'il ne se déporte pas, il peut être récusé par celui qui veut le faire assigner comme témoin, & même par l'autre Partie.

3° Comme en ce cas les connoissances qu'il a de l'affaire ne peuvent avoir pour lui, en qualité de Juge, l'effet d'une preuve juridique, il pourroit en résulter souvent le plus grand embarras pour sa décision, si les témoins ne déposoient pas en

conformité des connoissances qu'il a.

De plus, en restant Juge, il priveroit les Parties, ou le Public, du témoignage qu'il seroit en état de donner (*a*).

Je ne pousserai pas mes observations plus loin, sur cette matière, qui n'est pas commune. J'observerai seulement que par Arrêt du 15 Février 1713, rapporté dans le Journal des Audiences, il fut ordonné qu'un Juge, dont la procédure avoit été déclarée nulle par un défaut de formalité, & qui par cette raison cessoit d'être Juge, seroit entendu comme témoin.

142. En général dans tous les cas où l'Avocat & le Procureur n'ont eu connoissance d'un fait que par la confiance de la Partie, ils ne peuvent pas être entendus comme témoins. Ce seroit un abus de confiance qui même, suivant les circonstances, pourroit dégénérer en prévarication.

Par exemple, si un coupable ayant

(*a*) V. le Code criminel, *T. 25. art. 2, n. 6.*

consulté un Avocat après le crime qu'il a commis, lui a fait des aveux capables de lui nuire, il est évident que l'Avocat manqueroit absolument à son devoir, s'il donnoit son nom au monitoire, ou si, étant assigné pour déposer, il ne déclaroit pas uniquement n'avoir eu connoissance d'aucuns faits que par la confiance de l'accusé, qu'il n'a eue que comme Avocat. Cette vérité ne peut souffrir d'exception que pour le crime de Leze-Majesté.

Mais il y a des circonstances, où le Juge peut ordonner que l'Avocat ou le Procureur sera entendu comme témoin. Par exemple, lorsqu'il a eu la confiance des deux Parties, & qu'il n'est point question précisément du secret qu'il peut devoir à une Partie exclusivement de l'autre.

143. D'anciens Arrêts du Parlement de Paris, avoient jugé que les Notaires ne devoient pas déposer des faits relatifs aux actes qu'ils avoient rapportés : la Jurisprudence

actuelle est contraire (a), parce que la fonction du Notaire est bornée à rédiger les conventions des Parties.

144. Quelque respect qui soit dû aux dispositions des Loix, il est cependant permis d'en faire sentir les imperfections & les inconvéniens. La forclusion de fournir des reproches, lorsqu'on n'en a pas la preuve par écrit, & tout le cérémonial que l'Ordonnance a établi à cet égard, ont un motif très-juste; c'est de prévenir la subornation des témoins qu'on voudroit faire entendre, pour rendre inutiles, par des reproches faux, les dépositions les plus décisives d'une enquête. Mais n'y a-t-il point un plus grand inconvénient, & même peut-être une injustice, à forclore une Partie de fournir les reproches qu'elle découvre dans le cours de l'instance & jusqu'au Jugement? On admet bien une Partie jusqu'au Jugement definitif, à demander la preuve par témoins sur le fonds du Procès, lorsque la ma-

(a) Denisart au mot Notaire, n. 108 & suiv.

tière est susceptible de cette preuve. Elle a eu tout le tems de pratiquer & de séduire des témoins ; & cependant on ne lui refuse pas la preuve. Pourquoi la refusera-t-on sur les reproches, quoiqu'elle ne soit demandée qu'après la signification de l'enquête, pourvu qu'elle soit demandée avant le Jugement, qui n'est point retardé par-là, puisque, suivant l'article 4 du titre 23, le Juge ne peut appointer à informer sur les reproches qu'en voyant le Procès ? Il y a même une véritable injustice dans cette forclusion de fournir des reproches. Car une Partie peut facilement ignorer tous les faits qui concernent les témoins entendus à requête de l'Adversaire, & qui peuvent fonder des moyens de reproche, par exemple la parenté ou l'alliance dans le quatrième degré. Il est même naturel de penser qu'à moins qu'il n'y ait parenté entre les deux Parties, chacune est dans une parfaite ignorance sur la famille de l'autre ; & conséquem-

ment de longues perquisitions peuvent être nécessaires, avant qu'on puisse même soupçonner le fait de parenté entre la Partie & les témoins. Il en est de même des faits secrets qui peuvent fonder des reproches. En un mot, il ne paroît pas juste d'assujettir, en cette matière, les Parties à un délai aussi court que celui que donne l'Ordonnance pour fournir les reproches ; au lieu que la forclusion de faire enquête sur le fonds de l'affaire, est très-juste ; parce que dès le commencement du Procès, la Partie a pu faire ses recherches pour savoir quels sont les témoins qui ont connoissance du fonds du Procès : c'est même à cet égard, que le motif d'ôter aux Parties le temps de séduire des témoins, peut être important.

CHAPITRE XIV.

Des Présomptions.

SOMMAIRE.

1. *Des présomptions en général.*
2. *De la présomption* juris & de jure.
3. *Du Jugement passé en force de chose jugée.*
4. *De la présomption de droit.*
5. *De la simple présomption.*
6. *En quoi elle diffère de la précédente. Exemples.*

Il ne seroit pas possible d'entrer dans le détail des différens moyens que les circonstances particulières d'une affaire peuvent produire, pour découvrir la vérité, & pour mettre les Juges en état de rendre justice aux Parties. C'est la partie la plus embarrassante dans l'administration de la Justice. L'obscurité & l'incertitude des faits, obligent de recourir à des présomptions souvent foibles & trompeuses : & c'est un grand sujet d'inquiétude, pour des Juges qui connoissent les inconvéniens des

décisions arbitraires. Pour diminuer ces inconvéniens, autant qu'il étoit possible, le Droit François a adopté les sages principes que les Loix Romaines ont établis sur les présomptions.

1. Les présomptions en général ne sont pas regardées comme des preuves complettes; puisque dans leur véritable nature, ce ne sont que des conjectures plus ou moins fortes que fournissent les faits & les circonstances, pour la découverte de la vérité. Les différens degrés de présomptions les font distinguer en trois espèces.

2. La premiere est des présomptions *juris & de jure*, définies par Alciat, *dispositio legis aliquid præsumentis, & super præsumpto, tanquam sibi comperto, statuentis.* Elles ont une force si entière, que la preuve contraire n'est presque jamais reçue. Par exemple, l'état de l'enfant né pendant le mariage, est fondé sur cette présomption, qui ne peut être affoiblie par les mau-

vaiſes mœurs de la femme, & qui n'a jamais reçu d'atteinte par la Juriſprudence, que lorſqu'une impoſſibilité abſolue, ou la réunion des circonſtances, ne permettoient pas d'admettre cette préſomption. J'en ai parlé au Chapitre de la poſſeſſion d'état (*a*).

3. Le Jugement paſſé en force de choſe jugée, établit auſſi une préſomption *juris & de jure*. Mais peut-être eſt-ce moins une préſomption, qu'un titre, c'eſt-à-dire une preuve par écrit. Cette queſtion de nom eſt aſſez inutile à diſcuter : de quelque manière qu'on veuille conſidérer un pareil Jugement, il eſt comme les traités qui ont toute leur force & qui font la loi entre les Parties, tandis qu'ils ne ſont point attaqués par les voies de droit.

4. La ſeconde eſpèce eſt la préſomption de droit que les Juriſconſultes regardent comme une preuve, tandis qu'il n'y a pas de preuve au contraire qu'elle n'exclut point : & elle

(*a*) *L. 1, Chap. 11. n. 13 & ſuiv.*

diffère des présomptions *juris & de jure*, en ce que celles-ci excluent la preuve contraire.

5. La troisiéme espéce est celle des simples présomptions. Il peut être assez difficile de les distinguer des présomptions de droit, parce qu'on les confond assez ordinairement dans l'usage. Cependant la différence est entière, tant pour leur nature que par leurs effets.

6. La présomption de droit est fondée sur la disposition de la Loi; & la simple présomption n'est fondée que sur des circonstances de fait.

Par exemple, les Parties sont réputées avoir contracté suivant la Loi de leur domicile ou du Pays où elles ont traité: & c'est une présomption de droit qui a toute sa force, pour le réglement de leurs droits & pour l'interprétation de l'acte, à moins qu'il ne porte quelque clause au contraire.

Entre les exemples qu'on pourroit donner de la simple présomption, il suffit de citer la proposition

ille fecit ſcelus, cui prodeſt. Cette préſomption n'eſt qu'un ſoupçon qui eſt légitime par lui-même, quoique ſouvent erroné. Lorſqu'il eſt appuyé de circonſtances, plus ou moins fortes, il peut parvenir à un degré de preuve par ſa réunion avec les ſemi-preuves. Mais ce ne peut être que pour opérer des condamnations civiles, & ſans pouvoir donner lieu à des peines afflictives ou infamantes, qui doivent toujours être appuyées ſur d'autres indices que ſur des préſomptions & des ſemi-preuves.

CHAPITRE XV.

De la Confeſſion & du Serment.

SOMMAIRE.

1. *Preuve réſultante de la confeſſion.*
2. *De la confeſſion extrajudiciaire & de celle qui eſt faite en Jugement.*
3. *Forme de la reconnoiſſance faite en Jugement. Article 164 de la Coutume.*
4. *De l'indiviſibilité de la confeſſion.*
5. *Définition du ſerment.*

6. *Des sermens de pure formalité.*

7. *De la force du serment décisoire & du serment judiciaire.*

8. *Quand la délation du serment peut être révoquée par la Partie. Elle ne peut le déférer une seconde fois après cette révocation.*

9. *De la preuve de la fraude du retrait après le serment outré.*

10. *Du serment déféré par le tuteur ou par le mineur.*

11. *Effet du serment référé par celui auquel il a été déféré.*

12. *Effet du serment judiciaire.*

13 Manifestæ turpitudinis est nolle jurare.

14. *En quel cas on peut refuser d'outrer le serment.*

15. Quid *en cas d'usure.*

16. *Si le serment est reçu contre les actes authentiques.*

17. *Suite. Article 223.*

18. *Du serment sur ce qui s'est passé avant, lors ou depuis l'acte, sur le sens des clauses & les intentions des Parties.*

19. *Du serment sur les faits d'autrui.*

20. *Du serment donné par l'article 147, sur la vérité d'une enquête.*

21. *Art. 156 : du serment déféré après l'appointement à informer.*

22. *Entre quelles Parties le serment déci-*

soire a son effet. Quid *des cautions & des coobligés.*

23. *Appel odieux d'une Partie à qui le serment est déféré.*

24. *En quel cas le Juge doit déférer le serment.*

25. *A qui du demandeur ou du défendeur, il doit être déféré.*

26. *Serment judiciaire ne peut pas être référé par la Partie ; peut l'être par le Juge.*

27. *Du serment* in litem.

28. *Serment à l'Audience. Forme pour le Prêtre & le Laïque.*

29. *Du serment sur l'Evangile, ou en présence du Saint Sacrement.*

30. *Par Procureur.*

L'interrogatoire sur faits & articles, dont nous parlerons ci-aprés, a pour objet de procurer une preuve, soit complette, soit seulement supplétive, par la confession de la Partie adverse.

1. La confession qui est la reconnoissance par écrit, d'un fait ou d'une convention, fait une preuve entière(*a*), en matiere civile. Je

(*a*) *Art.* 164.

parlerai de la confeſſion en cas de crime, lorſque je traiterai la procédure criminelle.

2. La confeſſion extrajudiciaire fait une preuve complette contre celui qui l'a ſouſcrite: & elle a le même effet que la confeſſion faite en Jugement, parce que ce n'eſt pas le lieu, c'eſt la nature de la confeſſion qui lui donne toute ſa force. Il eſt vrai néanmoins que la reconnoiſſance, faite en Jugement, eſt préſumée avoir été donnée avec plus de réflexion & avec une plus parfaite connoiſſance de cauſe. Mais quoique la reconnoiſſance ou confeſſion extrajudiciaire ſoit plus ſuſceptible d'erreur & de ſurpriſe, il n'eſt pas moins vrai qu'elle fait une preuve entière, tandis que la Partie ne prouve pas la ſurpriſe ou l'erreur, comme à l'égard des contrats. Il eſt même preſque toujours néceſſaire, pour rendre ces reconnoiſſances ſans effet, de les attaquer par Lettres de reſtitution, & conſéquemment de prouver les moyens de reſciſion, qui

peuvent aussi, suivant les circonstances, être admis contre les reconnoissances judiciaires.

3. Toute reconnoissance faite en Jugement doit être souscrite de la Partie ou du porteur de sa procuration, à peine de nullité. On excepte seulement celles qui sont faites à l'Audience du Parlement: elles sont valables, quoiqu'elles ne soient pas souscrites.

L'article 164 de la Coutume exige que le Procureur, qui fait la confession en Jugement, soit spécialement fondé: & cela est de droit commun, parce que le pouvoir général, donné à un Procureur *ad lites*, n'est que pour défendre la Partie, & non pour faire des reconnoissances sans sa participation. Ainsi la confession du Procureur, sans pouvoir spécial, est susceptible du désaveu.

Mais la Jurisprudence constante dispense de prendre cette voie: & il suffit d'attaquer par Lettres restitution, les erreurs de fait ou de droit dans lesquelles le Procu-

reur ou l'Avocat de la Partie est tombé.

4. Sur cette matière, sur l'indivisibilité des reconnoissances, & sur la question de savoir si celles qui sont portées dans un acte attaqué par Lettres de restitution, doivent avoir quelque force, voyez mes Notes sur l'article 164. Je me borne ici à deux observations.

Premièrement, l'indivisibilité de la confession doit dépendre de la connexité qui se trouve entre les faits ou les conventions dont la confession est composée. Je reconnois que vous m'avez prêté une somme; je dis qu'elle étoit payable à deux termes, & que j'ai payé le premier terme. Quoique cette déclaration soit composée de trois parties, le prêt, la stipulation des termes, & le paiement du premier terme, la confession ne contient pas moins un tout indivisible, par l'entière connexité qui se trouve dans tout ce qui compose la déclaration. C'est l'espece de l'Arrêt du 31 Mai 1630, rapporté

par Bardet (*a*), qui jugea qu'un dépositaire ayant reconnu avoir reçu deux pendans d'oreilles, & ayant déclaré en même-temps les avoir eus en gage d'une somme de 600 livres, sa déclaration étoit indivisible : la Cour lui déféra le serment d'avoir prêté cette somme, sans stipulation d'intérêts.

