

15818

JURISPRUDENCE

DE LA COUR IMPÉRIALE

DE TRÈVES

ET DES TRIBUNAUX DE SON RESSORT,

sur

le nouveau droit et la nouvelle procédure,
en matière civile et de commerce;

par

J. BIRNBAUM, *Conseiller en ladite Cour.*

PREMIER VOLUME.

TRÈVES,

Chez HETZRODT, Imprimeur de la Cour impériale.

1811.

*Judicis est semper in causis verum sequi; pa-
troni, nonnunquam verisimile, etiam si minus
verum sit, defendere.*

CICERO, de off. Lib. 2. §. 51.

af 675-1

~~20067-1 RA~~



84-1914

AVANT-PROPOS.

LA jurisprudence de la Cour impériale de Trèves et des tribunaux de son ressort, sur le nouveau droit et la nouvelle procédure, en matière civile et de commerce, est un ouvrage que l'auteur avait commencé à composer pour son amusement et sa propre instruction, dans ses heures de loisir, et qu'il ne se serait jamais avisé d'offrir au public, sans l'encouragement de quelques amis, auxquels il en avait communiqué les premiers essais.

Il est publié de trimestre en trimestre, chaque fois en une livraison de six feuilles, à compter du 1.^{er} octobre 1810; néanmoins il ne se borne pas aux décisions postérieures à cette époque, il rend aussi compte des arrêts antérieurs.

Toutes les décisions postérieures au 25 avril 1811, jour de l'installation solennelle de la cour impériale, ont été rendues par cette cour; celles antérieures, par l'ancienne cour d'appel.

Quatre livraisons forment un volume, qui est chaque fois terminé par une table alphabétique des matières contenues dans le même volume.

Les livraisons qui ont été publiées jusqu'à présent peuvent faire juger de l'utilité de l'ouvrage. Si les premiers succès qu'il a obtenus ne sont pas uniquement l'effet de l'indulgence et d'un sentiment d'amitié et de bienveillance de M. M. les abonnés envers l'auteur, il lui est permis de penser que son travail n'est pas absolument indigne de l'attention du public judiciaire.

Il ne négligera rien de tout ce qui dépend de lui pour mériter de plus en plus la confiance dont on l'a honoré jusqu'ici, et qu'il doit moins à son propre mérite, qu'aux plaidoires savantes de M.M. les avocats, aux développemens lumineux du ministère public, et aux profondes discussions de M.M. ses collègues, dont il n'est que l'écho.

Il a cependant à prévenir deux reproches qu'on pourrait lui faire; c'est que, si les lecteurs délicats ne trouvent pas toujours le style de l'ouvrage d'une pureté à toute épreuve, il sont priés de réfléchir que, quoique français d'origine, l'auteur est né dans une province où l'on parle la langue allemande; et que, s'il est entré par fois dans des discussions qui peuvent paraître longues et fatigantes, il a cru que cette manière de traiter les matières, désagréable aux personnes qui n'aiment pas à les approfondir, ne déplaira pas aux autres qui, s'en tenant à la règle: quod non exemplis, sed legibus sit judicandum, et ne reconnaissant d'autre autorité, que la loi et la raison, sont habituées à ne se déterminer par des préjugés qu'après s'être assurés de leur justesse par un examen scrupuleux des faits et des moyens de droit.

TRÈVES le 12 Juillet 1811.

J. BIRNBAUM.

Garantie. Degrés de juridiction.

(Code Napoléon, art. 1640. Code de procédure, art. 49. 175. 178. 181. 464.)

Les juges d'appel peuvent-ils admettre une demande en garantie qui n'a pas été formée en première instance ?

RÉSOLU AFFIRMATIVEMENT.

Si les arrêts que la cour de cassation a rendus sur ce point, antérieurement au nouveau code de procédure, devaient être regardés comme faisant jurisprudence pour ce code, la pratique tirerait peu d'avantage de l'examen de cette question, car il existe trois arrêts par lesquels il a été formellement décidé, que les demandes en garantie doivent subir deux degrés de juridiction dans les causes sujetes à l'appel, et que ces sortes de demandes ne peuvent être reçues, en instance d'appel, qu'autant qu'elles ont été formées en première instance. Il y a même cela de remarquable, que par un arrêt du 7 messidor an VII, elle en a cassé un de la cour d'appel d'Amiens, qui avait jugé le contraire, sans qu'il y eût eu pourvoi de la part des parties, et dans le seul intérêt de la loi. *Questions de droit, première Edition, Tom. IX. page 304.*

Les motifs de ces décisions sont, qu'une demande en garantie, quoique pouvant être envisagée comme une demande incidente à l'égard des parties principales, constitue néanmoins une action principale à l'égard du défendeur en garantie; qu'il est

de principe que toute action principale, sujete à l'appel, doit subir deux degrés de juridiction, conformément à la loi du 1.^{er} may 1790 ; que permettre au défendeur originaire d'appeler garant en instance d'appel seulement, c'est priver le garant du bénéfice d'un degré de juridiction, et contrevenir à ladite loi, ainsi qu'à l'art. 7. de celle du 3 brumaire an 2, qui défend expressément aux juges d'appel de prononcer sur d'autres demandes que celles qui auraient été soumises aux premiers juges.

Il ne parait pas que la cour de cassation ait eu la même question à juger depuis la publication du code de procédure, et dans une cause intentée sous l'empire de ce code ; du moins je n'ai rien trouvé dans les journaux de jurisprudence que j'ai lus jusqu'à présent. Il est donc permis de regarder cette question en quelque sorte comme neuve, puisque l'art. 1041 du C. de pr. ayant aboli toutes lois, coutumes, usages et réglemens relatifs à la procédure civile, la loi du 3 brumaire an 2, se trouve pareillement abrogée, et l'art. 464 du nouveau code ne s'énonce plus dans les mêmes termes que l'art. 7 de ladite loi.

Cependant deux autorités respectables, la Cour d'appel de Paris et celle de Bruxelles ont appliqué la même jurisprudence à des causes réglées par le code de procédure: la première, en jugeant, le 26 nov. 1808, qu'une demande en garantie est une demande principale et nouvelle, qui ne peut être formée que devant les premiers juges; et la seconde, en recevant, par arrêt du 31 may 1809, une pareille demande, par le motif que le premier juge avait eu tort de la rejeter comme tardive. *Journal de Sirey, an 1809. Décis. div. page*

22. *Décisions notables de la Cour d'appel de Bruxelles*, vol. 17. page 314.

Il est vrai que la cour de Bruxelles n'a pas, comme celle de Paris, décidé le cas *in terminis*; mais il résulte assez des considérations de son arrêt, qu'elle n'aurait pas admis la demande en garantie, si elle n'avait pas été formée en première instance; puisqu'elle donne pour motif, que le défendeur originaire n'avait pu intenter sa demande en garantie que sur l'exception du demandeur, qui lui en avait fait connaître la nécessité; et que le premier juge avait par conséquent fait une fausse application des art. 175 et 178 du code de proc., qui supposent que la demande originaire contient les faits qui peuvent donner lieu à la garantie.

Voilà donc deux cours d'appel dont la jurisprudence est, à cet égard, en opposition avec celle de la cour de Trèves; et cette diversité de principes mériterait déjà l'attention des jurisconsultes, quand même la question ne serait pas d'une si haute importance pour les parties.

La Commission des hospices civils de la ville de Mayence avait fait citer Theuerkauff devant le tribunal de cette ville, à l'effet de se voir condamner à souffrir l'exercice d'une servitude, en exécution d'un arrêt rendu par la cidevant cour électorale de révision, au profit de l'ancien couvent des Dominicains, représenté aujourd'hui par les hospices civils.

Theuerkauff, au lieu d'appeler en garantie ses vendeurs, défendit seul à la demande, et succomba.

Ce ne fut que sur l'appel, qu'il interjeta du ju-

gement, qu'il fit assigner la veuve Brellinger et son fils, ses vendeurs, devant la cour d'appel, aux fins de lui fournir causes et moyens valables, pour faire cesser la demande dirigée contre lui; si non, et au cas qu'ils ne le pourraient ou ne voudraient, d'être condamnés à le tenir quitte et indemne des condamnations qui seraient prononcées contre lui, par une remise proportionnelle du prix de vente, et la réfaction des dépens.

La veuve Brellinger et son fils opposèrent une fin de non recevoir à la demande en garantie formée contre eux, fondée sur ce qu'ils n'avaient pas été appelés en première instance, et qu'ils ne pouvaient l'être en instance d'appel, sans les priver d'un degré de juridiction.

Pour soutenir l'inadmissibilité de cette fin de non recevoir, on a fait valoir les moyens suivans.

L'art. 1640 du code Nap. établit les cas où une demande en garantie contre le vendeur, pour cause d'éviction, cesse d'avoir lieu: c'est lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans avoir appelé son vendeur.

Donc s'il n'existe pas un jugement de condamnation en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, contre l'acquéreur qui a défendu seul, il peut encore exercer son recours en garantie contre le vendeur; donc le vendeur peut être appelé devant le tribunal d'appel, encore qu'il n'ait pas été cité devant les premiers juges.

Dans l'espèce, il n'existe pas de jugement en dernier ressort, on passé en force de chose jugée; ainsi la demande en garantie est recevable par application du principe établi par l'art. 1640 du code Nap.

Le code de procédure ne s'oppose pas à ce système.

L'art. 49 dudit code dispense les demandes en garantie de l'épreuve de conciliation, à l'instar des demandes en intervention. Le législateur ne considère donc pas les demandes en garantie comme les autres actions principales ; s'il avait voulu les ranger absolument dans la même classe, il les eût de même soumis au préliminaire de la conciliation.

Les art. 175 et 178, du C. de pr. fixent, à la vérité, les délais dans lesquels on doit appeler garant ; mais quoique ces délais soient péremptoires, il n'est dit nulle part dans ces articles, ni dans le code entier de procédure, qu'une demande en garantie non formée en première instance ne puisse plus l'être en instance d'appel ; au contraire, en prenant ces deux articles dans le sens le plus rigoureux, il n'en résulte autre chose, si non, que si le défendeur au principal a négligé de faire assigner son garant devant les premiers juges, dans le délai prescrit, ces mêmes juges ne peuvent plus recevoir sa demande, et sont obligés de faire droit entre les parties principales. — Mais de ce que les premiers juges ne peuvent pas recevoir une demande en garantie formée trop tard, il ne s'en suit pas nécessairement que les juges d'appel doivent la rejeter aussi, quoique devant eux elle ait été faite à tems. Soutenir cette thèse, ce serait ajouter à la loi.