Il peut même n'être pas besoin qu'il y ait une connexité aussi parfaite, pour que la déclaration soit considérée comme indivisible.

Au contraire, si la connexité ne se trouve pas, la confession n'est plus regardée comme indivisible. Par exemple, un comptable se charge d'une somme qu'il a reçue, & dont il n'y a point par ailleurs de preuve contre lui. Quelques Auteurs disent que si l'emploi de cette somme spécifiquement étoit fait dans la dépense du compte, la connexité rendroit indivisible la déclaration sur la recette & sur la dépense ; mais que si le comptable ne fait qu'employer

(*a*) *Tome 1, Liv. 3, Ch. 109.*

en dépense des sommes qu'il a payées sur tout ce qu'il avoit entre les mains, il doit donner la preuve de ces articles de dépense, faute de quoi il en sera débouté, sans que la charge qu'il a prise de telle somme puisse souffrir aucune diminution.

Du Moulin (a) rejette cette distinction, & dit qu'en général le comptable est obligé de justifier l'article de dépense, quoique l'article de recette ne soit prouvé que par sa confession. *Nec verisimile est*, dit-il, *quod gratis, & nisi detegi potuisset, eam adscripsisset in accepto.*

2° Dans le cas même d'une parfaite connexité entre les parties d'une confession, s'il y a sur une partie une preuve par écrit, ou si la preuve par témoins peut être reçue, on n'est pas obligé de prendre droit par l'autre partie de la déclaration. Mais aussi il faudroit que la preuve fût faite, sans quoi l'indivisibilité de la déclaration devroit être admise, à cause de la connexité.

(a) Sur Paris, *Art. 9, novæ gl. 6, n. 24.*

Au reste, dans le cas même où il n'y a aucun doute sur l'indivisibilité de la reconnoissance, la contestation par laquelle l'Adversaire veut la diviser, met le Juge dans la nécessité de déférer le serment à celui qui a fait la déclaration, comme dans l'espèce de l'Arrêt de 1630, rapporté ci-dessus. Cela est encore plus indispensable, que dans les cas où le créancier ayant un titre par écrit, le débiteur allégue des faits de fraude, de paiement ou de conventions, qui imposent au Juge le devoir de déférer d'office le serment au créancier, quand même il ne seroit pas déféré par le débiteur.

5. En général le serment est une affirmation, qui renferme expressément ou tacitement l'invocation du nom de Dieu, comme témoin de la vérité qu'on promet de dire.

Cette définition suffit pour prouver combien l'obligation de prêter serment est redoutable : & elle fait connoître en même-temps l'atrocité du crime de parjure.

6. Je ne parlerai point ici des ſermens de pure formalité de procédure, qui ne ſont que trop multipliés, ſur-tout en matière criminelle. Ils étoient très-fréquens dans l'ancienne procédure civile. Le ſerment de calomnie & celui de malice dont parle l'article 157 de la Coutume, ceux des articles 25 & 174, & quelques autres, ſont abrogés. Il reſte encore quelques traces des anciens ſermens de pure formalité, dans les procédures civiles de quelques Tribunaux Eccléſiaſtiques. Il eſt étonnant qu'ils ſe ſoient conſervés devant des Juges, qui devroient connoître, mieux que nous, combien il eſt important de prévenir tout ce qui peut conduire au crime de faux ſerment.

Quoique les ſermens de pure formalité aient le vrai caractère de ſerment, cependant celui qui ſeroit convaincu de n'avoir pas dit la vérité, ne ſeroit pas pourſuivi comme parjure : & cela a lieu même dans le cas de l'interrogatoire ſur faits &

articles. Aussi l'on est admis à la preuve du contraire de ce qui a été déclaré par la Partie, après avoir prêté serment; & la déclaration qu'elle fait dans son interrogatoire, n'est pas suffisante pour faire preuve contre son Adversaire.

7. Il n'en est pas de même du serment décisoire & du serment judiciaire déféré par le Juge. Par le premier que la Partie défère à l'autre, & par le second que le Juge a sans doute droit, suivant les circonstances, de déférer d'office, sans conclusions d'aucune des Parties pour ce serment, la décision de l'affaire est remise à la foi de l'un ou l'autre serment. Ainsi la fausseté du serment étant prouvée, celui qui l'a outré, peut être poursuivi criminellement & puni comme parjure.

Mais la Partie qui a déféré le serment, ne retireroit aucun avantage de la preuve de cette fausseté (*a*); parce que la délation de serment est considérée, par les Auteurs, comme

(*a*) *Art. 163.*

une eſpèce de tranſaction, par laquelle la Partie conſent que tout dépende du ſerment qu'elle défère.

Ce motif & l'opinion qui tire de ce ſerment une préſomption *juris & de jure*, n'ont pas toute l'évidence que les Auteurs y trouvent. Lorſque je défère le ſerment à mon Adverſaire, j'y ſuis forcé faute de preuve : & la préſomption qui réſulte du ſerment que je défère, ne paroît pas plus forte que celle qui naît du ſerment déféré d'office par le Juge.

Je crois qu'une maxime ſi ſage a un motif plus juſte & plus digne des mœurs de tout État policé. On doit, autant qu'il eſt poſſible, prévenir les effets de la malignité. On doit empêcher les Parties de dreſſer à leurs Adverſaires un piége auſſi terrible que celui du parjure : & c'eſt même une faute énorme de déférer le ſerment à la Partie adverſe, lorſqu'on a une preuve ſuffiſante pour être diſpenſé de le lui déférer.

Le ſeul moyen pour prévenir de pareils

pareils malheurs, a été de donner, au ſerment outré ſur la délation de la Partie, un effet irrévocable, indépendamment de toutes les preuves qu'on pourroit recouvrer dans la ſuite.

8. C'eſt par ce motif ſi ſage & ſi ſaint, que la délation du ſerment ne peut pas être révoquée, lorſque la Partie adverſe l'a acceptée & a offert en Jugement de l'outrer. On peut bien la diſpenſer de l'affirmation; mais l'offre a le même effet que ſi le ſerment avoit été outré.

Ainſi la délation du ſerment ne peut être révoquée que *rebus integris*, c'eſt-à-dire, avant l'offre judiciaire de l'outrer: & même en ce cas la Loi 11, *cod. de reb. cred. & jurej.* ne permet pas de le déférer une ſeconde fois, après cette révocation; diſpoſition très-ſage, contre laquelle nous n'avons point de Juriſprudence, & dont il ſemble qu'on ne doit jamais s'écarter, ſans des circonſtances & des motifs aſſez puiſſans pour juſtifier la variation de la

Partie; par exemple, si après avoir déféré le serment, & avant son acceptation, elle avoit recouvré des preuves qui, s'étant trouvées insuffisantes, la mettroient dans la nécessité de déférer de nouveau le serment.

9. Nous avons en matière de retrait une exception à la maxime, qu'après le serment outré sur la délation de la Partie, la preuve au contraire n'est pas reçue. L'acquéreur est admis à la preuve de la fraude du retrait, après que, sur sa délation, le prême a outré le serment (*a*). Le motif est que c'est un simple serment de purgation déféré par la Loi: on peut y joindre qu'il s'agit en ce cas de faits de fraude, absolument étrangers & inconnus à l'acquéreur.

10. Il y a encore des exceptions, lorsque la Loi n'autorise pas la personne à déférer le serment, comme à l'égard du tuteur, dans l'espèce de l'article 509 de la Coutume; ou

(*a*) Journal du Parlement, *Tom.* 1, *Chap.* 24.

lorſque le mineur qui l'a déféré, quoique ſous l'autorité de ſon curateur, a un juſte motif de reſtitution contre cette délation; ou enfin lorſque le Procureur le défère ſans un pouvoir ſpécial.

11. Les principes que nous venons d'expoſer ſur la délation du ſerment, s'appliquent au ſerment référé à la Partie qui l'avoit déféré. Cette relation du ſerment eſt une véritable délation faite par celui qui, au lieu d'outrer le ſerment, s'en rapporte à celui de l'Adverſaire.

12. Le ſerment judiciaire que le Juge défère d'office, ne peut pas avoir le caractère de tranſaction que les Auteurs donnent au ſerment déféré par la Partie. Si elle le laiſſe outrer ſans proteſtation, en vertu du Jugement, il peut (*a*) réſulter, ſuivant les circonſtances, un acquieſcement à la Sentence. Mais ſi elle laiſſe défaut, & à plus forte raiſon, ſi elle interjette appel de la Sentence qui l'ordonne, on ne

(*a*) V. Denifart, au mot *Serment*.

peut tirer aucune fin de non-recevoir de la prestation du serment. Les droits des Parties sont entiers, comme ils l'étoient avant le jugement qui défère le serment : & dans le Tribunal supérieur, on peut prononcer, comme si le serment n'eût pas été outré ; on peut même le déférer à l'autre Partie.

13. Sur le serment déféré & référé par une Partie, ou déféré par le Juge, c'est un principe général que *manifestæ turpitudinis est nolle jurare*. Ainsi celui qui refuse d'outrer le serment, doit être condamné, comme convaincu par son refus.

14. Il y a cependant des exceptions : dans les affaires de crime, & même dans celles qui intéressent l'honneur de la personne, la délation du serment seroit regardée comme calomnieuse. On ne peut pas déférer le serment à une Partie sur un fait d'homicide, de vol qualifié ni de faux, & le refus est juste ; au lieu que si on ne parle point de vol, mais d'une somme ou d'un meuble dont

la Partie a diſpoſé induement, le ſerment peut être déféré ſur ce fait.

Dans les matières même qui n'emporteroient pas une pourſuite criminelle, une imputation déshonorante, par exemple, la débauche d'une femme, ne ſeroit pas ſuſceptible de la délation du ſerment.

15. J'ai vu même des opinions pour l'exclure dans les cas d'uſure, parce que c'eſt un crime. Mais le ſentiment commun eſt que, ſi l'uſure n'eſt pas pourſuivie criminellement, & ſi l'on allégue ſeulement, en matière purement civile, des intérêts pris induement & imputables ſur le principal, le créancier ne peut pas refuſer le ſerment qui lui eſt déféré par le débiteur ou par le Juge.

16. Il y a eu quelque variation de Juriſprudence ſur la délation de ſerment contre les obligations portées par des actes authentiques, ſurtout lorſque la numération réelle des ſommes étoit atteſtée par des Notaires. On prétendoit que dans le cas de cette numération, l'obliga-

tion ne pouvoit être attaquée que par la voie de l'inſcription en faux (*a*) : & de plus, on diſoit que le ſerment ne pouvoit pas être déféré, contre une preuve complette & par écrit.

17. La généralité de l'article 293, qui admet ſans diſtinction le ſerment ſur l'exception de pécune non nombrée & de marchandiſe non livrée, paroît ſuffiſante pour prouver que le ſerment ne peut être refuſé. Cet article s'applique à toutes les obligations, & conſéquemment à celles qui ſont rapportées par des Notaires, quelque complette que ſoit la preuve qui en réſulte. D'ailleurs la numération réelle, qui a paru ſincère aux Notaires, peut n'être que feinte : & il ſuffit qu'ils puiſſent être trompés, ſans être coupables de faux, pour que la reſſource du ſerment entre les Parties puiſſe être admiſe, ſans inſcrire l'acte en faux.

Par Arrêt du Parlement de Rouen du 20 Décembre 1730, il fut jugé

(*a*) V. l'Arrêt & mes Notes ſur l'art. 293.

qu'une femme qui avoit une quittance de ſa dot, conſentie à elle-même par ſon mari devant Notaires, étoit obligée d'affirmer la ſincérité de cette dot, n'ayant point été mariée ni par ſon pere, ni par ſa mere, ni par ſes freres; & par un autre Arrêt du même Parlement, du 13 Mars 1742, il fut jugé que l'étranger, donateur de la dot, pouvoit être aſſigné par les héritiers du mari, pour faire ſa déclaration ſur la vérité de la dot, quoique la numération des deniers fût atteſtée par quittance authentique du mari.

Ces Arrêts décident bien clairement que laquittance la plus authentique ne produit pas une exception péremptoire, contre l'action formée pour faire déclarer la vérité par les Parties qui ſe font un titre de la quittance.

Cela doit avoir lieu dans tous les cas ſans exception, ſoit que la dot paroiſſe être payée par la femme, par ſes parens ou par un étranger; & les mêmes motifs que nous venons

de rapporter, ont une application à cette espèce.

Mais il y a de plus un motif particulier, en ce que la reconnoissance simulée, donnée par le mari pour une dot dont il n'a pas profité, est une donation en fraude des formalités prescrites par la Loi pour les donations faites par contrat de mariage. On éluderoit même l'incompatibilité que l'article 206 de la Coutume a établie entre le don & le douaire.

L'Arrêt de 1742 fait naître une difficulté, sur le degré de preuve que pourroit fournir la déclaration de l'étranger donateur, s'il reconnoissoit n'avoir point donné la dot. En permettant d'assigner l'étranger donateur, l'Arrêt de 1742 a décidé que sa déclaration devoit avoir quelque force. Mais cependant il semble qu'elle ne peut pas être suffisante, pour anéantir la preuve par écrit que l'acte de donation produit en faveur de la femme; & son serment, joint à cette preuve, paroît devoir

l'emporter ſur la déclaration d'un tiers qui n'a aucun intérêt perſonnel dans l'affaire, & qui n'eſt pas le maître d'anéantir le titre dans lequel il eſt employé comme donateur.

18. A plus forte raiſon le ſerment peut être déféré ſur ce qui s'eſt paſſé, ou ſur ce qui a été dit avant, lors ou depuis l'acte, ſur le ſens ou l'intention des Parties dans une clauſe équivoque ou obſcure, ſur la ſimulation d'un acte, &c.

19. Quoiqu'en général le ſerment ne doive être déféré, à une Partie, que ſur ce qui eſt de ſon propre fait, cependant on peut y avoir recours ſur les faits d'autrui dont elle peut avoir connoiſſance. L'Ordonnance du Commerce nous en donne un exemple (*a*), à l'égard des veuves, des héritiers & des ayans-cauſe.

20. L'article 147 de la Coutume contient une diſpoſition ſingulière: en admettant que la preuve par des témoins eſt ſuffiſante, il permet

(*a*) *T. 1, art. 10.*

d'exiger le ferment de la Partie, que ses témoins ont dit vérité. L'ancienne & la très-ancienne Coutume exigeoient même ce ferment, pour que la preuve fût complette; au lieu que la nouvelle donne seulement la permission de l'exiger.