Bien loin que le défendeur en garantie, qui n'a pas été appelé en première instance, ne soit pas obligé de plaider devant le tribunal d'appel, la loi veut, au contraire, qu'il soit tenu de procéder devant le tribunal où la demande originale

est pendante ; par conséquent , aussi devant le tribunal d'appel , si la demande principale y est pendante , puisque l'art. 181 du code de procéd. ne fait point d'exception à cet égard.

Qu'oppose-t-on à ce raisonnement ?

L'art. 464 du même code de procédure , dit-on , ne permet pas de l'admettre , puisque cet art. contient les mêmes dispositions que l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an II.

Cependant c'est là précisément où est l'erreur.

L'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2 , s'exprimait en ces termes :

» Il ne sera formé , en cause d'appel , aucune
 » nouvelle demande , et les juges ne pourront pro-
 » noncer que sur les demandes formées en pre-
 » mière instance etc. «

L'art. 464 du code de procédure porte au contraire ,

» Il ne sera formée , en cause d'appel , aucune
 » nouvelle demande , à moins qu'il ne s'agisse de
 » compensation , ou que la demande nouvelle ne
 » soit la défense à l'action principale. «

Mais une demande en garantie est certainement la défense , du moins indirecte , à l'action principale ; et comme le juge d'appel est obligé de prononcer sur ces sortes de demandes , il est plus que démontré , que l'art. 464 ne peut pas autoriser les tribunaux d'appel à rejeter les demandes en garantie , sous le prétexte que ce sont des demandes nouvelles qui doivent subir deux degrés de juridiction.

Tout bien examiné , il ne reste donc que l'objection que le défendeur ne peut pas , malgré lui , être privé d'un degré de juridiction ; car s'il consent à plaider , aucun des articles allégués du code de procédure n'autorise le juge à renvoyer

la demande en garantie, pour y être fait droit séparément et par deux tribunaux.

Or voyons ce qui se pratiquait avant la publication des lois des 1.^{er} mai 1790, et 3 brum. an 2.

Antérieurement à ces lois il y avait, comme aujourd'hui, deux degrés de juridiction, et les art. 2, 7 et 8 du titre VIII de l'ordonnance de 1667 portaient les mêmes dispositions que les art. 175, 178 et 181 du code de procédure ; ces derniers articles sont même littéralement transcrits de l'ordonnance. Néanmoins, les auteurs les plus accrédités nous assurent que le défendeur originaire, qui n'avait pas appelé garant dans les délais fixés, n'était pas pour cela déchu de son action en garantie ; qu'il pouvait appeler son garant en cause, soit en la cour, soit en une autre juridiction où se poursuivait l'appel. POTHIER, *procéd. civ. Edition de Paris de 1786, vol. I. page 78.*

Quel motif pourrait on alléguer pour ne pas appliquer le code de procédure dans ce sens, plutôt que dans celui de la loi de brumaire an 2, qui est abrogée par l'art. 1041 du même code ?

En dernière analyse, cette ancienne jurisprudence ne fait aucun préjudice réel au garant ; tandis que la jurisprudence contraire peut souvent entraîner des torts irréparables et des injustices pour le garanti.

Il est vrai que le garant peut dire : si on m'avait appelé devant les premiers juges, j'aurais pu, ou démontrer le non fondement de l'action en garantie, ou faire cesser la demande originaire. En me traduisant d'un saut devant le tribunal d'appel, on me fait perdre l'avantage d'une instance ; on me force à procéder loin de chez moi, et à plus de frais.

Mais il est facile de répondre à cette objection.

Si le jugement est rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugé, tout est fini, et le garanti n'a plus d'autres moyens que de faire juger séparément sa demande en garantie.

Si le jugement rendu entre les parties principales est au contraire sujet à l'appel, le garant perd à la vérité le bénéfice du premier degré de juridiction ; mais est-ce bien là une perte réelle ? Non certes ; car encore qu'il aurait figuré en première instance, il ne serait pas dispensé d'aller en appel, si l'une des parties principales use de cette voie. Comme il peut faire valoir tous ses moyens devant les juges d'appel, peu importe qu'il les ait ou n'ait pas exposés devant les premiers juges ; en définitif son sort est le même, que s'il avait plaidé en première instance. Il y a plus, il n'a pas à craindre la suite des irrégularités qu'il aurait peut-être commises en première instance ; et quelque soit l'issue de la cause, les frais antérieurs à l'appel ne peuvent jamais être mis à sa charge. Voilà donc des avantages réels pour la perte d'un bénéfice de forme.

Il en est tout autrement du défendeur au principal : après avoir succombé envers le demandeur originaire, il peut arriver qu'il succombe encore envers son garant, s'il n'est pas prononcé en même tems sur l'action principale et sur celle en garantie ; tandis, qu'en admettant la demande en garantie en instance d'appel, les droits de toutes les parties sont discutés conjointement, et il ne peut y avoir ni contrariété de jugemens, ni injustice.

Qu'on ne dise pas que si le demandeur en garantie souffre un préjudice, c'est de sa propre

faute : il peut avoir ses motifs pour ne pas appeler d'abord son garant : il peut en agir ainsi par ménagement ou par une trop grande confiance dans la bonté de sa cause.

Serait-il juste de le rendre victime de sa délicatesse ou d'une erreur innocente ? Et la bonne foi et la justice n'exigent-elles pas que le garant lui prête son assistance, puisqu'il est indifférent qu'il le fasse contradictoirement avec le demandeur originaire, ou seulement avec son garanti ?

Sous tous les rapports la fin de non recevoir doit donc être écartée.

A ces moyens on a répondu :

Supposé qu'on pût appliquer l'art. 1640 du code Napoléon à l'espèce, où il ne s'agit pas précisément d'une éviction, cet article ne prouverait rien pour la thèse du demandeur en garantie ; car, de ce que, par un argument à *contrario*, on peut en induire, que la demande en garantie puisse encore être exercée, quoique le garanti se soit laissé condamner par un jugement définitif sans avoir appelé son garant, si le jugement n'est pas en dernier ressort ou passé en force de chose jugée ; il n'en résulte pas nécessairement que cette demande en garantie puisse être portée directement devant les juges d'appel, et qu'elle ne doive pas subir les deux degrés de juridiction. — Loin d'établir un principe de forme, l'art. 1640 du code Napoléon ne fait que consacrer un principe de droit, dont l'application doit être faite dans les formes ordinaires de la procédure.

L'art. 49 du code de procédure ne prouve pas plus en faveur du système du demandeur en garantie. Cet art. dispense les actions en garantie du préliminaire de conciliation par une exception à

la règle générale ; mais cette exception démontre clairement que le législateur considère les demandes en garantie comme des actions principales , puisqu'autrement l'exception serait inutile.

Si les demandes en garantie sont des actions principales , nul doute qu'elles ne doivent subir les deux degrés de juridiction ; et tout ce qu'on peut conclure de la dispense de l'épreuve de conciliation , c'est que le législateur prévoyant l'inutilité d'une tentative d'arrangement entre le garanti et le garant seulement , et ne voulant pas que cette formalité , superflue dans ce cas , arrêtât la décision de la cause originaire , a jugé convenable d'en exempter les actions en garantie pour accélérer la marche de la justice.

Les art. 178 et 181 du code de procédure condamnent également le système du demandeur en garantie.

Que porte l'art. 178 ? — » Il n'y aura pas » d'autre délai pour appeler garant en quelque » matière que ce soit ; *sauf à poursuivre les garans.* «

Cette dernière disposition n'annonce-t-elle pas clairement que la demande en garantie ne peut être portée devant les tribunaux d'appel , qu'autant qu'elle a été soumise aux premiers juges ? En effet dire : *sauf à poursuivre les garans* , c'est dire en d'autres termes : faire juger séparément l'action en garantie. Or pour la faire juger séparément , il faut nécessairement l'introduire en première instance.

L'art. 181 dit , à la vérité » que les assignés en » garantie sont tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante. «

Mais pour bien saisir le sens de cet article, on doit recourir à l'art. 8 du titre VIII de l'ordonnance de 1667, d'où il est tiré; et alors on verra, que loin d'avoir voulu permettre d'assigner les garans en instance d'appel, *omissa prima instantia*, le législateur n'a entendu qu'écarter les exceptions déclinatoires des garans, et les forcer de plaider devant le juge saisi de la connaissance de l'affaire principale, encore qu'il ne fût pas leur juge ordinaire. Cet article n'a donc apporté aucun changement aux principes reçus sur les deux degrés de juridiction.

On convient que, si le garant consent à procéder devant la cour, elle ne peut pas, par application de l'art. 464, le renvoyer devant les premiers juges. Mais il ne s'en suit pas delà que la demande en garantie doive être considérée comme une défense à l'action principale; car, pour qu'une nouvelle demande puisse être regardée comme telle, il faut qu'elle soit opposée par le défendeur au principal lui même et contre le demandeur originaire. Or, loin que la demande en garantie soit dirigée contre le demandeur originaire, le défendeur au principal la dirige contre le garant. D'ailleurs le code de procédure, en permettant de former, en cause d'appel, des demandes qui ne l'ont pas été en première instance, si ces demandes ne sont que la défense à l'action principale, n'a sans doute entendu parler que des nouvelles demandes qui seraient formées par les parties qui ont déjà figuré en première instance; et supposé que le demandeur originaire soit tenu de défendre en appel, contre une demande en garantie non formée en première instance, ce qu'on admet facilement, la question reste toujours

la même, celle de savoir : si le défendeur en garantie est aussi obligé de procéder en cause d'appel, si on a négligé de l'appeler en première instance ?

Cette question ne peut être résolue que négativement ; car les deux degrés de juridiction sont un bénéfice que la loi lui accorde, et dont il ne peut être privé malgré lui. Pour que le juge pût l'en priver, il faudrait qu'il y eût une loi expresse qui l'y autorisât ; cette loi n'existe pas, et il n'est pas permis de la créer par induction ou par des considérations d'équité.

Ainsi, et en faisant même abstraction de la loi du 3 brumaire an 2, la jurisprudence de la cour de cassation conserve néanmoins sa force sous l'empire du code de procédure ; et ce que quelques tribunaux supérieurs ont fait anciennement, ne peut pas servir de règle aux tribunaux actuels.

Ces moyens plaidés à l'audience, et en partie déduits lors de la discussion en la chambre du conseil, ont eu pour résultat l'arrêt dont suit la teneur textuelle :

ARRÊT.

» Attendu que les demandes en garantie sont,
 » d'après l'art. 49 du code de procédure, dis-
 » pensées du préliminaire de l'épreuve de conci-
 » liation, et que suivant l'art. 181 du même
 » code, les assignés en garantie sont tenus de
 » procéder devant le tribunal où la demande
 » originaire est pendante, sans que la loi fasse
 » une distinction entre les tribunaux de première
 » instance ou d'appel ; d'où il résulte que ces
 » sortes de demandes ne sont pas absolument as-
 » similées aux autres actions principales ordi-
 » naires, ni généralement soumises à deux degrés
 » de juridiction ; du moins, que le code de pro-

» cédure ne les y soumet pas expressément, et sous
» peine de nullité ;

» Que la loi nouvelle ne fait que répéter les
» dispositions de l'art. 8. du titre VIII de l'or-
» donnance de 1667 ; et que suivant l'ancienne
» jurisprudence une action en garantie pouvait
» être exercée en appel, encore qu'elle n'eût pas
» été formée en première instance ;

» Enfin que le système contraire présenterait
» nécessairement cet inconvénient qu'il y aurait,
» ou retardation dans la cause principale, si l'on
» voulait en suspendre la décision jusqu'à ce que
» la demande en garantie eût subi le premier dé-
» gré de juridiction : ou possibilité de contra-
» rité d'arrêt, si l'on voulait diviser, et faire
» droit séparément sur l'action en garantie après
» le jugement de la cause originaire ;

» Qu'il y a donc lieu d'écarter cette exception,
» d'autant plus que les garans peuvent faire va-
» loir tous leurs moyens devant la cour, et qu'il
» ne leur en résulte pas de préjudice à l'égard
» des dépens, ceux faits en première instance ne
» pouvant leur être imputés quelque soit l'issue
» de la cause d'appel ;

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter aux
» exceptions des défendeurs en garantie, dont ils
» sont débouttés, ordonne que les parties plai-
» dront au fond ;

Du 16 juillet 1810. plaidant : MM. ALDENHOVEN
et RUPPENTHAL, l'ainé.

Affaire de commerce. Etranger. Election de domicile. Procuration pour plaider. Jugement définitif. Signification. Appel. Délai.

(Code de commerce , art. 642 , 645 , 648. C. de pr. art. 421 , 422.)

Si, dans une affaire de commerce entre un étranger et un marchand domicilié dans le lieu ou siège le tribunal, les deux parties sont comparues, et qu'à la première audience il soit intervenu jugement définitif; la signification de ce jugement faite au domicile élu par l'étranger dans un acte antérieur à sa comparution, mais non mentionné sur le plumitif du tribunal, est-elle valable? ou faut-il que le jugement soit signifié à personne, ou à domicile réel ou légal, pour faire courir le délai d'appel? Résolu que la signification au domicile élu ne suffit pas.

Un acte contenant élection de domicile avec charge de plaider la cause, tient-il lieu d'un pouvoir spécial dans le sens de l'art. 421 du C. de Pr.? Rés. négativement.

En matière de commerce, le délai pour interjeter appel, est-il le même pour les étrangers que pour les parties domiciliées en France? Non résolu.

Ces questions qui sont du plus grand intérêt, tant sous le rapport de leur nouveauté que sous celui de leur importance et des difficultés qu'elles présentent, ont été soumises à la cour, dans l'espèce suivante.

Delamme, entrepreneur des hôpitaux militaires de la ville de Cassel, dans le royaume de West-

phalie, ayant été condamné par défaut au payement d'une lettre de change envers Charles Frœauf, marchand de vin domicilié à Mayence, forma opposition à ce jugement.

Dans l'acte d'opposition il élut domicile chez le Sieur Gallo, homme de lettres à Mayence, auquel il donna pouvoir de comparaître devant le tribunal de commerce de l'arrondissement de Mayence, pour plaider la cause en son nom.

Il est à remarquer que cette élection de domicile n'a pas été mentionnée sur le plunitif du tribunal de commerce, et que jugement définitif est intervenu sur la première comparution des parties, et à la première audience.

Frœauf, ayant obtenu gain de cause, fit signifier le jugement au domicile élu chez Gallo.

Il n'y eut appel de la part de Delamme, qu'après l'expiration de trois mois, à dater de cette signification.

Par un premier arrêt, rendu par défaut contre Delamme, son appel fut déclaré non recevable.

Sur l'opposition formée en tems utile, Delamme eut à combattre une fin de non recevoir, que l'intimé Frœauf tira de ce que l'appel avait été signifié trop tard, attendu que d'après l'art. 645 du code de commerce, le délai pour interjeter appel n'est que de trois mois, tant pour les étrangers que pour les parties domiciliées en France; et qu'au moment où l'appel avait été interjeté, les trois mois étaient expirés, la signification du jugement, faite au domicile élu chez Gallo, ayant suffi pour faire courir le délai d'appel, conformément à l'art. 422 du code de procédure.

Mais l'appelant, Delamme a soutenu qu'il n'existait pas une signification valable du jugement, et

que quand même on voudrait regarder la signification faite au domicile élu comme suffisante, pour faire courir le délai d'appel, ce délai n'aurait pas encore été écoulé au moment de la signification de l'acte d'appel, vu qu'en sa qualité d'étranger, il jouissait non seulement du délai d'appel, mais encore de celui des ajournemens, conformément à l'art. 445 du code de procéd., et qu'à l'époque de l'interposition de l'appel, ces deux délais réunis n'étaient pas encore expirés.

La signification du jugement, disait-il, ne peut être faite valablement au domicile élu, qu'autant que la partie domiciliée hors le lieu où siège le tribunal de commerce ait élu domicile au plumeitif du tribunal de commerce, et que sur la comparution des parties, jugement ne soit pas intervenu à la première audience. Art. 422. C. pr.

Si l'élection de domicile n'est pas mentionnée sur le plumeitif, elle est à regarder comme non avenue; et dans ce cas, la signification du jugement définitif ne peut pas se faire au domicile élu dans un acte antérieur à la comparution des parties; elle doit être faite au greffe du tribunal de commerce. Art. 422. C. pr.

Si le jugement intervient à la première audience, l'élection de domicile au plumeitif n'est pas même requise, puisque l'art. allégué ne la prescrit que pour le cas où le jugement n'intervient pas à la première audience. Par une conséquence nécessaire, la signification du jugement définitif doit alors être faite à partie ou domicile, parceque ce n'est que lorsque la loi impose l'obligation d'élire domicile au plumeitif, que la signification du jugement peut être faite au domicile élu ou au greffe. Or, si le jugement intervient à la première audience

L'obligation d'élire domicile cesse; et dès-lors la signification du jugement rentre dans les règles ordinaires, la loi n'en prescrivant point d'autres.

Dans l'espèce, le jugement étant intervenu à la première audience, ce n'était qu'une signification à partie ou domicile, c'est-à-dire, une signification faite au domicile du procureur-impérial, conformément à l'art. 69. n.° 8 et 9 du code de pr., puisque je suis Etranger, qui aurait pu faire courir le délai d'appel contre moi; une pareille signification n'existe pas.

Mais voudrait-on opposer, que dans les affaires de commerce, le fondé de pouvoir remplace la partie, et qu'au fondé de pouvoir on peut faire toutes les significations qu'on fait à la partie même? Dans cette supposition, je réponds que pour que la partie soit censée présente, il faut qu'elle ait un fondé de pouvoir spécial, conformément à l'art. 421 du code de procéd. — Je n'ai donné à Gallo qu'une procuration pour plaider; il n'a donc pas eu un pouvoir dans le sens de cet article; et dès-lors il ne remplaçait ma personne que pour la plaidoirie et les simples actes d'instruction. Avec le jugement définitif, son pouvoir a cessé; tandis que si je l'eusse constitué fondé de pouvoir spécial dans le sens de la loi, il aurait eu qualité de me représenter même après le jugement rendu.

Au reste, et quand même la signification du jugement faite à Gallo aurait fait courir le délai d'appel, les articles 645 du code de commerce et 444 du code de pr. ne permettraient pas de restreindre ce délai à trois mois seulement; car on voit clairement que cet article du code de commerce n'a rien innové, quant à l'exception faite par l'art. 444 du code de pr. en faveur des appelans

étrangers ; et que le seul changement qu'il ait fait relativement aux appels , en matière de commerce, consiste en ce qu'on n'est pas obligé d'attendre l'expiration d'une huitaine , à dater du jour du jugement, pour pouvoir interjeter appel, comme dans les matières civiles, mais qu'on peut le faire le jour même du jugement. — L'art. 645 du code de commerce, après avoir dit, que le délai d'appel sera de trois mois pour les jugemens contradictoires, à dater du jour de la signification, n'ajoute pas, que ce délai sera le même pour les étrangers et les personnes absentes pour service de terre ou de mer, ou employées dans les négociations extérieures pour le service de l'état, comme pour les particuliers domiciliés en France; il a par conséquent laissé subsister à leur égard les dispositions des art. 444 et 445 du code de procédure; et l'on doit d'autant plus embrasser cette opinion, que d'une part, l'art. 648 du code de commerce prescrit l'observation de la procédure établie pour les cours d'appel, en matière civile, au livre III de la 1.^{ere} partie du code de procédure, et que de l'autre, il n'est permis d'admettre une abrogation de loi, qu'autant qu'elle soit prononcée en termes exprès par une loi subséquente, ou que la loi ancienne soit absolument inconciliable avec la loi nouvelle, circonstances qui ne se rencontrent pas dans l'espèce.

Par toutes ces raisons, l'appelant a conclu au rejet de la fin de non recevoir proposé par l'intimé, et à ce qu'il fût ordonné de plaider au fond.

L'intimé a répondu :

On prétend que les règles ordinaires de la procédure civile doivent être appliquées aux affaires de commerce, chaque fois que la loi ne les en ex-

cepte pas, et on en tire la conséquence que la signification du jugement définitif doit être faite à personne ou domicile réel ou légal, s'il est intervenu à la première audience; puisque, dit-on, l'art. 422 du code de procéd. ne parle de la signification à faire au domicile élu ou au greffe, que lorsque le jugement n'est pas intervenu à la première audience.

Cette manière de raisonner serait juste, si elle ne reposait pas sur une confusion d'idées et de principes.

En effet, la nature des choses nous dit déjà que la procédure en matière de commerce ne supporte pas les lenteurs de la procédure civile ordinaire; mais la loi positive est d'accord sur ce point avec la simple raison. L'art. 642 du code de commerce porte, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie, telle qu'elle a été réglée par le titre XXV du livre 2 de la première partie du code de procédure civile — C'est donc ce titre du code de procédure civile qui fait loi générale pour l'instruction et le jugement en matière de commerce, et les autres dispositions du code de procédure, relatives aux affaires civiles, ne viennent que par exception, et dans les cas seulement où la loi ordonne leur observation. La preuve irréfutable de cette assertion résulte évidemment des termes de l'art. 643 du même code de commerce, où il est dit qu'on observera néanmoins, pour les jugemens par défaut des tribunaux de commerce, les articles 156, 158 et 169 du code de procédure relatifs aux jugemens par défaut rendus par les tribunaux inférieurs. — Certes, si le législateur avait entendu soumettre les affaires de commerce aux règles générales de la procédure ci-

vile, dans tous les cas, non prévus par le titre XXV, cette exception particulière aurait été parfaitement inutile : au lieu de s'exprimer de cette manière, le législateur aurait dit en termes généraux, que dans les cas non réglés par le titre XXV du code de pr., on suivra la forme ordinaire établie pour les tribunaux civils.