Cette disposition est d'autant plus singulière, qu'il semble que c'est autoriser la délation de ferment sur un crime énorme, tel que le faux témoignage, ce qui est contre les maximes les plus constantes. Mais je crois qu'on peut concilier l'article 147 avec ces maximes.

Cet article ne dit pas qu'on pourra déférer le ferment sur les faits de subornation de témoins ou de faux témoignage; & il est certain qu'une pareille délation de ferment ne seroit pas admise. Comment donc peut-on exiger le ferment d'une Partie que ses témoins ont dit vérité? Tout témoin qui n'a pas dit la vérité, n'est-il pas faux témoin?

Il y a sans doute bien du rapport entre l'un & l'autre. Mais

cependant il peut y avoir une différence qui suffit pour justifier & interpréter l'article. Un témoin peut se tromper de bonne foi dans sa déposition, & rapporter les faits d'une manière imparfaite & défectueuse, par défaut de mémoire, ou parce qu'il ne les a pas bien vus : c'est la cause de la variété si ordinaire dans la plupart des enquêtes.

Ainsi, la disposition de l'article 147 n'est pas si singulière qu'elle paroît d'abord ; & puisqu'on peut déférer le serment sur la vérité des conventions ou des faits attestés dans un contrat, sans l'attaquer comme faux, pourquoi ne pourra-t-on pas le déférer sur la vérité des faits que des témoins ont pu déposer de bonne foi contre la vérité ?

21. L'article 156 de la Coutume porte, qu'avant la publication d'enquête, on peut déférer le serment, pourvu que le temps préfix pour informer ne soit passé. D'Argentré dit que cela s'entend du serment déféré par la Partie, & non du ser-

ment que le Juge ordonne d'office pour ſupplément de preuve ; & véritablement celui-ci ne peut être déféré que par le Jugement définitif rendu ſur les enquêtes, & ſeulement lorſque la Partie a un commencement de preuve qui n'eſt pas complet.

Dans le cas du ſerment déféré par la Partie, la publication d'enquête étant abrogée par l'Ordonnance, il ſemble que pour ſuivre l'eſprit de l'article 156, le ſerment doit être déféré par la Partie, avant que la forcluſion ſoit acquiſe contr'elle.

Cette diſpoſition eſt rigoureuſe, mais nous n'avons point d'Arrêt ni même d'uſage contraire à cette diſpoſition coutumière. Ainſi, je me borne à quelques réflexions.

Il y a deux cas différens où le ſerment peut être déféré.

Le premier eſt celui de l'article 147, dont nous avons parlé. Le ſecond eſt, par exemple, ſi un Demandeur qui a été appointé à informer qu'il lui eſt dû une ſomme

au-dessous de 100 livres, & qui n'a pu faire sa preuve, défère le serment au Défendeur sur la vérité & la légitimité de la dette, le Défendeur peut-il refuser le serment sur le fondement de l'article 156 ? La maxime, *manifestæ turpitudinis est jurare nolle jurare*, n'est-elle point applicable à cette espèce ? Si le Demandeur, croyant prouver la vérité, n'a pas voulu déférer le serment à un débiteur dont il a connu la mauvaise foi par son injuste dénégation de la dette, & s'il s'est trompé dans l'espérance de découvrir des témoins, pourquoi lui refusera-t-on le très-foible avantage de mettre ce débiteur juge dans sa propre cause ?

22. Le serment déféré par la Partie & outré, n'a son effet qu'entre les Parties, leurs héritiers & cause-ayans, & ne peut faire foi contre un tiers. Il sert aux cautions du débiteur qui a juré ne rien devoir. Le sentiment le plus général est même qu'il sert aux coobligés dont le consort a juré que la somme n'est pas

due ; car s'il avoit seulement juré qu'il n'est pas débiteur, ce serment lui seroit personnel, & ne serviroit pas aux coobligés.

Mais si le créancier se bornoit aux parts des autres coobligés, & même si, pour lever toute difficulté, il renonçoit à la solidité, je crois que le serment d'un des coobligés ne devroit pas priver le créancier de l'action contre les autres. Quoiqu'il ait d'abord agi pour le total contre l'un d'eux qui a juré que la dette n'existoit pas, ce serment est nécessairement personnel à celui qui a juré ; parce qu'il n'avoit pas un pouvoir spécial des autres pour faire le serment en leur nom. Le créancier auroit même eu droit d'exiger qu'ils eussent affirmé en personne, s'ils n'avoient pas eu d'excuse légitime. Il semble donc que son action pour leurs parts doit être entière.

Sans entrer dans le détail des différens objets sur lesquels le Juge peut ou doit déférer d'office le serment judiciaire, détail qui seroit

même impossible, j'établirai seulement quelques règles générales.

23. 1° A l'exception des objets sur lesquels on ne peut jamais déférer le serment, & dont j'ai parlé ci-dessus, l'axiome *manifestæ turpitudinis est nolle jurare*, suffit pour empêcher une Partie de réussir dans l'appel d'un Jugement qui lui défèreroit le serment, même sans la moindre nécessité, parce que c'est uniquement exiger qu'elle déclare la vérité, & qu'elle la confirme par la religion du serment.

24. Mais cependant un Juge fait une faute de déférer un serment que le bien de la Justice ne rend pas nécessaire. En rendant les sermens trop fréquens, on doit craindre d'en avilir l'objet aux yeux du peuple, & de donner lieu à des parjures. Il y a même des personnes scrupuleuses qui ne voudroient pas affirmer sur les faits dont la vérité leur est le plus parfaitement connue.

2° Dans tous les cas où il y a le moindre soupçon en faveur de

la légitimité d'une dette, quoiqu'il n'y ait pas même de ſemi-preuve en faveur du demandeur, le devoir du Juge, en le déboutant, eſt d'ordonner le ſerment du Défendeur comme condition de ce déboutement.

25. 3° Dans le doute à qui du Demandeur ou du Défendeur le ſerment doit être déféré; c'eſt-à-dire toutes choſes étant égales, le Juge ne peut pas balancer de déférer le ſerment au Défendeur, parce qu'il eſt diſpenſé de la preuve, & qu'elle incombe en entier au Demandeur.

4° La ſeule inégalité de condition & de caractère, entre le Demandeur & le Défendeur, ne ſuffiroit pas pour faire déférer le ſerment au premier, faute de preuve; par exemple, à un Magiſtrat ou à un Prêtre contre un Payſan. Mais c'eſt un motif pour l'ordonner comme ſupplétif à des indices (*a*) & à des ſemi-preuves legères; au lieu que ſi les conditions étoient égales, il faudroit des ſemi-preuves plus fortes

(*a*) V. Danti ſur Boiceau, *Ch.* 1, *n.* 19.

pour que l'événement pût dépendre du ſerment ſupplétif du Demandeur.

Mais lorſqu'un Domeſtique demande (*a*) le paiement de ſes gages, on doit s'en rapporter au ſerment du Maître, ſoit pour la ſomme qu'il a promiſe, ſoit pour le paiement; & ſi le Maître le congédie avant la fin de l'année, il ne peut pas être tenu au-delà du prorata du temps de ſervice, en affirmant qu'il a eu une juſte cauſe de le congédier.

5° Lorſque la demande eſt bien établie, & que le Défendeur a des exceptions qui ne ſont pas prouvées, il eſt évident que s'il y a lieu au ſerment, il doit, dans le doute, être déféré au Demandeur, qui eſt Défendeur pour tout ce qui concerne l'exception; pour qu'on pût le déférer au Défendeur, comme ſupplétif des ſemi-preuves de ſon exception, il faudroit ſuivre les mêmes règles dont je viens de parler.

26. 6° Le ſerment judiciaire dé-

(*a*) Acte de Notoriété du Châtelet de Paris, du 12 Août 1705.

féré par le Juge à une Partie, ne peut pas être référé par celle-ci à l'autre Partie. Mais quand une Partie refuse d'outrer le serment qui lui est déféré, le Juge peut référer le serment à l'autre Partie. Il peut même arriver que la nature & les circonstances de l'affaire l'exigent, quoique celui qui a refusé d'outrer le serment, ne puisse pas se plaindre de ce que le serment n'a pas été référé à son Adversaire.

27. 7° Le serment *in litem*, dont nous avons un exemple en faveur du spolié, par l'article 160, après une enquête sommaire, pour la valeur des effets dont il a été privé, peut être déféré par le Juge de deux manières.

La première en condamnant le Défendeur au paiement d'une somme fixe, jurant & affirmant le Demandeur que sa perte est telle.

La seconde est d'ordonner préalablement le serment du Demandeur sur l'étendue de sa perte. En ce cas, le Juge n'est pas absolument

astreint à prononcer la condamnation de toute la somme portée dans le serment, lorsqu'il la trouve excessive. Cette différence entre le serment & la condamnation n'établit pas un soupçon de parjure contre le Demandeur. On peut seulement conclure qu'il a pu, même avec bonne foi, estimer les choses au-delà de leur juste valeur, ou que, par une modération d'équité, le Juge a diminué la condamnation.

28. *C'est* à l'Audience que le serment doit être outré, en levant la main droite, à l'exception des Prêtres, qui mettent la main *ad pectus*.

29. La Déclaration du Roi du 20 Février 1696, a abrogé la formalité du serment en l'Eglise sur les Saints Evangiles, ou en présence du Saint Sacrement. Celui qui est assez criminel pour commettre un parjure, peut n'être pas arrêté par ce qu'il y a de plus sacré. Cependant cet ancien appareil de ce qui mérite le plus notre vénération, pouvoit effrayer les plus scélérats.

30. C'eſt auſſi ce motif qui autoriſe l'oppoſition à ce qu'un ſerment ſoit outré par Procureur, ſur une procuration ſpéciale. Il faudroit des motifs indiſpenſables, pour autoriſer le Juge à ne point avoir égard à cette oppoſition, dans tous les cas où il n'eſt pas queſtion d'un ſerment de ſimple formalité.

CHAPITRE XVI.

De l'Interrogatoire ſur faits & articles.

SOMMAIRE.

1. *Définition.*
2. *Quels faits & articles on peut propoſer.*
3. *Pourquoi on peut demander l'interrogatoire en tout état de cauſe.*
4. *Si l'on peut en demander pluſieurs.*
5. *Simplicité de la procédure. Motif.*
6. *Le Juge ne peut ordonner l'interrogatoire d'office.*
7. *Pourquoi la Partie doit répondre en perſonne. De la maladie ou autre empêchement, & du défaut.*
8. *Le défaillant peut ſe faire interroger en tout état de cauſe, à ſes frais.*

9. *Même dans l'instance d'appel.*
10. *Assignation à personne ou domicile. Délai.*
11. *Signification de l'Ordonnance du Juge. Forme de l'interrogatoire. Interrogatoire d'office sur quelques faits. Motif.*
12. *Quelles doivent être les réponses.*
13. *Si l'on peut les diviser.*
14. *De la déclaration que l'interrogé ne se souvient pas d'un fait.*
15. *Si la preuve par témoins est admise contre ce que l'interrogé a allégué. Son serment est de simple formalité.*
16. *Interrogatoire aux frais du requérant.*
17. *Interrogatoire des Communautés & de ceux qui ont agi pour elles.*
18. *Du tuteur.*
19. *Du mineur, de la femme mariée & de toute Partie qui est en cause.*
20. *Et non de celles qui n'y sont pas. Motif.*
21. *De l'interrogatoire sur faits & articles en matière criminelle.*
22. *Effet de la reconnoissance donnée par l'interrogatoire. De l'erreur de fait. Restitution.*
23. *Si la preuve par témoins de cette erreur peut être reçue.*

1. L'interrogatoire sur faits & articles est un moyen que la Loi donne, dans le cours d'une inf-

tance, à une des Parties, pour instruire la Justice, par les réponses que l'autre Partie est tenue de donner, au Juge du Procès, qui l'interroge sur des faits & articles pertinens & concernant seulement la matière dont il est question.

Il résulte de cette définition plusieurs principes établis par l'Ordonnance.

2. 1° Qu'on ne peut proposer des faits & articles étrangers au Procès, ou qui ne soient pas pertinens, puisque l'interrogatoire n'a pour but que d'éclaircir la matière qui est en contestation.

3. 2° Que l'interrogatoire peut être demandé en tout état de cause principale ou d'appel, & même avant la contestation en cause, devant le Juge où le différent est pendant, ou devant le Juge qu'il commettra en cas d'absence de la Partie. Car en quelque temps que ce soit, une Partie ne peut se dispenser de répondre sur tout ce qui peut servir à l'éclaircissement de la vérité, sans cepen-

dant que l'instruction & le Jugement puissent être retardés (*a*).

4. Sur ce motif, plusieurs Auteurs pensent qu'on peut demander plus d'un interrogatoire dans le même Procès, pourvu que ce soit sur d'autres faits, ou sur des faits explicatifs des premiers.

5. Par les mêmes motifs, il n'est pas besoin de procédure (*b*) ni d'instruction, pour faire juger si l'interrogatoire doit avoir lieu, puisqu'il ne peut pas être refusé. Il ne faut qu'une expédition de requête, sans commission du Greffe, quoique la Partie demeure hors du lieu, & sans que le Juge & le Greffier puissent rien prendre pour l'Ordonnance du Juge (*c*).

6. On peut encore conclure de cette disposition, & de tout l'esprit du titre 10, que le Juge ne peut pas ordonner l'interrogatoire d'office, & qu'il faut qu'il soit expres-

(*a*) T. 10, *art.* 1,
(*b*) Réglement du 2 Mars 1728. Arrêt du 12 Août 1740. Journal du Parlement, *Tome 2, Chap.* 58.
(*c*) *Art.* 2.

ſément requis par une des Parties.

7. 3° La Partie doit répondre en perſonne, & non par Procureur ni par écrit, devant le Juge aſſiſté de ſon Greffier, ou d'un Commis juré, ſi le Greffier eſt abſent, qui écrit l'interrogatoire. Le motif eſt que les réponſes, les contradictions, les tergiverſations & le ſilence même de l'interrogé, peuvent être autant de moyens pour découvrir la vérité. Ainſi en cas de maladie ou d'empêchement légitime, le Juge devant lequel le Procès eſt pendant, doit ſe tranſporter au domicile de la Partie, pour recevoir ſon interrogatoire (*a*) : ou en cas d'abſence de la Partie, on doit commettre un Juge pour l'interroger (*b*) ; ſoit par ſimple commiſſion ſi elle eſt adreſſée à un Juge inférieur, ſoit par commiſſion rogatoire ſi le Juge commis eſt égal ou ſupérieur.