Ainsi, loin de recourir aux règles prescrites pour la signification des jugemens civils, on doit suppléer au silence de l'art. 422 du code de procéd. par l'application de l'axiome de droit : *ubi eadem ratio, eadem decisio*, enseigné par les lois 12 et 13 ff. de Legib.; et par conséquent puiser la solution de la question soumise à la cour dans la disposition expresse de la loi sur un autre cas absolument semblable.

Or, si l'art. 422 du code de proc. veut que la signification du jugement puisse être faite valablement au domicile élu ou au greffe, lorsque le jugement n'a pas été rendu à la première audience, pourquoi exigerait-il une signification à personne ou domicile, dans le cas où il a été rendu à la première audience ? On ne voit pas de raison qui puisse justifier une pareille différence ; au contraire cette différence s'oppose à l'intention du législateur et au but qu'il s'est proposé, qui est la célérité.

On objecte que s'il était même vrai que le jugement aurait pu être signifié au domicile élu, il eût du moins fallu faire cette élection de domicile au plunitif de l'audience ; que l'omission de cette formalité fait considérer l'élection antérieure de domicile comme non avenue.

Mais cette prétention est condamnée par la loi même. — L'art. 422 du c. de pr. précité ne dit pas

que l'élection de domicile doit être faite au plunitif de l'audience : il dit seulement, qu'elle y doit être *mentionnée*. Mentionner une chose, c'est supposer sa préexistence. Il n'est pas dit non plus dans cet article, qu'à défaut de cette mention d'élection de domicile, mais il y est dit qu'à défaut de cette *élection* de domicile, la signification pourra être faite au greffe.

Il est donc clair que l'élection de domicile peut être faite par un acte antérieur au jour d'audience, et que le défaut de mention au plunitif d'un domicile déjà élu n'empêche pas que la signification ne se fasse valablement à ce domicile ; que ce n'est que dans le cas où il n'y aurait eu élection de domicile ni au plunitif, ni par acte antérieur, que la signification doit être faite au greffe. — Mais si le défaut de mention au plunitif a néanmoins laissé subsister l'élection antérieure de domicile, comment parviendra-t-on à prouver que la signification du jugement n'a pas pu être faite valablement à ce domicile ? — Parceque l'élection de domicile n'est d'obligation que lorsque le jugement n'intervient pas à la première audience ? Supposons que cela soit vrai ; où l'art. 422 dit-il donc que les parties n'ont pas la faculté d'élir domicile, lorsque le jugement est rendu à la première audience ? Nulle part ; mais si cette faculté ne leur est pas ôtée, pourquoi refuser au domicile élu les effets que la loi attache au domicile d'obligation ? La loi ne porte pas cette peine, et la prononcer néanmoins, c'est créer une nullité.

Ainsi le jugement a pu valablement être signifié au domicile de Gallo, et cette signification a fait courir le délai d'appel.

Cette signification est valable sous un autre point de vue général.

En combinant les articles 421 et 422 du code de procéd. avec l'art. 643 du code de commerce, on demeure persuadé que le législateur a voulu 1.^o que les seuls jugemens par défaut, sans distinction du domicile des parties, fussent signifiés à personne ou domicile; 2.^o que les jugemens contradictoires ne fussent notifiés à partie ou domicile, qu'autant que la partie condamnée se trouve domiciliée dans le lieu même où siège le tribunal de commerce, et 3.^o que la signification fût faite au domicile élu dans le lieu où siège le tribunal ou au greffe, lorsque le jugement est rendu contre une partie non domiciliée audit lieu.

Le premier point de cette assertion est justifié par l'art. 643 précité du code de commerce, qui soumet la signification des jugemens par défaut aux art. 156, 158 et 159 du code de proc.

Le second point se justifie par la disposition de l'art. 422 du code de pr. qui n'oblige pas les parties domiciliées dans le lieu du siège du tribunal à faire élection de domicile.

Le troisième point résulte de la disposition du même article qui astreint les parties non domiciliées dans la ville du tribunal à y faire élection d'un domicile; faute de quoi le jugement peut leur être valablement signifié au greffe.

Mais si un jugement contradictoire n'est pas dans le cas d'être signifié à la partie condamnée, qui ne demeure pas dans le lieu où siège le tribunal qui l'a rendu, comment l'appelant peut-il prétendre qu'on devait lui faire cette signification à personne ou domicile réel ou légal?

Cependant, justifions la signification qui lui a été faite par un autre moyen non moins tranchant.

La loi exclut le ministère des avoués près les tribunaux de commerce ; elle veut que les parties comparaissent en personne ou par fondé de procuration spéciale, (art. 421 du code de pr.) — Point de milieu. Il n'en est pas d'un fondé de pouvoir spécial comme d'un avoué ; il représente la personne du mandant, et il s'ensuit naturellement que toutes les significations peuvent lui être faites valablement, s'il demeure dans la même ville où siège le tribunal de commerce, sans qu'il soit même besoin d'une élection de domicile.

Mais, dit-on, l'appelant n'a donné à Gallo d'autre pouvoir que celui de plaider ; ce dernier n'était donc pas fondé de procuration spéciale dans le sens de l'art. 421 du code de proc. ; et, dès-lors, on ne pouvait lui signifier le jugement dans une qualité qu'il n'avait pas.

N'importe les termes de la procuration ; dès qu'on ne compare pas en personne devant le tribunal de commerce, et qu'on s'y fait représenter par un tiers, la loi considère ce tiers comme fondé de procuration spéciale : elle attribue cet effet au pouvoir du mandataire ; autrement il n'aurait pas qualité, et la cause devrait être jugée par défaut.

Sous tous les rapports possibles, la signification du jugement est donc valable, et il ne reste plus à examiner que la question de savoir : si l'appel a été interjeté en tems utile ?

Pour décider cette question, on doit se déterminer par l'art. 645 du code de commerce. — Cet article fixe le délai pour interjeter appel à trois mois, sans distinguer entre les étrangers et les régnicoles. Il n'est par conséquent pas permis au juge de faire une distinction que la loi ne fait pas.

C'est envain qu'on dit que cet article n'a fait que changer un principe de la procédure ordinaire, en ce qu'il n'est pas permis, en matière civile, d'appeler avant la huitaine, à dater du jour du jugement, et que cette faculté peut être exercée le premier jour en matière de commerce. — Si tel était le sens de la loi, et si le législateur avait voulu laisser subsister, en matière de commerce, toutes les autres règles reçues en matière d'appel des jugemens civils, il n'aurait pas commencé par établir en principe général, que le délai pour interjeter appel des jugemens des tribunaux de commerce sera de trois mois, à compter du jour de la signification du jugement, pour ceux qui auront été rendus contradictoirement etc. ; il aurait, au contraire, renvoyé aux règles prescrites pour les appels en matière civile, en ajoutant seulement qu'on pourra cependant interjeter appel le jour même du jugement. — S'étant borné à fixer un délai général, qui était déjà établi par l'art. 443 du code de proc. pour les jugemens civils, et ayant passé sous silence les exceptions portées par les art. 445 et 446 du même code, il a donné à connaître par là que ces deux articles ne doivent pas trouver leur application en matière de commerce.

Il est bien vrai que l'art. 648 du code de commerce porte que les appels des jugemens des tribunaux de commerce seront instruits et jugés dans les cours, comme appels de jugemens rendus en matière sommaire, et que la procédure, jusques et y compris l'arrêt définitif, sera conforme à celle qui est prescrite pour les causes d'appel en matière civile, au livre III de la 1.^{re} partie du code de procédure civile. Mais cette disposition ne peut s'entendre que de la forme de procéder dans l'ins-

truction devant les cours , et non pas des délais pour interjeter appel ; autrement elle serait en opposition avec l'art. 645 du même code de c.

L'appelant n'a pas interjeté appel dans les trois mois ; par conséquent son appel est tardif et comme tel non recevable.

Et qu'on ne s'effraye pas des suites de cette jurisprudence ; l'étranger n'en souffre pas , et elle est dans l'intérêt du commerce.

S'il s'agit de l'appel d'un jugement par défaut , l'étranger a tout le tems qu'il lui faut pour obtenir connaissance du jugement et les moyens d'agir ; car le jugement doit lui être signifié au domicile légal du procureur impérial ; il peut y former opposition jusqu'à l'exécution ; et s'il a négligé de faire opposition , il a encore , à dater de l'époque de l'expiration du délai d'opposition , trois mois entiers pour interjeter appel.

S'agit-il d'un jugement contradictoire , il a son fondé de pouvoir spécial , qui , étant présent sur les lieux , peut soigner ses intérêts par l'interposition d'un simple acte d'appel au nom de son mandant ; et supposé que l'éloignement des lieux ne permette pas de produire , à la première audience , les pièces dont l'appelant voudrait faire usage , il peut obtenir un délai moral pour cette production.

Ces moyens n'ont pas fait fortune ; la signification du jugement a été regardée comme nulle , comme on le verra par l'arrêt suivant. Ainsi la cour n'a pas eu à prononcer sur la question concernant le délai d'appel.

ARRÊT TEXTUEL.

» Attendu , en ce qui touche la fin de non recevoir opposée par l'intimé , qu'il est de principe

» que les exceptions admises par les lois ne doi-
 » vent recevoir leur application, que dans les cas
 » qu'elles ont prévu; qu'autrement c'est à la règle
 » générale à laquelle on doit recourir.

» Que dans l'espèce dont il s'agit, l'élection de
 » domicile qui a été faite par Delamme, par
 » l'acte du 30 may 1809, chez Charles Gallo à
 » Mayence *pour plaider la cause*, ne rentre point
 » dans l'application de l'art. 422 du code de pr.,
 » soit parcequ'il est intervenu jugement définitif à
 » la première audience, soit parceque l'élection
 » de domicile n'a point été mentionnée sur le plu-
 » mitif de l'audience; d'où il suit que la signifi-
 » cation du jugement définitif faite à l'appelant
 » au domicile de Charles Gallo, ne l'ayant pas
 » été conformément aux règles générales prescrites
 » par le code de procédure civile, il en résulte que
 » le délai pour interjeter appel n'avait pas légale-
 » ment couru, et que Delamme était recevable à
 » l'interjeter comme il l'a fait par son acte du 2
 » nov. dernier;

Par ces motifs — » La cour, sans s'arrêter à
 » la fin de non recevoir opposée par l'intimé, et
 » dont il est déboutté, ordonne que les parties
 » plaident au fond. ;

Du 23 juillet 1810. Plaidant MM. RUPPENTHAL
 et ADDENHOVEN.