Le défaut de comparoître au jour & lieu marqué, ou le refus de ré-

(*a*) *Art.* 6.
(*b*) *Art.* 1.

pondre

pondre, étant conſtatés par un Procès verbal ſommaire faiſant mention de l'aſſignation & du refus ou du défaut, les faits doivent être tenus pour confeſſés & avérés, ſans obtenir de jugement, & ſans réaſſignation. (a)

Ainſi le Jugement qui donne les faits pour confeſſés & avérés, eſt ſurabondant. Suivant un Arrêt du Parlement de Paris du 6 Septembre 1681, le Commiſſaire ne peut pas rendre ce Jugement, ſa fonction étant bornée à recevoir l'interrogatoire, ou à rapporter ſon Procès verbal de défaut ou de refus, ſuivant l'article 4.

8. Mais il ne ſeroit pas juſte qu'une Partie qui peut avoir eu quelque empêchement, quoiqu'inſuffiſant pour l'excuſer entièrement, ſe trouvât convaincue par ſon défaut ou par ſon ſilence. Ainſi elle peut, juſqu'au jugement du Procès, ſe préſenter pour ſubir interrogatoire; & la ſeule peine de ſa contumace eſt

(a) *Art. 4.*

de payer les frais de l'interrogatoire, d'en donner copie à l'Adversaire, & même de rembourser les dépens du premier Procès verbal, sans répétition & sans retardation du Jugement. (*a*)

9. M. Pussort (*b*) établit même pour maxime, que celui qui n'a pas prêté interrogatoire devant le premier Juge, y doit être reçu en cause d'appel, *parce qu'en cause d'appel on peut réparer toutes les omissions faites dans les instructions pardevant les premiers Juges.*

10. 4° Puisque la Partie doit répondre en personne, l'assignation doit être donnée à sa personne ou à son domicile, & non à aucun domicile élu, ni à celui du Procureur: (*c*) & l'on peut ne donner qu'un délai très-court, pourvu qu'il soit suffisant suivant la distance des lieux, pour que la Partie ait le temps de comparoître.

Les formules de l'Ordonnance,

(*a*) *Art. 5.*
(*b*) Procès verbal, de l'Ord. *Tit. 16, art. 4.*
(*c*) *Art. 3.*

ſur cet article 3, décident que cette aſſignation ne peut pas être donnée au dernier domicile ni au lieu du bénéfice, commiſſion ou office, par le motif que l'interrogatoire eſt purement perſonnel.

11. En donnant les moyens de tirer la vérité de la bouche de la Partie, la Loi a voulu prévenir les ſurpriſes & les artifices du demandeur, en donnant, à l'interrogé, les moyens de s'inſtruire des faits pour déclarer la vérité. Elle veut que, par l'aſſignation, il ſoit donné copie de l'Ordonnance du Juge & des faits & articles (*a*); ſur chacun deſquels le Juge, après avoir pris le ſerment, doit recevoir les réponſes: & il peut d'office interroger ſur quelques faits, quoiqu'il n'en ait pas été donné copie (*b*), pourvu qu'ils ne ſoient pas étrangers à l'objet de la Requête.

Par ce moyen la Loi donne une reſſource, contre l'affectation du dé-

(*a*) *Art.* 3.
(*b*) *Art.* 7.

fendeur à préparer ses réponses sur les faits & articles qui lui sont signifiés. Un Juge intégre & éclairé, découvre facilement le déguisement d'une réponse ; & la liberté que la Loi lui donne, le met en état de presser celui qu'il interroge, & d'employer tout ce que l'amour de la vérité peut inspirer pour la découvrir, & pour l'arracher en quelque sorte.

M. Rodier (*a*) rapporte un Arrêt du 14 Janvier 1757, qui jugea que l'interrogé répondroit de sa propre bouche, sans s'aider d'aucun mémoire par écrit.

12. 5° Puisqu'il faut que les faits soient pertinens, il faut que les réponses soient précises & pertinentes. On doit en bannir les termes injurieux ou calomnieux (*b*), parce qu'ils sont inutiles à ce qui fait l'objet de l'interrogatoire, & contraires même au respect qu'on doit à la Justice.

13. M. Jousse dit sur cet article qu'en

(*a*) *Art. 6.*
(*b*) *Art. 8.*

matière civile, à la différence du criminel, on ne peut pas diviser les réponses de la Partie interrogée, en admettant un chef de l'interrogatoire pour conviction contre lui, & en rejettant les autres chefs qui sont à sa décharge.

Il faudroit, pour adopter ce sentiment, que les différentes déclarations faites dans les interrogatoires, fussent de nature à être considérées comme indivisibles; & quand elles pourroient avoir ce caractère, il paroît évident que, si un fait, allégué par l'interrogé pour sa décharge, étoit prouvé faux & que la preuve fût par écrit, ou même par témoins dans une matière susceptible de cette preuve, la réponse sur ce chef seroit rejettée; & néanmoins l'autre fait reconnu par l'interrogé seroit décisif contre lui.

14. Si l'interrogé déclare qu'il ne se souvient pas d'un fait, la question de savoir si l'on doit admettre cette réponse, ou si elle doit être considérée comme un refus de répondre,

dépend absolument de la nature du fait, & s'il est vraisemblable qu'il ait été oublié par l'interrogé. (a)

15. Au reste, le serment de simple formalité que l'interrogé a prêté, n'empêche pas la Partie adverse de contester les faits non prouvés qu'il a allégués, & même de prouver par témoins les faits contraires, en cas que l'Ordonnance ne rende pas cette preuve non-recevable.

Danti (b), contre l'opinion de Lange, & contre le sentiment commun, pense qu'on ne peut admettre en ce cas que la preuve par écrit.

Cette opinion est fondée sur un faux motif, savoir que l'interrogatoire sur faits & articles, est une délation de serment par le demandeur au défendeur.

Il est de maxime constante que la seule délation de serment qui exclut la preuve par témoins, & même la preuve par écrit, après le serment outré, est lorsque la Partie rend son-

(a) V. Rodier, p. 147.
(b) Danti sur Boiceau, *chap.* 1, *n.* 26.

Adverſaire Juge en ſa propre cauſe, en lui déférant le ſerment ſur ce qui eſt l'objet du Procès. Or, l'interrogatoire ſur faits & articles n'a point ce caractère. Premièrement, celui qui demande l'interrogatoire ſur faits & articles, ne défère point le ſerment, qui n'eſt qu'une formalité preſcrite par l'Ordonnance & exécutée par le Juge.

2° Il ne met point l'Adverſaire Juge en ſa propre cauſe; & l'objet de l'interrogatoire ſur faits & articles, eſt ſeulement de tâcher de découvrir la vérité par la bouche même de l'Adverſaire. C'eſt un genre de preuve qu'on emploie, & auquel on eſt en droit d'accumuler tous les autres.

16. Comme la Partie qui requiert l'interrogatoire, pourroit affecter d'en multiplier les faits, & augmenter par là conſidérablement les frais, dans l'eſpérance d'en avoir la repriſe en définitive, l'article 10 a chargé le demandeur de tous les frais de l'interrogatoire, ſans aucune répé-

tition, & ſans pouvoir les faire entrer dans la taxe des dépens.

17. Enfin non-ſeulement les particuliers, mais les Chapitres, Corps & Communautés, peuvent être interrogés, & ils doivent donner à un Syndic, Procureur ou Officier, un pouvoir ſpécial dans lequel les réponſes ſeront expliquées & affirmées véritables; autrement les faits ſeront tenus pour confeſſés & avérés. Outre cela on peut faire interroger les Syndics, Procureurs & autres qui ont agi par les ordres de la Communauté, ſur les faits qui les concernent en particulier, *pour y avoir par le Juge tel égard que de raiſon.* (a)

Ces derniers mots ont pour motif que celui qui a agi pour la Communauté, ne feroit pas une preuve contr'elle par ſes déclarations; mais que néanmoins dans une matière de faits, on peut tirer de ſes déclarations l'éclairciſſement de la vérité, en rapprochant les circonſtances,

(a) *Art.* 9.

& en les conférant avec l'état du Procès.

18. Cette dernière disposition peut être appliquée à l'interrogatoire du tuteur, qui ne peut pas préjudicier au mineur, par ses confessions, dénégations ou tergiversations, & qui peut cependant être obligé de subir l'interrogatoire sur les faits qui lui sont personnels.

19. Au reste, il est certain en général, qu'on peut ordonner l'interrogatoire de toute Partie qui est en cause, mineur, tuteur, femme mariée, quoique non autorisée de son mari pour l'interrogatoire. (*a*)

20. Mais par Arrêt du 17 Juin 1722, dans le Journal des Audiences, il a été jugé, en point de droit, qu'on ne peut ordonner l'interrogatoire sur faits & articles, que des Parties qui sont en cause, & qu'on ne peut pas l'ordonner à l'égard d'un tiers qui n'est point Partie.

Outre que le premier article du

(*a*) Jousse, *Tit. 1, Art. 1.* Imbert, *Liv. 1 Ch. 38.*

titre 10 ne parle que des Parties, il suffit de réfléchir que l'interrogatoire ne peut avoir pour objet que de tirer la preuve de la bouche même de celui contre lequel on plaide. La déclaration d'une tierce personne ne pourroit avoir que la force d'un témoignage, lequel ne doit être donné que dans la forme des enquêtes.

21. Quoique l'Ordonnance n'ait pour objet que la procédure civile, on peut appliquer aux instances criminelles la généralité de sa disposition, pour les interrogatoires sur faits & articles, en tout état de cause. Il est vrai qu'en ce qui concerne l'intérêt public, l'interrogatoire de la Partie civile, à requête de l'accusé, pourra ne pas faire de preuve pour sa justification; parce que les reconnoissances de l'accusateur, après l'instruction, ni même auparavant, ne peuvent pas affoiblir les preuves ni la peine d'un crime public.

Mais outre que cette raison ne

peut pas s'appliquer aux petits délits qui n'intéressent pas le Public, quoiqu'ils soient poursuivis criminellement, il peut se trouver, même à l'égard des grands délits, des motifs intéressans pour faire interroger l'accusateur, tant par rapport aux dommages & intérêts qu'il pourroit prétendre, que pour la justification de l'accusé, sauf au Juge à y avoir tel égard que de raison, pour l'intérêt public.

22. Il en est du fait reconnu par l'interrogatoire en matière civile, comme de toute autre confession faite en Jugement, qui opère une preuve entière, contre celui qui l'a faite (*a*). Mais si l'erreur est manifeste, elle pourroit fonder des Lettres de restitution, comme contre toute autre confession, pourvu que la preuve fût par écrit.

23. M. Rodier (*b*) pense même que, dans les matières où la preuve par témoins est admissible, on pour-

(*a*) *Art. 164.*
(*b*) *T. 19, art. 5.*

roit prouver l'erreur, par cette voie, l'autre Partie ayant l'avantage d'y être admise malgré l'interrogatoire.

Ce motif ne paroît pas solide; car l'interrogatoire n'est point un titre ni une preuve contre l'autre Partie; au lieu qu'il opère une preuve par écrit contre l'interrogé, comme toute confession contre celui qui l'a faite.

CHAPITRE XVII.

Des Descentes sur les lieux, & des rapports d'Experts.

SOMMAIRE.

1. *Objet de ce genre d'instruction, pour les immeubles.*
2. *Et pour choses mobiliaires.*
3. *Juge ne peut faire la fonction d'Expert.*
4. *Quand le Juge peut descendre sur les lieux.*
5. *Même sans réquisitoire d'une Partie.*
6. *Rapport d'Experts peut être ordonné d'office. S'il détermine nécessairement la décision du Juge.*

7. *Défenses aux Juges & Procureurs du Roi ou Fiscaux, d'assister aux Procès verbaux des Presbytères.*
8. *Quel Juge doit faire la descente.*
9. *Nomination du Commissaire.*
10. *Quand le Commissaire peut & doit descendre; formalité à cet égard.*
11. *Frais que le réquérant doit avancer.*
12. *Régle sur la manière dont le Commissaire & les Experts doivent se conduire, & sur leurs vacations.*
13. *Faits doivent être exprimés dans le Jugement qui ordonne la visite d'Experts; forme de ce Jugement pour la nomination & la prestation de serment.*
Ce que doit contenir le rapport.
14. *De la récusation ou révocation des Experts.*
15. *De la nomination du Tiers. De sa fonction.*
16. *Quelles personnes doivent être nommées pour Experts & pour Tiers.*
17. *Fonction d'Experts libre.*
18. *Forme de la prestation de serment & du rapport des Experts.*
19. *De plusieurs Parties qui ont un même intérêt, & qui nomment plus d'un Expert.*
20. *Quand les Experts doivent remettre leur rapport au Commissaire.*
21. *Forme du rapport quand ils ne savent pas écrire.*

22. *Et quand leurs avis sont conformes ou différens.*
23. *Ne sont obligés de rédiger leur rapport sur le lieu.*
24. *Procédure en exécution du rapport d'Experts.*
25. *De la contre-visite.*
26. *Des descentes jugées nulles.*
27. *Du rapport d'Experts nul ou vicieux.*
28. *Le mémoire d'un ouvrier ou autre étant excessivement enflé, & les offres faites par le débiteur étant insuffisantes, sur qui doivent tomber les frais du rapport d'Experts.*

1. Dans tous les Procès (*a*) où la contestation roule sur la situation des lieux, sur leur étendue & sur les intersignes de servitudes ou d'autres droits, la nécessité de constater l'état des lieux exige, soit une descente de Juges, soit un rapport d'Experts, soit le concours du Juge & des Experts.

2. De même le rapport d'Experts est nécessaire, lorsque les Parties ne

(*a*) V. sur cette matiére les Principes de Jurisprudence de M. Prevôt, Avocat au Parlement de Paris, où l'on trouve une savante compilation de tout ce qui concerne les rapports en matière civile & criminelle.

ſont pas d'accord ſur la qualité ou ſur la valeur d'ouvrages, ſur les ſalaires d'ouvriers, de Chirurgien, d'Apothicaire, &c.

3. C'eſt un principe général, que le Juge ne peut jamais faire la fonction d'Expert, quelques talens qu'il ait pour toutes les opérations qui ſont du miniſtère des Experts. Ainſi à l'exception des apuremens que le Juge peut donner, ſur ce qu'on peut connoître par la ſeule inſpection des choſes, ſans meſurage, & ſans aucune autre connoiſſance que celle que toute perſonne peut avoir, il faut néceſſairement que les apuremens ſoient donnés aux Juges par des Experts jurés.

4. Par le motif du peu d'utilité de la deſcente du Juge ſur les lieux, dans les matières où il n'échet qu'un ſimple rapport d'Expert, (*a*) la deſcente du Juge ne peut avoir lieu, en ce cas, s'il n'en eſt requis, par écrit, par l'une ou l'autre des Parties. Alors la deſcente ne peut pas,

(*a*) T. 21, art. 2.

être refusée, la Partie qui la requiert pouvant avoir intérêt que le Juge voie les choses par lui-même, ou que les Experts travaillant sous les yeux du Juge, fassent leurs opérations avec plus de liberté, de fidélité & d'exactitude.

Mais si l'autre Partie prétend que la nature de l'affaire n'est pas même susceptible d'un rapport d'Experts, la décision de cette question doit déterminer le Juge à ordonner ou à refuser la descente.

5. L'Ordonnance n'exclut pas le Juge de la liberté d'ordonner d'office une descente, dans les cas où la nature de l'affaire exige qu'il voie lui-même les lieux (*a*), & il est même possible qu'il ne soit pas besoin de rapport d'Experts, & que cependant la visite du Juge soit nécessaire. Il est vrai que cela peut être très-rare, si ce n'est lorsqu'il sera question d'examiner la nature d'une servitude, & de décider si la possession est ou n'est pas précaire.

(*a*) V. le Procès verbal de l'Ord. T. *18*, *art.* 2.

6. Dans tous les cas où le rapport d'Experts eſt néceſſaire, il détermine la déciſion du Juge. Mais ce n'eſt toujours que comme un avis & une inſtruction qui lui eſt donnée pour l'éclairer.

Ainſi lorſqu'un Juge eſt en état de voir par les apuremens des Experts que leur avis eſt mauvais, il n'y a aucune Loi qui l'empêche de décider ſuivant ſes lumières. Mais pour que ſon Jugement ne ſoit pas réformé, il faut que les motifs qui l'écartent de l'avis des Experts, ſoient évidens; & il eſt plus régulier d'ordonner un nouveau rapport d'Experts, ce que le Juge peut faire d'office lorſqu'il trouve de l'ignorance, de la contradiction ou de l'obſcurité dans les apuremens ou dans l'avis des Experts.

7. Il s'étoit introduit un abus qui contribuoit à la ruine des ſucceſſions des Recteurs. Quoique la préſence des Procureurs du Roi ou des Procureurs Fiſcaux & des Juges, aux Procès verbaux de devis & de

renable des réparations des Presbytères, fût absolument inutile, ils y assistoient néanmoins sans être requis, & ils se faisoient payer de leurs vacations, sur les débris qui restoient des successions après les réparations payées.

Cet abus criant avoit été condamné par quelques Arrêts dont il y en a deux des 6 Août 1766, & 28 Janvier 1768. Enfin le Parlement a fait le 30 Janvier 1668 un Réglement général qui leur défend » d'assister auxdits Procès verbaux de » devis & de renable des réparations de Presbytères, s'ils ne sont » requis par les Parties, auquel cas » les vacations desdits Juges & Officiers seront payées par les Parties requérantes, sans répétition. »

Après ces premières observations, passons au détail de la forme qui s'observe en cette matière.

8. S'il n'y a qu'un seul Juge dans la Jurisdiction, c'est lui qui doit faire la descente; & l'ancien Praticien ne pourroit pas l'exclure, sous pré-

texte qu'il eſt le Rapporteur & le ſeul Juge du Procès.

Dans les Préſidiaux & dans les Siéges inférieurs, où il y a pluſieurs Juges, l'Ordre du Tableau eſt gardé, à commencer par le premier entre ceux qui ont aſſiſté à l'Audience ou au rapport du Procès (*a*) : & le Rapporteur n'eſt point exclus. Mais on ne peut commettre aucun des Juges qui n'ont point aſſiſté au Jugement, que ſur le refus de tous ceux qui y ont été préſens (*b*).

Dans les Cours & aux Requêtes de l'Hôtel ou du Palais, le Rapporteur du Procès ne peut être commis pour faire la deſcente ordonnée à ſon rapport. Le Préſident commet un des Juges qui ont aſſiſtés au Jugement, ou à leur refus, un autre Conſeiller de la même Chambre.

Cela ſe pratique également pour les deſcentes ordonnées à l'Audience (*c*).

9. Le Commiſſaire doit être nom-

(*a*) *Art.* 3.
(*b*) Arrêt du Conſeil du premier Juillet 1668.
(*c*) *Art.* 2.

mé par un Jugement qui ordonne la descente (*a*) ; & s'il ne peut ou ne veut pas la faire, il ne peut pas en nommer un autre à sa place. La subrogation d'un nouveau Commissaire ne peut être faite que par le Tribunal qui a nommé le premier.

10. Le Commissaire ne peut descendre sans la requisition d'une des Parties, qui consigne les frais ordinaires, sauf la répétition. Le Jugement, par lequel la descente est ordonnée, & la Requête pour y procéder, sont remis au Commissaire, qui fixe le jour & le lieu pour s'y trouver; & le tout est signifié à la Partie adverse ou à son Procureur. (*b*)

Pour prévenir le retardement des descentes, les articles 6 & 7 ordonnent, 1° que le Commissaire partira dans le mois du jour de la requisition ; faute de quoi il en sera subrogé un autre à sa place, sans que le voyage puisse être prorogé,

(*a*) *Art.* 4.
(*b*) *Art.* 5. & 6.

à peine de nullité & de restitution de ce qui aura été reçu ; 2° que les récusations, contre le Commissaire, seront proposées trois jours avant son départ, pourvu que le jour du départ ait été signifié huit jours auparavant ; autrement le Commissaire pourra passer outre, nonobstant opposition ou appellation, prise à parties & récusation, même pour causes depuis survenues, sauf à y faire droit après le retour du Commissaire.

11. Entre les frais ordinaires que la Partie requérante est obligée d'avancer, on ne comprend point les vacations des Procureurs, que chaque Partie doit avancer, sauf à répéter en cas de condamnation de dépens ; & si, outre son Procureur, elle veut avoir un Avocat ou un autre Conseil, elle paie ses vacations sans répétition.

Mais si la Partie poursuivante étoit obligée d'avancer les vacations pour l'autre Partie, il doit lui en être délivré exécutoire sur le champ, sans attendre l'issue du Procès. (*a*)

(*a*) *Art.* 21.

Il en sera de même, si la Partie requérante qui doit avancer les frais ne le fait pas, & met l'autre Partie dans la nécessité de faire l'avance. L'exécutoire doit lui être délivré pour tout ce que le requérant devoit avancer.

22. Les articles (*a*) 15, 16, 17,

(*a*) Défendons aux Commissaires & aux Experts de recevoir, par eux ou par leurs domestiques, aucuns présens des Parties, ni de souffrir qu'ils les défraient ou paient leur dépense directement ou indirectement, à peine de concussion & de 300 livres d'amende applicable aux Pauvres des lieux; & seront les vacations des Experts taxées par le Commissaire. *Art. 15.*

Les Juges employés en même-temps en différentes commissions, hors les lieux de leur domicile, ne pourront se faire payer qu'une seule fois, de la taxe qui leur appartiendra par chacun jour, qui leur sera payée par égales portions par les Parties intéressées. *Art. 16.*

Si la longueur du voyage est augmentée à l'occasion d'une autre commission, les journées seront payées par les Parties intéressées, à proportion du temps qui aura été employé à cause de l'augmentation du voyage. *Art. 17.*

Lorsque les Juges seront sur les lieux pour vaquer à des commissions & descentes, & qu'à l'occasion de leur présence ils seront requis d'exécuter une autre commission, ils ne seront payés par les Parties intéressées à la nouvelle commission & descente, que pour le temps qu'ils y vaqueront; & les Parties intéressées à la première commission paieront les journées employées pour aller sur les lieux où la première descente devoit être faite, & pour leur retour. *Art. 18.*

Les Commissaires seront tenus de faire mention, sur les minutes & grosses de leurs Procès

18, 19, 20 & 22, contiennent des dispositions très-sages sur l'intégrité avec laquelle les Commissaires doivent procéder à la descente, & sur le réglement de leurs vacations. Ces articles n'ont pas besoin d'explication. Il faut seulement observer que l'article 15 est commun aux Experts dont nous allons parler; & quoique l'Ordonnance ne parle pas des Experts dans les articles 16, 17, 18 & 20, les motifs de ces articles sont les mêmes pour eux que pour les Juges.

13. De même que dans l'appointement à informer, les faits doivent

verbaux, des jours qui auront été par eux employés pour se transporter sur les lieux, & de ceux de leur séjour & retour; & de ce qui aura été consigné par chacune des Parties, & reçu des taxes faites pour la grosse du Procès verbal, & de ceux qui auront assisté à la commission; le tout à peine de concussion & de 100 l. d'amende. *Art. 19.*

Si les Commissaires sont trouvés sur les lieux, ils ne prendront aucune vacation pour leur voyage ni pour leur retour; & s'ils sont à une journée de distance, ils prendront la taxe d'un jour pour le voyage, & autant pour le retour, outre le séjour. *Art. 20.*

Lorsque les Officiers feront des descentes ou autres commissions hors la Ville & banlieue de l'établissement de leur Siége, ils ne prendront, par chacun jour, que les sommes qui seront par nous ci-après ordonnées par une déclaration particulière. *Art. 22.*

être exprimés pour fixer l'attention des témoins, il faut aussi les exprimer dans le Jugement qui ordonne la visite d'Experts, pour fixer leur attention sur ce qui doit être l'objet de leur rapport. M. Jousse observe que cette disposition doit avoir lieu dans le cas même où les Experts doivent accompagner le Juge à la descente.

Ce rapport doit être borné à ce qui est de leur art ; & ce qu'ils disent sur le droit des Parties est inutile, à moins que les observations qu'ils font à cet égard, ne soient nécessairement liées aux apuremens qu'ils donnent sur la qualité, l'état, la valeur, *&c.* des choses qui font l'objet de leur rapport. (*a*)

Le Jugement qui ordonne le rapport d'Experts, doit commettre le Juge qui procédera à leur nomination, & à la réception de leur serment & rapport. Le délai dans lequel les Parties comparoîtront

(*a*) Jousse, *art.* 12.

devant

devant le Commiſſaire, doit être auſſi fixé. (*a*)

Quelquefois la nomination des Experts eſt portée dans le Jugement qui ordonne le rapport, lorſque les Parties ont nommé leurs Experts par leurs écritures antérieures à ce Jugement.

Dans les matières ſommaires, ils prêtent le ſerment à l'Audience comme les témoins.

14. La récuſation des Experts convenus ou nommés par le Juge, a lieu, par les mêmes motifs que celle des Juge. Elle ne peut pas être jugée par le Commiſſaire : elle doit l'être dans la Juriſdiction, de même que toutes les conteſtations qui naiſſent entre les Parties incidemment au rapport ou à la deſcente.

M. Rodier (*b*) dit que l'uſage du Parlement de Toulouſe, eſt que le Commiſſaire juge les récuſations des Experts, s'il n'aime mieux les renvoyer au Juge qui l'a commis. Il

(*a*) *Art. 8.*
(*b*) *T. 21, art. 9, queſt. 8.*

reconnoît cependant que si l'on consulte les formules, la connoissance de la récusation appartient au Juge qui a commis : & cela est certain suivant la formule sur l'article 9. C'est aussi notre usage constant : il ne donne au Commissaire que la simple exécution du Jugement qui ordonne la convention & le rapport d'Experts. Il paroît même plus conforme au bien de la Justice, ainsi qu'à la forme de la procédure, de ne pas trop étendre la fonction & le pouvoir de Commissaire.

La Partie peut révoquer son Expert, sans en dire la cause, & en nommer un autre, pourvu que les choses soient entières, c'est-à-dire, que le travail des Experts ne soit pas commencé. (*a*)

Si la récusation est valable, il doit être nommé un autre Expert, à la place de l'Expert récusé ; & en général sur le défaut ou refus de l'une ou l'autre, ou même des deux Par-

(*a*) Loix des Bâtimens, *part.* I, *p.* 33.

ties, de convenir d'Experts, le Juge en nomme d'office. (a)

15. Mais quoique notre usage assez ordinaire, soit que le Juge ou Commissaire nomme un Tiers dans le même temps que les Parties conviennent d'Experts, l'article 13 paroît annoncer que cette nomination ne doit être faite que lorsque les Experts sont contraires en leur rapport.

La fonction du Tiers, qui doit être accompagné des deux autres dans la visite, suivant le même article 13, est bornée à donner son avis sur les seuls articles sur lesquels ils ne s'accordent pas. Il peut prendre un avis mitoyen. Arrêt du 17 Mai 1740, dans le tome 3 du Journal du Parlement.

16. On peut nommer, pour Experts, des Bourgeois; & même si un Artisan est intéressé, en son nom, contre un Bourgeois, le Tiers doit être un Bourgeois, pour prévenir l'inconvénient de la collusion qui

(a) *Art. 9.*

pourroit être entre des gens d'un même état, & qui est moins présumée de la part d'un Bourgeois que d'un Artisan. (*a*)

17. Au reste, la fonction des Experts est libre, & n'est point regardée comme une charge publique. Ainsi lorsqu'ils refusent de travailler, on n'a que la voie d'en nommer d'autres, suivant la forme prescrite par l'Ordonnance.

18. Les articles 10 (*b*), 12 & 13, règlent la forme de la prestation de serment & *du rapport des Experts*.

19. Mais, 1° si plusieurs Parties qui ont un même intérêt, ne se concilient pas pour nommer un seul Expert, & si chacun nomme le sien, ils ne peuvent avoir ensemble qu'une seule voix.

20. 2° L'article 12, qui exige que

(*a*) *Art.* 11.

(*b*) Le Commissaire ordonnera par le Procès verbal de nomination des Experts, le jour & l'heure pour comparoir devant lui, & faire le serment; ce qu'ils feront tenus de faire sur la première assignation : & dans le même tems sera mis entre leurs mains l'Arrêt ou Jugement qui aura ordonné la visite à quoi ils vaqueront incessamment. *Art.* 10.

les Experts délivrent au Commissaire leur rapport en minute, pour être attaché à son Procès verbal, ne s'applique qu'au cas de la descente du Juge.

21. 3° Lorsque les Experts ne savent pas écrire, ils font leur rapport, soit devant le Commissaire, soit au Greffe de la Jurisdiction; ou bien ils le font rapporter par des Notaires, & il est déposé au Greffe. Acte de Notoriété du 5 Février 1726, à la fin des Questions féodales d'Hevin, page 334.