Lettre de change. Garantie. Étranger.
Délai.

(Code de commerce, art. 165. 166. 167. 169. 170.)

Quel est le délai dans lequel le porteur d'une lettre de change tirée de l'étranger, par un étranger et payable en France, doit exercer son recours en garantie contre le tireur étranger ? Résolu, qu'il est le même que celui dont jouit l'étranger envers les tireurs et endosseurs résidans en France, pour les lettres de change tirées de France et payables à l'étranger.

Si le protêt porte que le tireur n'a pas fait les fonds, celui-ci peut-il être admis, envers le porteur, à prouver qu'il y avait néanmoins provision à l'époque de l'échéance de la lettre ? Non résolu.

Cette preuve est-elle recevable, encore que le porteur ait fait protester la lettre, et exercé son recours en garantie en tems utile ? Résolu négativement.

L'art. 165 du code de commerce porte :

» Si le porteur exerce le recours individuellement
 » contre son cédant, il doit lui faire notifier le
 » protêt, et, à défaut de remboursement, le faire
 » citer en jugement dans les quinze jours qui sui-
 » vent la date du protêt, si celui-ci réside dans
 » la distance de cinq myriamètres. Ce délai, à
 » l'égard du cédant domicilié à plus de cinq my-
 » riamètres de l'endroit où la lettre de change était
 » payable, sera augmenté d'un jour par deux
 » myriamètres et demi excédant les cinq myria-
 » mètres.

Il est aisé de voir que cet article ne parle que

du cas où le porteur et le cédant sont domiciliés en France, puisqu'on ne peut guères calculer la distance par myriamètres, si le cédant réside en pays étranger.

L'art. 166 règle les délais qui doivent être observés lorsqu'il s'agit de recours en garantie à exercer contre des tireurs ou endosseurs résidans en France, pour des lettres de change tirées de France et payables hors du territoire continental de l'Empire français.

Ces délais sont, entre autres, de deux mois, pour les lettres payables dans les États limitrophes de la France, et de quatre mois, pour les lettres payables dans les autres États de l'Europe.

Cet article n'a pas plus que le précédent prévu le cas où l'action en garantie est dirigée par un particulier domicilié en France contre un étranger, pour une lettre de change tirée de l'étranger et payable en France.

L'article 167 semble décider la question, du moins implicitement. Il dit :

» Si le porteur exerce son recours collectivement
 » contre les endosseurs et le tireur, il jouit à l'é-
 » gard de chacun d'eux, du délai déterminé par
 » les articles précédens. «

Comme cette disposition ne distingue pas entre le porteur domicilié en France et celui qui réside à l'étranger, on peut en induire que, si le porteur demeure en France, et qu'il y ait des endosseurs français et un tireur étranger, ou un tireur français et des endosseurs étrangers à poursuivre en garantie, il jouit à l'égard de l'étranger du délai déterminé par l'art. 166, et à l'égard des français de celui fixé par l'art. 165.

Cependant le cas n'est pas expressement prévu

par la loi, et ce n'est toujours que par analogie qu'on peut appliquer les dispositions de l'art. 166 aux tireurs et endosseurs étrangers de lettres de change tirées à l'étranger et payables en France, c'est à dire par un motif d'équité naturelle qui veut que, comme l'étranger qui poursuit un français a un délai de deux mois, ou plus, le français qui poursuit un étranger ait le même délai, parce que la distance qui est la cause du délai, est la même soit que le français poursuive l'étranger, soit que l'étranger poursuive le français.

Il semble même que le législateur n'avait pas à s'occuper du cas où la garantie individuelle serait exercée par un Français contre un étranger, par la raison toute simple, que d'après la maxime du droit: *Actor sequitur forum rei*, cette action devant être poursuivie devant les juges du domicile du défendeur étranger, et par conséquent être jugée suivant les lois de son pays, la question serait hors du domaine du législateur français. Néanmoins, lorsqu'on considère que la loi 21. ff. de obl. et act. soumet les droits et obligations résultant d'un contrat aux lois du lieu où le paiement doit se faire, et qu'il est de règle ordinaire, tant en France qu'en Allemagne, que le débiteur d'une lettre de change est justiciable du tribunal du lieu du paiement, il n'est pas douteux que les étrangers tireurs ou endosseurs de lettres de change payables en France ne soient soumis à la juridiction et aux lois françaises; et s'il pouvait rester le moindre doute à cet égard, il disparaîtrait à la vue de l'art. 14 du code Napoléon qui assujettit les étrangers aux tribunaux de France, non seulement pour les obligations par eux contractées en France envers un français, mais même pour les obligations

contractées à l'étranger envers un français : disposition qui , étant applicable aux obligations purement civiles , doit l'être à plus forte raison aux obligations commerciales.

Ainsi , nul doute que le juge français ne soit compétent ; et nul doute non plus , qu'à défaut d'une loi précise , il ne doive suppléer au silence de la loi par une décision puisée dans son esprit , dans l'ensemble de ses dispositions , et surtout dans celles qui ont de l'analogie avec le cas qui lui est soumis. Art. 4. du code Napoléon.

Dans l'espèce , on prétendait , mais envain , que l'art. 165 du code de commerce était positif , et qu'il n'y avait pas lieu de recourir à l'analogie de l'art. 166.

Delamme , Entrepreneur des hôpitaux militaires de la ville de Cassel , dans le royaume de Westphalie , avait tiré de Francfort sur le Meyn , une lettre de change payable à Brest , au profit de Charles Frœauf de Mayence , pour du vin que ce dernier lui avait fourni.

Le 1.^{er} octobre 1809 , époque de l'échéance de la lettre , le porteur la fit protester , faute de paiement.

L'huissier ayant signifié le protêt au domicile de celui sur qui elle était tirée , en parlant à un particulier qui se disait associé de la maison , ce particulier déclara qu'il n'y avait ni fonds ni provision pour acquitter la lettre.

Ce ne fut que le 12 janvier 1810 , que Frœauf , auquel on avait renvoyé la lettre avec le protêt du 1.^{er} octobre 1809 , fit notifier l'une et l'autre à Delamme , avec assignation devant le tribunal de commerce de Mayence.

Après un jugement de condamnation par défaut rendu contre Delamme, il y forma opposition et la cause fut plaidée contradictoirement.

Jugement qui le débouta de son opposition, et ordonna l'exécution du jugement par défaut.

Appel.

L'intimé ayant opposé à cet appel les fins de non recevoir dont il a été rendu compte dans la cause précédente, et en ayant été déboutté, l'affaire s'engagea contradictoirement au fond.

Voici les moyens que l'appelant fit valoir pour justifier ses griefs.

L'art. 165 du code de commerce, disait-il, veut que le recours en garantie individuelle soit exercé dans les quinze jours qui suivent la date du protêt, si le défendeur réside dans la distance de cinq myriamètres. Il est ajouté à ce délai un jour par deux myriamètres et demi, s'il est domicilié à plus de cinq myriamètres de l'endroit où la lettre de change était payable.

L'art. 170 prononce la déchéance du recours en garantie, même à l'égard du tireur, si ces délais n'ont pas été observés, et si le tireur justifie qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre de change.

La lettre de change en question était payable à Brest; l'appelant qui l'a tirée demeure à Cassel. En calculant la distance de l'une de ces villes à l'autre, le délai était expiré lorsqu'on m'a signifié le protêt, et assigné en garantie.

Ainsi, déchéance de l'action en garantie, et libération de la dette, si je justifie d'ailleurs qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre. — J'offre cette preuve, et je suis d'autant plus recevable à la

faire, que ce n'est pas celui sur qui la lettre de change était tirée, mais un autre, qui s'est peut-être faussement dit l'associé de celui-ci, qui a déclaré au protêt qu'il n'y avait pas de fonds; et que quand même cette déclaration eût été faite par la personne qui devait payer la lettre, elle ne pourrait pas m'être opposée comme une fin de non recevoir, l'art. 170 admettant la preuve sans distinction, et ne la faisant pas dépendre de la déclaration que pourrait faire celui qui, pour se dispenser de l'obligation de payer, dirait qu'on ne lui avait pas fait de fonds ou qu'il n'y avait pas provision.

L'art. 166 du code de commerce qu'on invoque contre moi, n'est pas applicable à l'espèce. Cet article règle les délais dans lesquels les étrangers, porteurs de lettres de change tirées de France et payables à l'étranger, doivent exercer leur recours en garantie contre les endosseurs ou le tireur domiciliés en France; ici c'est le cas contraire. L'intimé ne peut donc pas se prévaloir du délai que j'aurais si j'étais poursuivant, et le retourner contre moi. — Si l'article invoqué n'est pas applicable au cas présent, il ne peut pas le régler, et c'est à l'art. 165 seul qu'on doit recourir pour cela.

L'égalité des droits entre les parties ne justifierait pas non plus l'application de l'art. 166. En effet, si par une suite de ce principe, le législateur eût voulu que le porteur d'une lettre de change, résidant en France, jouit envers l'étranger du même délai dont jouit l'étranger, pour exercer son recours en garantie, il aurait du, par une parité de raison, accorder à la partie domiciliée en France le délai d'appel qu'il a accordé aux étrangers. Ce-

pendant l'étranger a un délai beaucoup plus long que le français pour interjeter appel, art. 443, 445 et 446 du code de procédure. Le motif de cette différence est palpable: c'est que l'étranger doit assigner le français à personne ou domicile en France, soit qu'il s'agisse d'appel, ou de recours en garantie en matière de lettres de change; tandis que le français peut, dans l'un et l'autre cas, faire ces significations au domicile du procureur impérial. Certes, il faut un plus long délai à l'étranger qu'il n'en faut un au français.