22. 4° S'ils conviennent tous, ils donnent un seul avis, sinon chacun donne son avis. (*a*)

23. 5° Sur les représentations de M. le Premier Président, lors du Procès verbal de l'Ordonnance (*b*), la disposition qui obligeoit les Experts de rédiger & signer leur rapport sur le lieu, fut supprimée, comme souvent impraticable dans l'exécution. C'est le motif de l'Arrêt du 17

(*a*) *Art. 13.*
(*b*) *T. 18, art. 16.*

Mai 1740, que j'ai rapporté sur l'article 265, & tome 3 du Journal du Parlement.

24. Les articles 14 & 23 établissent, en exécution du rapport d'Experts, une Procédure aussi simple que celle qui est prescrite en conséquence des enquêtes. (*a*)

25. On peut demander une contre-visite, dont les frais doivent être avancés par le requérant, sauf la reprise en définitive. M. Jousse (*b*) pense que, si le rapport des deux Experts est uniforme, & ne contient aucun vice qui puisse le rendre suspect ou inutile, la contre-visite n'est pas recevable. Notre usage est contraire; & l'on peut même le fonder sur la maxime que tout prisage des fonds est sujet à la revue, suivant

(*a*) Abrogeons l'usage de faire recevoir en Justice les Procès verbaux des descentes & rapports des Experts; & pourront les Parties les produire ou les contester, si bon leur semble. *Art.* 14.

Pourra la Partie plus diligente faire donner, au Procureur de l'autre Partie, copie des Procès verbaux & rapports d'Experts, & trois jours après poursuivre l'Audience sur un simple acte, & produire les Procès verbaux & rapports des Experts, si le principal différent est appointé. *Art.* 23.

(*b*) *Art.* 12.

l'article 262 de la Coutume, qui n'excepte point le cas où l'avis des trois Priseurs seroit uniforme.

Il y a un autre objet du rapport d'Experts, qui est la vérification d'écritures privées, dont nous avons parlé ci-dessus.

26. Quoique pour les descentes jugées nulles, il n'y ait pas de disposition conforme à l'article 36 du titre des Enquêtes, qui assujettit le Juge ou Commissaire aux frais de la nouvelle enquête, lorsque celle qu'il a faite est déclarée nulle par sa faute, il est sans doute responsable de sa faute personnelle, pour la descente, qui doit être refaite, comme l'enquête.

Cela s'applique également au cas de la récusation tardive dont parle l'article 7, & qui étant dans la suite jugée valable, donne lieu de casser la descente par incompétence.

27. A l'égard des Experts dont le rapport est attaqué par nullité, ou par quelqu'autre vice, je crois qu'on doit suivre la disposition de l'article

264 de la Coutume, qui rend les Priseurs & les Arpenteurs responsables de la faute notable qu'ils ont commise.

J'ai vu agiter une question qui peut se présenter souvent.

28. Un Ouvrier, un Chirurgien, un Apothicaire ou tout autre, qui doit être expert en son art, fournit un mémoire excessivement enflé; & les offres de la Partie adverse n'ayant point été acceptées, l'examen du mémoire, par Experts, est ordonné. *Les Experts réduisent* considérablement le mémoire, & le portent cependant au-delà des offres. Suivra-t-on en ce cas la disposition de l'Ordonnance, article 5 du titre 30, & article 3 du titre 32, qui condamne le Défendeur aux dépens, lorsqu'il n'a pas fait d'offres suffisantes?

Je crois que ces deux articles ne s'appliqueroient pas, sans distinction, à l'espèce. Ils concernent la liquidation des fruits & des dommages & intérêts, dont la déclaration

peut être erronée, quoique faite de bonne foi.

Mais un Ouvrier doit connoître la valeur de son ouvrage & de ses salaires; & il en est de même d'un Chirurgien & d'un Apothicaire. Quand un mémoire est considérablement enflé, il y a de la mauvaise foi; & la Partie, qui voyoit un excès évident, est excusable d'avoir fait une offre insuffisante; d'autant plus qu'elle n'a pas les mêmes connoissances que l'Expert qui a voulu la tromper par un mémoire excessif. Ainsi, en cas d'un excès considérable & évident, il peut être juste que nonobstant l'insuffisance des offres du Défendeur, le Demandeur soit condamné aux dépens de la liquidation.

Mais s'il n'y avoit qu'une légère différence entre le mémoire & la liquidation des Experts, il seroit juste que les offres étant insuffisantes, le Défendeur fût condamné aux dépens de la liquidation.

PARTIE II.

Des Jugemens & de leur exécution.

CHAPITRE XVIII.

Du Jugement.

SOMMAIRE.

1. *Définition.*
2. *Division : Jugement de la Jurisdiction volontaire & de la contentieuse.*
3. *Quels Jugemens peuvent être rendus aux Dimanches & Fêtes. Article 1 & 2 de la Coutume.*
4. *Actes de Jurisdiction volontaire, peuvent devenir contentieux.*
5. *Jugemens interlocutoires & Jugemens définitifs.*

1. Le Jugement est la décision du Juge sur la matière que les Parties ont portée devant lui.

2. Il y a une première division des Jugemens. Les uns sont de la Jurisdiction volontaire; & ce sont ceux

qui ſont rendus ſans conteſtation entre les Parties, & ſans qu'il y ait une véritable demande formée par une des Parties contre l'autre. Les autres ſont de la Juriſdiction contentieuſe, lorſqu'il y a un Demandeur & un Défendeur, quand même le Défendeur acquieſceroit à la demande.

3. Les premiers peuvent être rendus aux jours de Dimanches & de Fêtes; ce qui eſt défendu par l'article 1 de la Coutume, à l'égard des Jugemens & de tous autres actes de Juriſdiction contentieuſe faits par le Juge. L'article 2 excepte ſeulement les Commiſſaires venans d'autres lieux & Juriſdictions, qui peuvent procéder aux jours de Fêtes gardées dans le lieu de la commiſſion, pourvu qu'elles ne le ſoient pas univerſellement dans la Province.

4. Les actes de Juriſdiction volontaire peuvent devenir contentieux, lorſqu'il ſurvient quelque conteſtation qui caractériſe un De-

mandeur & un Défendeur : par exemple, si lors du comparant pour une tutelle ou pour une émancipation, quelqu'un de ceux qui ont comparu, entre en contestation sur un des objets du comparant, alors le Juge est assujetti à toutes les règles prescrites pour les actes de Jurisdiction contentieuse.

5. Dans la Jurisdiction contentieuse, & même quelquefois dans la Jurisdiction volontaire, il y a deux sortes de Jugemens, les Jugemens interlocutoires, & les Jugemens définitifs.

SECTION PREMIERE.

Du Jugement interlocutoire.

SOMMAIRE.

6. *Définition.*
7. *Quel préjugé en résulte. Si le Juge est astreint par son Jugement interlocutoire.*
8. *Exécution provisoire, nonobstant l'appel.*

6. Le Jugement interlocutoire est celui qui ordonne un approfondissement, que le Juge croit nécessaire ou utile, pour le mettre en

état de faire définitivement droit entre les Parties.

7. Les Jugemens qui ordonnent une preuve, sont toujours des préjugés, pour que la décision définitive dépende de la preuve plus ou moins concluante, ou du défaut de preuve. Cependant le sentiment le plus régulier & le moins suivi, est que le Juge n'est pas astreint à ce préjugé, & qu'il peut n'avoir point d'égard à son Jugement interlocutoire; au lieu qu'il n'a pas le pouvoir de juger contre le Jugement définitif qu'il a rendu.

Ceci mérite une attention particulière; & je m'attache à deux objets qui, quoique différens, ont une entière connexité.

Le premier est le pur point de droit, de savoir si le Juge est astreint par l'interlocutoire qu'il a prononcé. Les Principes du Droit Romain, & le sentiment de plusieurs savans Auteurs, sont pour la négative. Indépendamment même des autorités, il suffit de dire qu'il n'y

a aucune règle de droit ni aucune Ordonnance, qui astreigne nécessairement le Juge à décider définitivement, suivant l'interlocutoire qu'il a prononcé.

En effet, le Jugement interlocutoire donné dans le cours d'une instruction commencée & imparfaite, a pour seul objet de découvrir la vérité; & le Juge le plus éclairé & le plus attentif, peut se tromper sur les moyens qu'il emploie pour cet approfondissement. Souvent les Juges ont l'attention de mettre, dans le Jugement interlocutoire, les mots, *sans nuire ni préjudicier aux droits des Parties, ni à l'état de l'Instance*; & alors on ne peut pas dire que le Juge soit lié par l'interlocutoire qu'il prononce. Mais quand ces mots ne sont pas dans le Jugement, peut-on dire qu'ils ne soient pas suppléés de droit? Tout Juge qui ordonne un genre d'instruction, est toujours présumé s'être réservé la liberté de juger entre les Parties suivant l'équité, & conséquemment

de conſerver tous leurs droits juſqu'au Jugement définitif. Il n'y a ſouvent qu'une inſtruction parfaite qui puiſſe développer au Juge le vrai point de déciſion ; & ſi l'on ôte au Juge la liberté de s'écarter du préjugé qu'il a lui-même établi par un Jugement interlocutoire, lorſque l'inſtruction étoit imparfaite, on le mettra dans la néceſſité de faire une injuſtice, quelques pures qu'aient été ſes vues dans le cours de l'inſtruction.

Enfin, il ſuffit de réfléchir qu'en ordonnant un interlocutoire, le Juge n'a pas intention de prononcer rien de définitif. Pourquoi donc n'auroit-il pas un libre retour à la règle, lorſqu'il eſt queſtion de rendre ſon Jugement définitif? L'on ne doit pas conclure pour cela que l'appel d'un interlocutoire ſoit inutile & fruſtratoire. Tout Jugement d'inſtruction qui eſt irrégulier, & qui peut occaſionner des frais inutiles, cauſe un grief évident à l'une ou l'autre des Parties, & quelquefois

même aux deux. Ainsi, il est juste que l'appel d'un pareil Jugement réussisse. Mais si la Partie, déjà fatiguée par un Procès, ne veut pas s'en procurer un second par l'appel, il seroit injuste d'empêcher le Juge de réparer lui-même, en définitive, la faute qu'il a faite en prononçant un interlocutoire irrégulier.

Le second objet digne d'attention, est si l'interlocutoire (utile peut-être lorsqu'il a été prononcé) devient inutile par les titres & les nouvelles instructions que les Parties produisent. Supposons, par exemple, une contestation sur la propriété d'un terrain ou sur une servitude, & qu'au défaut de titres, l'éclaircissement puisse dépendre du rapport d'Experts & de la descente sur les lieux que le Juge ordonne. Mais depuis une Partie produit un titre incontestable & non prescrit, qui lui donne, soit la propriété, soit la servitude. Par-là l'interlocutoire devient inutile; & je pense qu'il n'y a aucune règle de droit qui oblige

la Partie de le remplir, quand même elle y auroit formellement acquiescé. Car aussi-tôt qu'un approfondissement ordonné devient absolument inutile, il n'y a aucune rigueur de forme qui puisse donner lieu de l'exécuter, l'esprit de toutes les Loix sur la forme étant d'exclure les instructions inutiles. De même si l'interlocutoire a éte exécuté, tout ce que les Experts auront pu dire de plus favorable, tombera absolument, s'il est contredit par le titre.

Nous avons parlé ci-dessus des principaux approfondissemens qui font l'objet des Jugemens interlocutoires.

8. En général, les Jugemens interlocutoires doivent être exécutés par provision, nonobstant l'appel, & sans y préjudicier, à moins que le grief ne fût irréparable en définitive; ce qui ne peut presque jamais arriver en matière civile.

Sur les devoirs des Juges & des Greffiers, pour la rédaction des Jugemens interlocutoires, on doit

suivre les mêmes règles dont il sera parlé à la section qui suit.

SECTION II.

Du Jugement définitif.

SOMMAIRE.

9. *Définition.*
10. *Jugement du Procès en état, nonobstant la mort de la Partie ou du Procureur.*
11. Secùs *s'il n'est pas en état.*
12. *Comment on doit se pourvoir en ce cas.*
13. *Effet de la révocation du Procureur.*
14. *En quels cas la mort de la Partie suspend le Jugement.*
15. *S'il est exécutoire de plein droit contre l'héritier.*
16. *De la continuation de la procédure malgré la dénonciation de mort.*
17. *Devoir du Président pour la rédaction des Jugemens d'Audience.*
18. *Date & rédaction du Jugement en Procès par écrit.*
19. *Et dépôt aussi au Greffe. De la communication du Jugement & du Procès aux Parties ou aux Procureurs.*
20. *Abrogation de la prononciation des Jugemens. Exception pour les Vu au Bureau.*

21. *Liquidation des intérêts & arrérages.*
22. *Du renvoi à procompter devant un Notaire.*
23. *De l'obligation d'exprimer les sommes par deniers, sous & livres.*
24. *Du Jugement sur la provision & la définitive.*
25. *De la condamnation aux dépens.*
26. *Epices dues par la condamnation en une portion des dépens.*
27. *Du retrait des productions après le Jugement.*
28. *Défense aux Procureurs de prendre les productions adverses, au Greffier de les communiquer ou mettre aux Messagers. Droit de prendre des copies collationnées des pièces produites par l'Adversaire.*

9. Le Jugement définitif est celui qui termine l'Instance, par la décision de la contestation qui en étoit l'objet.

10. Lorsqu'il n'y a plus d'obstacle à la décision, & que le Procès est instruit, il est en état d'être jugé ; & la décision ne doit pas être différée par la mort des Parties ou de leurs Procureurs (*a*). Cela s'entend des

(*a*) T. 26, art. 1.

Procès par écrit ou des Causes d'Audiences qui ont été plaidées, & sur lesquelles il a été ordonné un délibéré ou un Vu au Bureau. Si la Cause n'a pas été plaidée, il est évident qu'elle n'est pas en état d'être jugée.

11. Si le Procès n'étoit pas en état, les Procédures faites, & les Jugemens rendus depuis la mort d'une des Parties ou d'un Procureur, ou quand le Procureur ne peut plus postuler par résignation ou autrement, sont nuls, s'il n'y a eu reprise ou constitution de nouveau Procureur (*a*). Mais il faut qu'il y ait une dénonciation du décès de la Partie; & jusqu'à ce qu'elle soit faite, les poursuites sont (*b*) valables.

12. Cependant il faudroit se pourvoir, par la voie de l'appel, contre les Sentences, ou par Requête civile contre les Arrêts ou Jugemens en dernier ressort, rendus contre cette disposition de l'Ordonnance; parce que nous ne connoissons point

(*a*) *Art.* 2.
(*b*) *Art.* 3.

d'autre voie de se pourvoir contre les Jugemens rendus entre Parties présentes ou dûment appellées. Ils ne sont pas radicalement nuls, quoique contraires à l'Ordonnance qui prononce leur nullité.