L'intimé a répondu:

L'art. 165 du c. de c. n'est pas applicable à l'espèce. (Il a fait valoir à cet égard les raisons déduites au commencement de cet art.) — Ce n'est donc que l'art. 166, expliqué dans le sens de l'art. 167 qu'on peut appliquer ici. — Le royaume de Westphalie n'est pas limitrophe de la France; par conséquent l'intimé avait quatre mois pour intenter son recours en garantie, et depuis le 1.^{er} octobre jusqu'au 12 janvier suivant, il ne s'est pas écoulé quatre mois. — Supposé aussi que le code de commerce n'ait pas expressément prévu le présent cas, l'équité naturelle et le principe, qu'il doit y avoir égalité de droits entre les parties, exigent qu'on traite le français avec la même faveur que l'étranger, puisqu'il ne peut pas être entré dans l'intention du législateur de favoriser l'étranger à ses dépens. Or, il le serait si on lui accordait un délai plus long pour poursuivre un français, qu'on ne l'accorde au français pour poursuivre un étranger. — L'argument qu'on veut tirer des dispositions des art. 443, 445 et 446 du code de procédure, pour justifier cette diffé-

rence, n'est pas concluant dans l'espèce : d'abord, parcequ'il n'est pas permis de s'autoriser d'une exception faite pour un cas spécifique, pour en faire une règle générale dans d'autres cas ; et en second lieu, parcequ'il n'y a pas même parité de circonstances entre les appels de jugemens et le recours en garantie pour lettres de change. — En effet le code de procédure fixe un délai général pour les appels : ce délai est de trois mois tant pour les français que pour les étrangers et les absens. L'art. 445 ajoute ensuite, pour les étrangers, le délai des ajournemens fixé par l'art. 73 ; et ce qu'il faut bien remarquer, ce délai n'est pas calculé sur la distance par myriamètres ; il n'est pas proportionnel ; il est fixe et de quatre mois entr'autres pour les états non limitrophes de la France. L'art. 446 ne porte pas non plus une augmentation de délai calculée sur les distances par myriamètres ; il accorde généralement aux absens du territoire de l'empire une année au-delà du délai ordinaire de l'appel. Voilà donc la preuve certaine que les délais ne doivent pas être comptés par myriamètres hors du territoire de l'empire ; et cela justifie suffisamment notre assertion, que l'art. 165 du c. de comm. ne doit pas être appliqué lorsqu'il s'agit de régler le délai dans lequel un habitant du territoire français, doit exercer son recours en garantie contre un étranger, en matière de lettres de change. — Mais si ce n'est pas cet art. 165, ce sont assurément les art. 166. et 167 du c. de comm. qu'il faut appliquer à notre espèce ; et d'après ces articles le recours en garantie de l'intimé a été exercé en tems utile ; et dès-lors la preuve offerte par l'appelant, qu'il y avait provision lors de l'échéance de la lettre de change,

n'est pas recevable, puisque l'art. 170 n'admet cette preuve que lorsque la déchéance est encourue par le porteur ; d'où il résulte que si elle n'est pas encourue, le tireur n'a d'autre voie que son recours personnel contre celui qui n'a pas acquitté la lettre de change, et qu'il est purement et simplement tenu au remboursement envers le porteur.

Cependant, supposons que le recours n'ait pas été exercé en tems utile, la preuve offerte par l'appelant n'en serait pas moins non recevable. Il suffit au porteur que celui sur qui la lettre est tirée ait déclaré au protêt qu'il n'y a pas provision. Le porteur n'a pas besoin d'attaquer cette déclaration en justice pour entreprendre la preuve du contraire ; c'est l'affaire du tireur, et non pas celle du porteur. N'importe que dans l'espèce ce ne soit pas la personne qui devait acquitter la lettre, qui a fait la déclaration qu'il n'y avait pas de fonds ; le protêt a été signifié au domicile réel ; cela suffisait, et la personne qui a fait la déclaration s'est dit associée de la maison ; donc elle avait qualité pour faire sa déclaration, et ce n'était pas au porteur à lui contester cette qualité.

Par conséquent le jugement doit être confirmé au moins par ces motifs, si ce n'est aussi par ceux qu'ont fait valoir les premiers juges.

ARRÊT TEXTUEL.

Attendu 1.^o » en ce qui touche la question de
 » savoir : si le protêt de la lettre de change dont
 » il s'agit a été notifié dans un délai utile à l'ap-
 » pelant, et si l'action en recours est fondée ? que
 » par argument tiré de l'art. 166 du code de
 » commerce, la poursuite des lettres de change
 » tirées de l'étranger et payables en France, lors-

» qu'elles sont protestées, les délais fixés pour
 » les tireur et endosseurs résidans en France,
 » doivent être les mêmes à l'égard de ceux qui
 » résident en pays étranger ;

» Que c'est d'ailleurs un principe reconnu que
 » les droits des parties doivent être les mêmes ;
 » que si l'appelant pourrait se prévaloir du délai
 » de quatre mois, aux termes de l'art. 166 pré-
 » cité, comme résidant dans un des états de
 » l'Europe non limitrophes de la France, pour
 » poursuivre l'intimé, dans le cas où celui-ci
 » aurait été le tireur de la lettre de change dont
 » il s'agit ; par égalité de droit l'intimé a eu un
 » semblable délai pour la notification du protêt
 » de la lettre de change en question à l'appelant
 » comme tireur, et pour le recours en paiement ;
 » Que la solution de la question ci-dessus dis-
 » pense d'examiner celle relative à l'offre de preuve
 » faite par l'appelant, qui ne serait susceptible
 » d'être prise en considération, que dans le cas
 » où le protêt n'aurait pas été notifié au tireur
 » et l'action en recours formée dans un délai
 » utile ;

» D'où il suit que le dispositif du jugement dont
 » est appel, qui a déboutté l'appelant de son op-
 » position à un premier jugement qui l'avait con-
 » damné à payer le montant de la lettre de change
 » dont il s'agit, doit être confirmé ;

Par ces motifs, ~~et~~ » La cour, statuant au fond,
 » et sans s'arrêter ni avoir égard aux moyens,
 » exceptions et offres de preuve de l'appelant,
 » met l'appel au néant avec amende et dépens.

Du 27 juillet 1810. plaidant: MM. RUPPENTHAL
 et ALDENHOVEN.

Jugement interlocutoire. Appel. Délai.
Fin de non recevoir. Créance de juif.
Aveu. Renonciation. Mari. Femme.

(Code de procédure, art. 451. Décret impérial du 17 mars 1808, concernant les créances des juifs, art. 4, 13.)

L'appel d'un jugement interlocutoire est-il recevable après l'expiration de trois mois, à compter du jour de la signification à personne ou domicile, et quoiqu'on n'ait fait ni protestations ni réserves en procédant en exécution d'un pareil jugement ? Résolu, affirmativement.

Le débiteur qui dans un acte notarié, postérieur à la publication du décret impérial du 17 mars 1808, a reconnu la légitimité d'une dette antérieure, et renoncé au bénéfice dudit décret, peut-il néanmoins en exciper contre son créancier juif ? Rés. négativ.

Une pareille reconnaissance et renonciation faite par le mari, peut-elle être opposée à la femme, qui a concouru à contracter la dette ? Rés. affirmativement.

Si l'expérience de tous les siècles a prouvé que les juifs se sont presque généralement livrés à la fraude et à l'usure, et que la ruine de beaucoup de familles, surtout à la campagne, était leur ouvrage ; il n'est malheureusement que trop vrai aussi, qu'il y a des chrétiens qui ne se font pas de scrupule de leur rendre la pareille, tout comme si le souverain, par son décret du 17 mars 1808, entendait repousser la fraude par la fraude, au lieu de venir au secours des débiteurs trompés. D'un

coté on voit des juifs chercher à éluder les effets du décret, pour recueillir les fruits de leur cupidité; de l'autre, des chrétiens qui ne craignent pas de calomnier les intentions du monarque, en regardant son décret comme une abolition des dettes, mêmes légitimes.

Dans ce choc d'intérêts et de passions, il est du devoir du juge d'être impassible comme la loi même; de reprimer la fraude et la chicane, sans distinction des personnes ni des cultes; de protéger le créancier légitime, comme le débiteur trompé, et de faire ensorte que la mesure salutaire prise contre la fraude et l'usure des juifs reçoive son exécution, conformément à l'intention de Sa Majesté, sans dégénérer en un moyen de vexation ou de récrimination. — La cour d'appel n'a jamais perdu de vue ces principes dans les causes qu'elle a eu à juger, et la cause suivante en fournit un nouvel exemple.

Par deux obligations notariées antérieures au 17 mars 1808, les époux Heinrich se reconnurent débiteurs d'une certaine somme envers Isaac Hertz, tant pour argent prêté que pour des fournitures faites en bestiaux et autres articles.

Le 11 may 1808, le mari Heinrich déclara devant Notaire et témoins, que la créance portée par ces deux obligations était légitime; qu'il en avait reçu la valeur sans dol ni fraude, et qu'en conséquence il renonçait formellement aux exceptions établies par le décret impérial du 17 mars 1808, dont il disait avoir une parfaite connaissance.

Les débiteurs n'ayant pas payé, le créancier leur fit signifier les obligations notariées avec commandement d'y satisfaire, et faute par eux

d'y obtempérer, il poursuivit l'expropriation forcée des biens à lui hypothéqués pour sûreté de sa créance. — Il est à remarquer que la plupart des biens hypothéqués proviennent d'acquêts faits par les époux Heinrich pendant leur mariage.

Opposition de la part de l'époux Heinrich, tant en son nom que pour sa femme.

L'opposition portée à la connaissance du tribunal de Simmern, le mari Heinrich se borna à défendre uniquement dans l'intérêt de sa femme; quant à lui personnellement, il ne donna pas suite à l'opposition.

Il prétendit, qu'en général, on ne pouvait pas renoncer au bénéfice du décret impérial du 17 mars 1808; qu'en conséquence la renonciation qu'il avait faite était nulle et inopérante; qu'elle devait être regardée comme une continuation de la fraude du créancier juif exercée envers lui; du moins que cette renonciation ne pouvait pas nuire à sa femme, codébitrice, qui n'y avait pas concouru; et que quant à elle le juif était tenu de prouver qu'il avait fourni la valeur entière et sans fraude, conformément aux dispositions de l'art. 4 du décret susdit.

Le créancier répondit, que son débiteur n'était pas recevable à exciper du bénéfice du décret auquel il avait renoncé volontairement et en pleine connaissance de ses droits; que sa renonciation obligeait la femme aussi bien que lui, puisqu'elle portait sur une dette indivisible; et pour prouver que la valeur avait été fournie entière et sans fraude, il fit usage de l'acte notarié contenant la déclaration du mari, que la créance était légitime.

Mais non obstant ces moyens, le premier juge

prononça que la renonciation faite par le mari ne pouvait pas nuire à la femme qui n'y avait pas concouru ; et par suite de ce principe, il chargea le créancier juif de prouver qu'il avait fourni la valeur entière et sans fraude, sauf la preuve du contraire.

Signification de cet interlocutoire tant à avoué qu'à partie.

En exécution du même interlocutoire, le créancier produisit de rechef l'acte notarié renfermant la déclaration du mari, et, prétendant qu'il remplissait par là la preuve mise à sa charge, il conclut à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'il avait satisfait audit jugement interlocutoire, et que l'opposant fût déboutté de sa demande et condamnée aux dépens.

Sa défense n'eut pas le succès qu'il en attendait; par jugement définitif, il fut donné acte à l'opposant que le créancier n'avait pas rempli le vœu de l'interlocutoire; en conséquence la créance fut déclarée nulle à l'égard de la femme, et les dépens furent compensés.

Appel tant du jugement interlocutoire que du jugement définitif. Cependant les trois mois étaient écoulés à l'égard du jugement interlocutoire, ce qui a donné lieu à une fin de non recevoir de la part de l'intimée contre l'appel de ce dernier jugement.

Il n'en est pas, disait-il, des simples préparatoires comme des jugemens interlocutoires. Les premiers, ne faisant que préparer l'instruction et mettre la cause en état de recevoir une décision, l'appel n'en est permis qu'avec le jugement définitif, art. 451 et 452 du c. de pr. ; les autres préjugant le fond, surtout lorsqu'ils ordonnent, comme

dans l'espèce, une preuve dont dépend la décision de la cause, l'appel en doit nécessairement être interjeté avant l'expiration des trois mois, à dater du jour de la signification à partie ou domicile. L'art. 451 du code de pr. porte, à la vérité, que l'appel en pourra être interjeté avant le jugement définitif, d'où l'on pourrait tirer la conséquence qu'on n'est pas tenu de l'interjeter avant ledit jugement.

Mais il est tout naturel que l'appel ne puisse avoir lieu après le jugement définitif, qu'autant que l'interlocutoire n'ait pas préjugé le fond, ou qu'il n'ait pas été signifié à partie ou domicile plus de trois mois avant l'appel du jugement définitif, ou enfin qu'il n'y ait pas eu d'acquiescement. — Dans le cas particulier, le jugement interlocutoire a préjugé le fond de la cause; il a été signifié à partie, plus de trois mois avant l'appel du jugement définitif; et ce qu'il faut remarquer surtout, il y a eu acquiescement formel de la part de l'appelant, en ce, qu'au lieu de faire des protestations ou réserves contre l'interlocutoire, il a, au contraire, demandé acte de ce qu'il y avait satisfait. Ainsi, l'appel de ce jugement n'est pas recevable, soit par ce qu'il était tardif, soit par ce qu'il y avait acquiescement.

Si l'appel du jugement interlocutoire n'est pas recevable, nul doute que le jugement définitif ne doive être confirmé par la seule raison que le titre par lequel l'appelant a voulu faire la preuve qui lui était imposée, avait déjà été rejeté par le jugement interlocutoire, et qu'il n'a produit ni demandé à produire aucun moyen nouveau de preuve.

Cependant, supposons que l'appel du jugement interlocutoire soit recevable comme celui du juge-

ment définitif, rien de plus aisé que de justifier les deux jugemens.

En combinant les articles 4 et 13 du décret impérial du 17 mars 1808, il en résulte à l'évidence qu'on n'y peut pas renoncer ; car si cette faculté pouvait avoir lieu, les créanciers juifs n'auraient qu'à faire renoncer leur débiteurs, soit dans un acte postérieur, s'il s'agit d'une ancienne créance, soit dans le titre de créance même, s'il s'agit d'une créance nouvelle, pour éluder les effets du décret tant pour le passé que pour l'avenir ; et néanmoins les dispositions de l'art. 4 doivent être appliquées aux unes comme aux autres de ces créances. D'ailleurs ces sortes de renonciations ne peuvent être considérées que comme une continuation de la fraude et de l'usure de la part des juifs, et c'est sans doute la raison qui a dicté l'art. 13 du décret impérial.

Ainsi la renonciation faite par l'époux est nulle et non obligatoire tant à son égard, qu'à l'égard de sa femme. — Mais en admettant même que le mari aurait néanmoins pu renoncer valablement, sa renonciation n'a pas pu nuire à la femme, et les droits de celle-ci sont restés intacts ; elle peut donc exciper du bénéfice du décret pour ce qui regarde l'obligation qu'elle a personnellement contractée envers le créancier.

Le premier juge a par conséquent bien jugé en chargeant l'appelant de prouver, envers la femme, qu'il avait fourni la valeur entière et sans fraude ; il a également bien jugé, en annullant la créance, dans l'intérêt de celle-ci, puisque la déclaration du mari avait déjà été rejetée par le jugement interlocutoire comme insuffisante, et que l'appelant n'avait produit ni témoin, ni titres pour faire la preuve mise à sa charge.

L'appelant a répondu :

— On ne peut se servir contre moi ni de l'expiration du délai des trois mois, ni du prétendu acquiescement pour faire déclarer l'appel du jugement interlocutoire non recevable.

Les termes de l'art. 451 du code de procédure s'opposent à une pareille fin de non recevoir. Cet article porte : » L'appel du jugement interlocutoire » pourra être interjeté avant le jugement définitif. « S'il peut être interjeté avant, il ne doit donc pas l'être ; au contraire, et à juger des expressions de la loi, il semble, que dans la règle ordinaire il ne doit être interjeté qu'avec l'appel du jugement définitif. C'est donc une pure faculté. Or, que deviendrait cette faculté, si la signification du jugement interlocutoire, faite avant le jugement définitif, pouvait faire courir le délai d'appel, et si l'interlocutoire pouvait passer en force de chose jugée avant la prononciation du jugement définitif ? Elle serait illusoire, de même qu'elle le serait si l'exécution de l'interlocutoire pouvait être considérée comme un acquiescement formel. — Ainsi, par cela seul que l'art. 451 du code de pr. permet implicitement d'appeler d'un jugement interlocutoire avec le jugement définitif, et qu'il ne modifie ni ne restreint cette faculté, il est démontré qu'il n'y a ni expiration de délai ni acquiescement à opposer ; que les protestations et réserves, en plaidant en exécution du jugement interlocutoire, sont de droit, et que mon appel est recevable.

— Reste donc à examiner le bien ou le mal jugé de cet interlocutoire. L'intimé prétend qu'on ne peut pas renoncer au bénéfice du décret impérial du 17 mars 1808, et il cherche à justifier cette thèse par les dispositions des art. 4 et 13 dudit décret.

Personne ne contestera sans doute que le décret de sa Majesté ne soit une faveur particulière accordée aux débiteurs des juifs, et que ce décret ne concerne pas le droit public. Or, d'après la loi *penult. Cod. de pactis*, il est de principe incontestable: *Quemlibet favori pro se introducto renuntiare posse*, à moins qu'on ne se trouve dans un cas d'incapacité prononcée par la loi. — L'argument qu'on a tiré de la combinaison des art. 4 et 13 du décret, ne prouve pas que le Souverain ait entendu déroger à ce principe du droit. Il résulte seulement des dispositions de ces articles, que les créances consenties sous leur empire, lorsqu'elles sont fondées sur des titres du nombre de ceux énoncés dans l'art. 4, et par leur nature présumées entachés d'usure et de fraude, doivent être soumises aux mêmes exceptions que celles contractées antérieurement au décret.

Le raisonnement de l'intimé serait juste, et il serait à craindre, peut être, que les juifs ne parvinssent à éluder les dispositions du décret pour ce qui regarde les créances de l'avenir, si l'on considérait comme valable une renonciation faite par le débiteur dans le titre de créance même. Mais ce n'est pas de quoi il s'agit; et quel motif raisonnable existe-il pour laisser participer un débiteur au bénéfice du décret, lorsqu'au lieu de faire usage du remède qu'il lui offre, il reconnaît de nouveau que sa dette est sincère; que la valeur lui en a été fournie entière et sans fraude, et qu'il renonce à la faveur que le décret lui accorde? — Est-il à présumer qu'un tel débiteur soit trompé? Non certainement.

Nul doute donc que le mari de l'intimé n'ait pu valablement renoncer au décret impérial.

Examinons maintenant , si sa déclaration peut être opposée à sa femme codébitrice.

Si la déclaration du mari ne contenait rien qu'une renonciation au bénéfice du décret , on pourrait, peut être , dire qu'il ne pouvait pas préjudicier aux droits personnels de sa femme. Mais le mari a déclaré que la dette était légitime ; que le créancier en avait fourni la valeur. Dès-lors sa renonciation au bénéfice du décret était une conséquence nécessaire et forcée de la reconnaissance de la dette ; le décret aurait cessé d'être applicable à l'espèce , quand même la renonciation n'eût pas été faite en termes exprès.

La femme n'attaque pas la reconnaissance faite par le mari de la légitimité de la dette ; elle attaque seulement sa renonciation. Et comment pourrait elle aussi dire le contraire de ce que son mari a déclaré , elle , qui s'est obligée sous l'autorité de son mari , et qui ne pouvait même s'obliger autrement. Le même fait indivisible peut-il être vrai et faux ? Le mari reconnaît que les sommes pour lesquelles il s'est obligé conjointement avec sa femme , ont été fournies entières et sans fraude : la femme ne dit pas le contraire : elle veut seulement que le juif justifie la vérité de ce fait à son égard. Mais ne fournit-il pas cette preuve par la déclaration du mari , qui est chef et administrateur ? Ces considérations auraient du déterminer les premiers juges à déclarer la femme non recevable en sa demande ; et s'il avaient cru que c'était néanmoins au créancier à prouver que la valeur avait été fournie entière et sans fraude , il auraient du regarder la déclaration du mari contenue dans l'acte notarié du 11 mai 1808 comme une preuve suffissante de ce fait.

ARRÊT :

» Attendu, 1.^o en ce qui touche la fin de non
 » recevoir relative à l'appel du jugement du 4
 » janvier dernier ; qu'il est à remarquer que la se-
 » conde disposition de l'art. 451 du code de pr.,
 » en ce qui a rapport aux jugemens interlocu-
 » toires, n'apporte à la première disposition du
 » même article, qui veut que le délai de l'appel,
 » en ce qui concerne les jugemens préparatoires,
 » ne coure que du jour de la signification du
 » jugement définitif, d'autre modification qu'une
 » faculté d'interjeter appel auparavant ce dernier
 » jugement ; d'où il s'infère, que lorsqu'on n'a pas
 » fait usage de cette faculté, le délai pour inter-
 » jeter appel ne commence que du jour de la sig-
 » nification du jugement définitif, tant contre ce
 » jugement que contre tout ce qui a précédé, soit
 » que les jugemens interlocutoires aient été exé-
 » cutés ou ne l'aient pas été ; qu'il n'y a donc pas
 » lieu de s'arrêter à ladite fin de non recevoir. (*)
 » 2.^o » Quant au fond, que la réclamation de
 » Martin Heinrich n'étant que dans l'intérêt de
 » son épouse, celui-ci ayant reconnu par acte
 » notarié du 11 mai 1808, que toutes les sommes
 » portées par des actes antérieurs au décret du 17
 » mars de la même année, relatif aux créances des
 » juifs, ainsi que les intérêts à cinq pour cent,
 » étaient légitimement dus ; et que les sommes
 » principales avaient été fournies par le père et
 » les tuteurs des mineurs de l'appelant, sans fraude
 » et sans usure, avec renonciation à toutes excep-

(*) Par arrêt du 9 mai 1810, plaidant M. M. GEOR-
 GEL et RUPPENTHAL, cette question a été décidée dans
 le même sens ; de manière qu'on peut regarder la juris-
 prudence de la cour comme constante sur ce point.