13. M. Jousse dit que si le Procureur n'est que révoqué, la révocation n'a son effet, que lorsque la Partie en a constitué un autre. Cela est juste, pour prévenir les éloignemens qu'une Partie pourroit se procurer par une révocation affectée.

M. Rodier (*a*) rapporte une ancienne Ordonnance & l'usage du Parlement de Toulouse, qui sont conformes au sentiment de M. Jousse.

14. M. Rodier (*b*) rapporte deux Arrêts qui jugèrent en point de droit, que la mort d'une des Parties étant dénoncée, le Jugement du Procès étoit sursis, quoique celui qui poursuivoit le Jugement eût déclaré qu'il n'opposeroit point

(*a*) *Tit. 26, art. 2, quest. 5.*
(*b*) *Tit. 26, art. 3, quest. 2.*

l'Arrêt aux héritiers du défunt. Dans l'espèce du second Arrêt, il y avoit même une déclaration de renoncer, quant à eux, à toutes les condamnations qu'il pourroit obtenir.

M. Jousse (*a*) pense que, quoique la mort n'ait pas été dénoncée, s'il intervient une Sentence, elle ne sera pas valable, parce qu'elle seroit rendue *contrà non existentem*.

J'ai rapporté, tome 3 (*b*) de mon Journal du Parlement, un Arrêt du 30 Juin 1744, contraire à cette opinion. Puisque, suivant l'article 3, la Procédure est valable, quoique faite contre une Partie qui n'existe plus, mais dont la mort n'a pas été dénoncée, pourquoi excepteroit-on le Jugement rendu sur cette Procédure, par laquelle le Procès a été mis en état de juger? Ne doit-on pas dire au contraire, suivant l'article premier, qu'après toute cette instruction jugée valable par l'article 3, la dénonciation

(*a*) *Art.* 3.
(*b*) *Ch.* 124.

de la mort n'empêcheroit pas de juger le Procès qui auroit été mis en état depuis la mort & avant cette dénonciation ?

Enfin, quoique la Partie n'existe plus, il suffit que, par la force de la Loi, elle soit réputée existante jusqu'à la dénonciation de sa mort.

15. M. Rodier (*a*) pense, contre le sentiment de Fontanon, que le Jugement rendu depuis la mort de la Partie, sur un Procès en état, sera de plein droit exécutoire contre *l'héritier, sans autre Jugement*; parce que l'Ordonnance n'a permis de juger les Procès en état, nonobstant le décès des Parties, que pour abréger les Procédures. Mais ce motif n'est pas décisif sur la question que cet Auteur propose. Car il est essentiel de distinguer le Jugement & son exécution.

Ce Jugement est sans doute un titre contre l'héritier. Mais pour qu'il pût avoir l'exécution parée contre cet héritier, il faudroit qu'il

(*a*) P. 534.

fût aux qualités, & qu'il fût expressément condamné ; ce qui n'est pas, lorsque le Jugement est seulement rendu contre le défunt. Ainsi, dans notre usage constant, il faut faire déclarer le Jugement exécutoire contre l'héritier, avant que de pouvoir exercer aucune contrainte contre lui.

16. Malgré la dénonciation de mort, celui qui prétend que la Partie n'est pas décédée, peut continuer sa Procédure. Mais elle sera nulle depuis la dénonciation, si le décès se trouve *véritable* (*a*), *sans* que les frais puissent entrer en taxe ni même être employés par le Procureur dans son mémoire vers son Client, s'il n'en avoit pas un pouvoir spécial par écrit.

17. Pour les Jugemens d'Audience, le Président doit, à l'issue de l'Audience, ou dans le même jour, voir ce que le Greffier aura rédigé, signer le plumitif, & parapher chaque Jugement (*b*). Il est défendu au

(*a*) *Art.* 4.
(*b*) *Art.* 5.

Greffier,

Greffier, à peine de faux & de 100 l. d'amende, d'écrire ou délivrer aucun congé ou défaut, appointement ou jugement, qui n'ait été prononcé publiquement par le Juge. (*a*)

18. Les Jugemens rendus dans les affaires appointées à écrire ou à mettre, doivent être datés du jour qu'ils ont été arrêtés ; & le jour doit être écrit de la main du Rapporteur, ensuite du *dictum* ou dispositif, avant que de le mettre au Greffe. (*b*)

19. Le Rapporteur doit mettre le *dictum* au Greffe, trois jours après le Jugement, & le Procès en entier, sans pouvoir en donner communication aux Parties ni à leurs Procureurs depuis le Jugement. (*c*)

Cette défense de communiquer est équivoque. M. Jousse ne l'entend que des productions du Procès. D'autres l'entendent du Jugement; & en ce dernier sens, elle ne s'observe point dans l'usage. L'expérien-

(*a*) *Tit. 11, art. 321.*
(*b*) *Art. 8.*
(*c*) *Tit. 11, art, 15.*

ce a fait connoître que la communication du Jugement eſt ſouvent néceſſaire avant qu'il ſoit ſigné, principalement à l'égard des Arrêts; parce que la moindre omiſſion dans la rédaction, peut fournir des moyens de Requête civile, contre l'Arrêt le plus juſte au fonds.

L'article 6 de l'Edit de 1673 défend de refuſer la communication des Jugemens mis au Greffe, quoique les épices n'aient pas été payées.

20. L'article 7 du titre 26 abroge la formalité de la prononciation des Jugemens rendus ſur écrits & produits; parce qu'elle étoit abſolument inutile. Mais cette formalité eſt néceſſaire pour les Jugemens ſur vu au Bureau, qui ſont toujours des Jugemens d'Audience, & qu'on peut même regarder comme une ſimple continuation d'une Audience à l'autre.

21. Comme la Loi a toujours pour objet de diminuer les frais, autant qu'il eſt poſſible, l'article 6 ordonne, que tous Jugemens, ſur pro-

ductions des Parties, qui condamneront à des intérêts ou à des arrérages, en contiendront les liquidations ou calculs.

22. Cela n'empêche pas de renvoyer les Parties procompter devant un Notaire, lorsque les quittances n'ont pas été produites, & qu'on est hors d'état de régler définitivement les imputations, soit sur les intérêts, soit sur le capital.

23. L'article 18 du titre 28 ordonne d'exprimer les sommes par deniers, sous & livres, dans les Jugemens & dans tous les actes, sans se servir des mots *Parisis* ou *Tournois*; ce qui s'entend néanmoins de la monnoie de Tournois, qui est la monnoie courante.

La Loi ajoute, *sans néanmoins rien innover pour le passé*, ce qui confirme tout l'effet de nos anciens titres, qui portent la livre, les sous & les deniers monnoie, & dont la liquidation se fait au cinquième au-dessus du Tournois.

24. Par le même motif de la dimi-

nution des frais, l'article 17 du titre 17 porte, que si les instances, sur la provision & sur la définitive, sont en même-temps en état, les Juges y prononceront par un même Jugement, & pourront ordonner qu'en cas d'appel, leur Jugement sera exécuté par manière de provision, en baillant bonne & suffisante caution, lorsqu'il échet de juger par provision. Cet article abroge l'usage de donner en ce cas séparément la Sentence de provision, & la définitive.

25. Les trois premiers articles du titre 31 obligent le Juge & même les Arbitres, de condamner indéfiniment aux dépens, la Partie qui succombe, sans que, sous quelque prétexte que ce soit, elle en puisse être déchargée, si ce n'est que le compromis donne expressément, aux Arbitres, le pouvoir de remettre, modérer & liquider les dépens.

Ces articles ne s'observent point à la rigueur. Les Juges, même inférieurs, compensent ou modèrent

les dépens, suivant les circonstances: & le moyen d'appel qui n'a pour objet que les dépens, ne réussit presque jamais, à moins qu'il ne soit fondé sur l'excès de leur liquidation. Il est aussi d'un usage constant, que sans aucune clause de la compromission sur les dépens, les Arbitres les compensent, les modèrent & les liquident. L'expérience a fait connoître que, par les circonstances, cette rigueur, prescrite par l'Ordonnance, seroit très-souvent injuste. *Cela est* même autorisé par l'article 5 de l'Edit du mois de Mars 1668, pour les affaires de Sa Majesté, qui permet aux Juges de ne pas condamner aux dépens la Partie qui succombe.

26. Mais l'usage constant est que la Partie condamnée en une portion des dépens, doit le total des épices & retrait du Jugement, nonobstant la compensation d'une partie de ces dépens, lorsqu'il n'y a point de disposition contraire dans le Jugement.

27. Quand le Procès a été remis au Greffe, il ne peut pas être retiré avant que les épices soient payées. Après ce paiement, chaque Procureur retire sa production, lorsqu'elle a été vérifiée par le Greffier. Mais il faut auparavant que le Procureur le plus diligent ait sommé les autres Procureurs d'y assister à jour précis. La peine du refus ou du retardement du Greffier, est de 3 liv. par jour (*a*); & le Procureur doit faire apparoir de cette sommation au Greffier.

28. L'article 16 du titre 11 défend aux Procureurs de prendre les productions des Parties adverses, & au Greffier de les donner par communication, ou de les mettre aux mains des Messagers, sauf aux Parties à prendre des copies collationnées des pièces qui ont été produites (*b*); ce qui ne peut être refusé, parce que toute pièce devient commune de plein droit entre les Par-

(*a*) T. 21, *art.* 4.
(*b*) V. ce qui a été dit ci-dessus, Chap. des Compulsoires.

ties, aussi-tôt qu'elle a été produite dans leur Procès.

CHAPITRE XIX.

Principes généraux sur l'exécution des Jugemens, tant interlocutoires que définitifs.

SOMMAIRE.

1. *Signification en Bretagne sans commission ni paréatis.*
2. *Nécessité de la signification.*
3. *Signification au Procureur avant de l'être à la Partie.*
4. *De la signification du Jugement par défaut.*
5. *Une Partie ne se forclôt point soi-même.*
6. *Des Jugemens qui ont la force de chose jugée.*
7. *Acquiescement par la signification du Jugement sans protestation.*
8. *Des délais pour l'appel à l'égard de l'Église, &c. des majeurs & des mineurs.*
9. *Ne courent point par la signification à un domicile élu.*
10. *Si la signification, faite à requête d'une Partie, fait courir contr'elle le délai pour relever appel.*
11. *De la péremption de l'instance d'appel.*

12. *De l'appel après 30 ans. Renvoi.*

13. *De l'exécution des Arrêts & Jugemens passés en force de chose jugée.*

14. *Nonobstant les tierces oppositions, la Requête civile & la demande en cassation.*

15. Secùs *des Arrêts sur requête ou par défaut.*

16. *Cautionnement pour les Jugemens sujets à l'appel.*

17. *Délais pour l'exécution des Jugemens en matière personnelle & réelle. Article 218 de la Coutume.*

1. Tout Jugement, rendu en Bretagne, se signifie, dans la Province, sans commission ni *paréatis.*

2. C'est une maxime générale qu'on ne peut poursuivre l'exécution d'un Jugement interlocutoire ou définitif, s'il n'a pas été signifié. Ainsi les appointemens en droit ne sont point valablement exécutés, à l'effet de pouvoir conduire à un Jugement par forclusion, s'ils n'ont été signifiés.

3. De même l'on ne peut mettre un Jugement définitif ou de provision à exécution, sur la personne ou les biens du condamné, s'il n'a

été signifié. Il faut même que la signification à Partie soit précédée de la signification à Procureur, si elle en a un, afin qu'il puisse veiller à l'intérêt de sa Partie. (*a*)

4. Il suffit de signifier le Jugement à la personne ou au domicile de la Patie, si elle n'a point constitué de Procureur, ou si son Procureur est mort ou a résigné. (*b*)

5. Il est aussi de maxime que, dans toute matière où la signification du Jugement d'avant faire droit, emporte la *forclusion* après un délai, la signification faite à requête d'une Partie ne la forclôt point. Ainsi, pour acquérir contr'elle la forclusion de faire enquête, il faut que l'appointement à informer ait été signifié à requête de la Partie adverse.

6. Il y a deux sortes de Jugemens, ceux qui sont en dernier ressort ou passés en force de chose jugée, & ceux qui sont sujets à l'appel.

(*a*) T. 27, *art.* 2. Jousse *hic.*
(*b*) Réglement du Conseil, *part.* 2, T. 13, *art.* 10. Jousse, *hic.*

Toute Sentence a la force de chose jugée, lorsqu'il n'y a point d'appel, parce que l'appel est la seule voie qui puisse en empêcher l'effet. Mais comme l'appel peut toujours être relevé pendant qu'il n'est pas non-recevable, la Sentence n'acquiert irrévocablement la force de chose jugée, que lorsque l'appel est non-recevable, soit par laps de temps, soit par l'acquiescement de la Partie condamnée. (*a*)

7. Par Arrêt du Parlement de Paris, du *13 Août 1765*, *il a été* jugé que l'appel de la Partie qui a fait signifier une Sentence sans protestation ni réserve, est non-recevable, parce que cette signification est un acquiescement. (*b*)

8. Les articles 12, 13, 14, 15 & 17, (*c*) fixent les délais après

(*a*) *Art. 5.*

(*b*) Denisart au mot, *appel*, *n. 45.*

(*c*) Si aucun est condamné par Sentence, & qu'elle ait été signifiée avec toutes les formalités ordonnées pour les ajournemens, & qu'après trois ans écoulés depuis la signification, celui qui a obtenu la Sentence l'ait sommé, avec pareille solemnité, d'en interjetter appel, celui qui est condamné ne sera plus recevable à en appeller six mois après la

lesquels les Sentences duement signifiées, passent en force de chose jugée.

sommation ; mais la Sentence passera en force de chose jugée : ce qui aura lieu pour les Domaines de l'Eglise, Hôpitaux, Colléges, Universités & Maladreries, si ce n'est que le premier délai sera de six ans, au lieu de trois. *Art. 12.*

Si le Titulaire d'un Bénéfice, contre lequel la Sentence a été rendue, décède pendant les six années, son Successeur paisible aura une année entière, & ce qui restera des six, pour interjetter appel ; après lequel temps celui qui aura obtenu la Sentence, sera tenu de la lui faire signifier, avec sommation d'en interjetter appel ; & dans les six mois pourra le Successeur en appeller, nonobstant que pareille sommation ait été faite à son Prédécesseur, & qu'il fût décédé dans les six mois. *Art. 13.*

Les délais ci-dessus seront observés, tant entre présens qu'absens, hors & excepté contre ceux qui seront absens hors le Royaume, pour notre service & par nos ordres. *Art. 14.*

Si celui qui sera condamné, décède pendant ces trois années, ses héritiers ou légataires universels majeurs, auront, outre le temps qui en restoit à écouler, une année entière, après laquelle celui qui aura obtenu la Sentence, sera obligé de leur faire signifier, avec sommation d'en interjetter appel, si bon leur semble, nonobstant que pareille sommation eût été faite au défunt ; & dans les six mois, à compter du jour de la nouvelle sommation, ils pourront interjetter appel, sans qu'après le terme ils y puissent être reçus, & la Sentence passera contr'eux en force de chose jugée : ce qui sera aussi observé à l'égard des donataires, légataires particuliers & tiers détenteurs. *Art. 15.*

Au défaut des sommations ci-dessus, les Sentences n'auront force de choses jugées qu'après dix ans, à compter du jour de leur signification ; & qu'après vingt années, à l'égard des Domaines de l'Eglise, Hôpitaux, Colléges, Universités & Maladreries, à compter aussi du jour de la signification des Sentences ; lesquelles dix & vingt années courront tant entre présens qu'absens. *Art. 17.*

Dans le Procès-verbal de l'Ordonnance (*a*), on trouve une critique très-juste de la fin de non-recevoir de trois ans établie par l'article 12; & véritablement les formalités établies pour acquérir cette fin de non-recevoir, sont presque sans usage en Bretagne, quoique la maxime contraire à cette fin de non-recevoir n'y soit point établie, comme en d'autres Parlemens où l'on n'admet pas même la fin de non-recevoir de dix ans qui s'observe inviolablement en Bretagne. (*b*)

Ces délais sont redoublés en faveur de l'Eglise, des Hôpitaux, Colléges, Universités & Maladreries; & par l'article 16 ils ne courent point contre les mineurs pendant leur minorité de vingt-cinq ans.

Il a même été jugé (*c*), qu'il falloit une nouvelle signification aux mineurs, lorsqu'ils sont devenus majeurs, pour faire courir la fin de

(*a*) *Titre 2, art. 20.*

(*b*) Acte de Notorieté du 15 Mars 1712. Journal du Parlement, *T. 2. V.* aussi l'Arrêt du 26 Juillet 1737, *Chap. 44.*

(*c*) Journal du Parlement, *T. 3, Chap. 102.*

non-recevoir. Mais si la fin de non-recevoir a couru contre le majeur, elle continue contre l'héritier mineur, sans une nouvelle signification, suivant l'Arrêt du 26 Juillet 1736 (*a*). C'est la disposition de l'art. 286 de la Coutume ; mais il seroit difficile de prouver que ce seroit l'esprit de l'Ordonnance.

9. M. Jousse, titre 27, articles 11 & 17, pense que la fin de non-recevoir contre l'appel, ne peut avoir pour fondement la signification faite à un domicile élu, & qu'elle doit l'être au vrai domicile. Il n'en dit pas la raison, & nous n'avons point sur cela de Jurisprudence.

Cette décision me paroît très-juste, par deux motifs. 1° L'importance d'une signification dont l'objet est de faire passer, après un certain temps, en force de chose jugée, un Jugement sujet à l'appel. 2° L'élection de domicile, par un contrat, n'a pour objet que de procurer au créancier, ou même aux deux

(*a*) Journal du Parlement, T. 2, Ch. 44.

Parties, plus de facilité & moins de frais pour la poursuite. Mais cet objet ne s'étend pas à celui de la fin de non-recevoir établie par l'Ordonnance.

10. M. Rodier (*a*) pense que celui qui a fait signifier une Sentence, avec protestation d'en interjetter appel, ne le peut plus dix ans après cette signification. Il est vrai que la disposition de l'article 17 est équivoque, en ce qu'elle parle en général du délai de dix ans, *à compter du jour de la signification.* Cette raison est plus plausible qu'une autre qu'il fonde sur le principe, *nil debet actori licere quod reo non liceat.* Car on peut répondre qu'il n'a d'application que lorsque tout est égal de part & d'autre, c'est-à-dire si la Partie adverse avoit aussi, de sa part, fait signifier la Sentence. Puisqu'il est de principe constant, en Bretagne, qu'on ne se forclôt point soi-même par la signification d'un Jugement, quoique la forclusion

(*a*) P. 571.

s'acquière contre la Partie adverſe, ne peut-on pas conclure de cette maxime, que celui qui fait ſignifier une Sentence, ne fait pas courir contre lui le délai pour relever appel, quoiqu'il coure contre la Partie adverſe?

11. Comme la péremption n'a lieu, en Bretagne, que par ſon concours avec la preſcription, l'appel ne peut être périmé faute de ſuite, que lorſque la péremption ſe trouve concourir avec la fin de non-recevoir de dix ans ou de vingt ans.

12. Sur la queſtion de ſavoir ſi l'appel peut être reçu après trente ans, voyez ce qui a été dit au Chap. des Preſcriptions, n. 205.

13. Les articles 6 & 7 (a), mar-

(a) Tous Arrêts ſeront exécutés dans toute l'étendue de notre Royaume, en vertu d'un PAREATIS du grand Sceau, ſans qu'il ſoit beſoin d'en demander aucune permiſſion à nos Cours de Parlement, Baillifs, Sénéchaux & autres Juges, dans le reſſort ou détroit deſquels on les voudra faire exécuter. Et au cas que quelques-unes de nos Cours ou Sièges en empêchent l'exécution, & qu'ils rendent quelques Arrêts, Jugemens ou Ordonnances, portant défenſes ou ſurſéance de les exécuter, voulons que le Rapporteur & celui qui aura préſidé, ſoient tenus ſolidairement des condamnations portées par les Arrêts dont ils auront retardé ou em-

quent l'attention du Législateur à procurer l'exécution des Arrêts & des Jugemens passés en force de chose jugée, à prévenir & à punir les obstacles qu'on pourroit y apporter.

14. L'article 11 ordonne même leur exécution, contre le possesseur condamné de délaisser la possession d'un héritage, nonobstant les oppos-

pêché l'exécution, & des dommages & intérêts de la Partie, & qu'ils soient solidairement condamnés en 200 livres d'amende envers nous : de laquelle contravention nous réservons la connoissance à nous & à notre Conseil. Sera néanmoins permis aux Parties & exécuteurs des Arrêts hors l'étendue des Parlemens & *Cours où ils auront été rendus*, de prendre un PAREATIS en la Chancellerie du Parlement où ils devront être exécutés, que les Gardes des Sceaux seront tenus de sceller, à peine d'interdiction, sans entrer en connoissance de cause. Pourront même les Parties prendre une permission du Juge des lieux au bas d'une Requête, sans être tenus de prendre en ce cas PAREATIS au grand Sceau & petites Chancelleries. Mandons à nos Gouverneurs & Lieutenans Généraux, de tenir la main à l'exécution de la présente Ordonnance, sur la simple représentation de PAREATIS, ou de la permission du Juge des lieux. *Art. 6 du T. 27.*

Le Procès sera extraordinairement fait & parfait à ceux qui, par violence ou voie de fait, auront empêché directement ou indirectement l'exécution des Arrêts ou Jugemens, & seront condamnés solidairement aux dommages & intérêts de la Partie, & responsables des condamnations portées par les Arrêts & Jugemens, & en 200 livres d'amende, moitié envers nous, & moitié envers la Partie, qui ne pourra être remise ni moderée ; à quoi nos Procureurs Généraux & nos Procureurs sur les lieux tiendront la main. *Art. 7.*

tions des tierces personnes, & sans préjudicier à leurs droits (a). La maxime n'est pas limitée à cet objet; elle s'étend aussi aux condamnations de payer, à moins que le tiers opposant n'ait des motifs pour empêcher le délivrement de la somme; par exemple, s'il est créancier de celui au profit duquel est la condamnation, ou s'il se trouve créancier antérieur du débiteur condamné.

La Requête civile & la demande en cassation d'un Arrêt ou Jugement en dernier ressort, n'empêche point aussi l'exécution provisoire, qui a lieu sans cautionnement.

15. Mais la demande en rapport d'Arrêt sur Requête, ou en restitution contre un Arrêt par défaut, suspend son exécution.

16. Pour les Jugemens sujets à l'appel, & dont il a été signifié un relief ou une déclaration d'appel, l'exécution est suspendue, si la Sen-

(a) V. au Chap. des Moyens de se pourvoir contre les Arrêts, l'observation que j'ai faite sur cet article.

tence n'énonce pas la provision ; & même si elle l'ordonne, il faut, avant l'exécution, que la Sentence soit cautionnée, suivant la forme prescrite par le titre 28 de l'Ordonnance, dont nous parlerons au Chapitre suivant.

17. Pour le paiement des sommes auxquelles une Partie est condamnée, nous suivons l'article 218 de la Coutume, qui donne un délai de huitaine au débiteur. Mais en matière réelle, l'article premier du titre 27 donne un *délai de quinzaine*, que l'article 4 prolonge d'un jour par dix lieues, s'il y a plus de dix lieues de distance, entre l'héritage & le domicile de la Partie. Après ce délai, la condamnation par corps, avec dommages & intérêts, peut avoir lieu ; parce que néanmoins par l'article 9, celui qui est condamné de laisser la possession d'un héritages, en lui remboursant quelques sommes, espèces, impenses ou améliorations, ne peut être contraint de quitter l'héritage, qu'aprés avoir été rem-

bourſé, pourvu qu'il ait fait liquider ſon dû dans un ſeul délai qui doit lui être donné par l'Arrêt ou Jugement; faute de quoi l'autre Partie doit être miſe en poſſeſſion, en donnant caution de payer après la liquidation. Car s'il n'eſt pas juſte de retarder l'exécution du Jugement, il ne ſeroit pas juſte de réduire celui qui doit rendre l'héritage, aux dépenſes & aux événemens d'un Procès & d'une diſcuſſion de biens, pour être payé de ce qui lui eſt dû; & ſuivant l'eſprit de l'Ordonnance, cela s'entend, non-ſeulement du principal, mais de toutes les impenſes & améliorations. Arrêt du Parlement de Paris, du 28 Juillet 1744. (a)

Cette diſpoſition de l'Ordonnance ne s'applique q'uà celui qui poſſédoit *pro ſuo*, & à titre de propriétaire. Un tuteur qui a ceſſé de l'être, un fermier dont la ferme eſt finie, & les héritiers d'un uſufruitier, &c. ne pourroient pas prolonger

(a) Deniſart au mot *poſſeſſion*, *n.* 13.

leur détention de l'héritage, sous prétexte qu'il leur seroit dû quelques sommes, espèces, impenses ou améliorations ; parce que le caractère même de ces possessions précaires emporte de plein droit l'abandon de cette détention, aussi-tôt qu'elle est finie.

CHAPITRE XX.

De la réception de Caution.

SOMMAIRE.

1. *Forme du Jugement qui l'ordonne.*
2. *Procédure pour le cautionement, si la caution n'est pas contestée.*
3. *Et si elle est contestée. Prohibition des appointemens.*
4. *De la réception & soumission de la caution.*
5. *Des motifs legitimes pour contester la caution.*
6. *A quoi est tenu le Juge qui reçoit une caution insolvable ou peu solvable.*

1. Tous Jugemens qui ordonneront bailler caution, feront mention du Juge devant lequel les Par-

ties se pourvoiront pour la réception de la caution. (*a*)

Cet article ne s'applique pas, dans l'usage, aux Jugemens qui, en condamnant par provision, portent les mots, *cautionnant en cas d'appel*, disposition qui est de droit quand même elle ne seroit pas exprimée; & comme en ce cas le cautionnement ne peut être exigé, lorsqu'il n'y a pas d'appel, on ne nomme point, dans la Sentence, le Juge devant qui la caution doit être reçue.

Ainsi l'article ne s'applique qu'aux Jugemens *qui* n'adjugent une somme, qu'à la condition expresse du cautionnement.

2. La caution doit être présentée par acte signifié à la Partie ou au Procureur; & elle fera sa soumission au Greffe, si elle n'est point contestée. (*a*)

3. Si la caution est contestée, on doit donner copie de la déclaration de ses biens, c'est-à-dire de ses im-

(*a*) *T. 28, art. 1.*
(*b*) *Art. 2.*

meubles, parce qu'il ne peut y avoir de certitude sur la solvabilité présente & future de celui qui n'a qu'un mobilier si facile à dissiper ou à mettre à couvert. Aussi ce n'est que dans les matière de commerce, & seulement lorsqu'il y a des circonstances très-fortes d'une solvabilité évidente, qu'on reçoit quelquefois une caution qui n'a pour tout bien qu'un grand fonds de commerce.

Les pièces justificatives doivent être communiquées sur le récépissé du Procureur; & sur la première assignation à comparoir pardevant le Commissaire, il est procédé sur le champ à la réception ou rejet de la caution.

Les Ordonnances sont exécutées, nonobstant oppositions ou appellations, & sans y préjudicier. Il est défendu à tous les Juges de donner aucuns appointemens à mettre, en droit; ou de contrariété, sur la solvabilité ou insolvabilité (*a*); parce qu'il n'y a point de matière plus

(*a*) *Art. 3.*

ſommaire que ce qui concerne l'exécution des Jugemens.

4. La caution étant reçue, & l'acte ſignifié à la Partie ou au Procureur, elle fera ſa ſoumiſſion au Greffe. (*a*)

5. En général, outre les doutes légitimes ſur la ſolvabilité, qui établiſſent un motif ſuffiſant pour faire rejetter la caution, la minorité, les qualités de Prêtre ou de femme, qui ſont à couvert de la contrainte par corps, à laquelle toute caution judiciaire eſt ſoumiſe, & même, ſuivant les circonſtances, la dignité de la perſonne qui peut rendre l diſcuſſion très-difficile, ſuffiſent pour opérer le rejet de la caution.

6. Le Juge qui reçoit une caution inſolvable ou d'une ſolvabilité inſuffiſante, malgré l'oppoſition formelle de la Partie adverſe, ſe rend reſponſable des événemens. Mais il ne peut pas être inquiété à cauſe de l'inſolvabilité ſurvenue dans la ſuite.

(*a*) *Art.* 4.

La Table des Matières ſera à la fin du Tome X.

FIN DU TOME IX.

PRINCIPES
DU
DROIT

TOME IX.

PROCEDURE
CIVILE
AJOURNEMENT
PRESENTATION
DEFAUTS
ENQUETES
JUGEMENTS