» tions contraires, comme à tous bénéfiques résultans
 » du décret précité du 17 mars, il en résulte que
 » l'épouse dudit Heinrich ne peut réclamer contre
 » cette renonciation, soit parcequ'il se tait lui
 » même pour ce qui le concerne personnellement,
 » d'où il s'infère qu'il maintient à son égard la-
 » dite renonciation, soit parceque comme chef et
 » maître de la communauté, son épouse n'a aucun
 » droit pour contester les dettes qui peuvent être
 » à la charge de la dite communauté, et tant qu'elle
 » subsiste; que le jugement définitif du 22 mars
 » dernier, ayant par opposition à ces principes,
 » accueilli les conclusions de l'intimé tendantes à
 » l'annulation des titres de créance des mineurs
 » de l'appelant est susceptible d'être réformé.

3.° » Que sous les rapports ci-dessus, il n'y
 » a pas lieu non plus à s'arrêter à l'appel incident,
 » en ce qui regarde les dépens de première ins-
 » tance.

Par ces motifs. — » La cour, sans s'arrêter à
 » la fin de non recevoir opposée par l'intimé, non
 » plus qu'à son appel incident, statuant au prin-
 » cipal, met l'appellation et ce dont est appel au
 » néant, émendant, déboute l'intimé de son op-
 » position à l'exécution de l'acte notarié du 11
 » mai 1808, ordonne en conséquence que les pour-
 » suites commencées seront continuées, et con-
 » damne l'intimé aux dépens de la cause d'appel;
 » ceux de première instance restant compensés.

Du 1.^{er} août 1810. plaidant: MM. ALDENHOVEN
 et RUPPENTHAL, l'ainé.

Arrêts par défaut. Signification. Délai.
 Avoué. Domicile. Saisie. Exécution. In-
 terlocutoire. Jugement par défaut réputé
 contradictoire. Appel.

(Code de pr. art. 156. 157. 158. 159. 161. 162. 142.
 343. 443. 1033.)

REMARQUES GÉNÉRALES SUR LES JUGEMENS PAR DÉFAUT.

Si le nouveau code de procédure a un avantage réel sur l'ordonnance de 1667, c'est celui que le législateur y a pris toutes les précautions imaginables pour prévenir la fraude et les surprises dans l'obtention et l'exécution des jugemens par défaut.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, il pouvait arriver qu'un jugement par défaut passât en force de chose jugée, sans que la partie condamnée eût seulement connaissance de son existence. Par ex. si la partie assignée était absente au moment de la signification de la citation, ou si l'huissier chargé de l'assigner était assez peu délicat pour certifier une assignation qu'il n'avait pas réellement donnée, le jugement intervenait sans que le défaillant connût la demande formée contre lui, par ce qu'on le supposait valablement assigné; et si, après le jugement ainsi rendu, l'huissier chargé de le signifier se permettait dans cette signification la même infidélité qui aurait été commise dans la notification de la citation, il pouvait se faire que les délais d'opposition et d'appel s'écoulassent, et que le défaillant ne reçût connaissance de la condam-

nation prononcée contre lui que lorsqu'il n'avait plus le moyen de la faire reformer. On appelait cela : *souffler des exploits*, ce qui dans l'ancienne pratique, voulait dire, n'en point donner de signification aux parties, ni à leurs procureurs.

Cet horrible abus avait excité trop de plaintes, et fait trop de victimes, pour que les rédacteurs du nouveau code de procédure n'eussent pas du songer sérieusement à le faire disparaître pour l'avenir.

Et en effet, les mesures qu'il ont prises à cet égard sont si efficaces, qu'il est absolument impossible que le mal se renouvelle ; car quoiqu'il arrive de l'assignation et même de la signification du jugement, la partie condamnée par défaut doit en acquérir la connaissance avant l'expiration des délais d'opposition et d'appel, et ce ne peut être que sa faute si le jugement passe en force de chose jugée.

De deux choses l'une : ou la partie a un avoué, ou elle n'en a point.

Si elle a un avoué, le jugement par défaut rendu contre elle doit être signifié à cet avoué, et l'opposition peut être formée dans la huitaine de cette signification par une requête d'avoué à avoué, contenant les moyens d'opposition. Si l'opposition est formée d'une autre manière, ou après le délai de huitaine, elle est non recevable. Mais à quelque époque que le jugement ait été signifié, il ne peut être mis à exécution avant l'expiration de la huitaine, à dater de cette signification, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par le juge. Art. 155. 157. 160. 161. du code de pr.

De ces dispositions, il résulte 1.^o que si le défaillant a un avoué, c'est la signification du ju-

gement par défaut faite à avoué qui fait courir les délais d'opposition et d'appel, parceque le délai d'appel commence à courir du jour où l'opposition n'est plus recevable, art. 443 du code de procéd. 2.^o Que si l'avoué a négligé de faire opposition, dans le délai et dans la forme ci-dessus prescrits, le jugement devient définitif et ne peut plus être attaqué que par appel, s'il est intervenu dans une matière où le juge ne pouvait prononcer qu'en premier ressort, et 3.^o qu'il passe en force de chose jugée, s'il a été rendu sur appel, ou dans une matière dont le juge pouvait connaître en dernier ressort.

La loi n'a pas pu faire plus en faveur de la partie qui a un avoué. Si l'avoué néglige ses devoirs ou trahit les intérêts de sa partie, il ne reste à celle-ci que de se repentir du mauvais choix qu'elle a fait, ou d'actionner en dommages intérêts l'avoué qui a abusé de sa confiance.

Il en est tout autrement, et la loi a pris beaucoup plus de précautions pour le cas où le jugement par défaut est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué.

Les jugemens ou arrêts par défaut, rendus contre une partie n'ayant pas d'avoué, ne peuvent pas non plus être mis à exécution avant l'expiration de la huitaine à dater du jour de leur signification, à moins que le contraire ne soit expressement ordonné par le juge, ainsi que cela est prescrit par l'art. 155, pour les jugemens par défaut rendus contre les parties munies d'avoués; mais la signification du jugement doit se faire dans le premier cas à partie ou domicile, et n'est pas confiée à un huissier du choix de la partie adverse; au contraire, c'est le tribunal qui a rendu le jugement qui doit

commettre un huissier pour en faire la signification, ou elle doit être faite par un huissier nommé par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné. Art. 155. 156. du code de pr.

Il y a plus, tout arrêt ou jugement par défaut, rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, doit être exécuté dans les six mois de son obtention, autrement il est regardé comme non venu. Art. 156. *ibid.*

Si ces formalités sont remplies avec exactitude, il est presque impossible que le défaillant ignore l'existence du jugement contre lui rendu; mais la sollicitude du législateur s'est étendue plus loin.

Tandis que dans le cas où la partie a un avoué, l'opposition n'est recevable qu'autant qu'elle a été formée dans la huitaine et de la manière qu'il vient d'être dit, elle peut être faite jusqu'à l'exécution même du jugement, si la partie n'a pas d'avoué; et remarquons bien, que pour ôter toute difficulté sur le sens du mot exécution, la loi ajoute que le jugement n'est réputé exécuté qu'après que les meubles saisis ont été vendues, ou que le condamné a été emprisonné ou recommandé, ou que la saisie d'un ou de plusieurs biens immeubles lui a été notifiée, ou que les frais ont été payés, ou enfin lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante. Art. 158. 159. *ib.*

Enfin si le défaillant pourvu d'un avoué n'a qu'une seule voix pour s'opposer au jugement par défaut, c'est-à-dire, la requête d'avoué à avoué, le défaillant sans avoué en a deux, dont il peut se servir successivement, savoir: l'opposition extrajudiciaire et la requête. Le législateur a, sans doute, prévu que s'il ne donnait au défaillant qui

n'a pas d'avoué que le moyen de la requête, il serait à craindre que la partie qui a obtenu le jugement n'en pressât l'exécution au point, qu'en attendant que la partie condamnée eût trouvé un avoué et un huissier pour faire rédiger et signifier cette requête, le délai d'opposition n'expirât par cette exécution précipitée du jugement; c'est pourquoi il a permis au défaillant d'en arrêter l'exécution par un simple acte extrajudiciaire, ou par déclaration sur les commandemens, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou surtout autre acte d'exécution; et voulu que l'opposition ainsi formée fût recevable pourvu que, dans la huitaine, le défaillant la réitérât par requête avec constitution d'avoué; passé lequel délai seulement, et à défaut de requête signifiée, l'exécution du jugement pourrait être continuée sans qu'il fût besoin de le faire ordonner. Art. 162. *ibid.*

Ces dispositions paraissent si claires et si précises qu'elles semblent exclure toute interprétation, et ne laisser aucune matière à chicane; néanmoins l'expérience que leur application a fournie jusqu'à présent démontre le contraire, et justifie la vérité depuis longtems reconnue, que la sagesse humaine ne peut pas prévoir tous les cas, beaucoup moins les prévenir.

Les questions que la cour a eu à décider sur cette matière ne présentent pas toutes le même degré d'intérêt; cependant comme il s'agit de fixer le sens d'une nouvelle législation sur un point important de procédure, il ne peut pas être indifférent aux praticiens, surtout à ceux du ressort de la cour, de connaître la jurisprudence qu'elle a adoptée, puisque c'est de la connaissance de cette jurisprudence et du soin de s'y conformer que peut souvent

dépendre le sort des causes qu'ils sont chargés de défendre.

Suffit il que le défaillant ait constitué avoué dans l'exploit d'assignation ou dans l'acte d'appel, pour que le jugement par défaut ne soit pas dans le cas de lui être signifié à personne ou domicile ?
Résolu négativement.

Pour soutenir que la seule constitution d'avoué faite dans l'exploit d'assignation ou dans l'acte d'appel suffit pour dispenser le jugement par défaut de la signification à personne ou domicile, on s'étaye des art. 155. et 156 du code de procéd.

Ces articles portent à la vérité, le premier: *s'il n'y a pas eu constitution d'avoué*, et l'autre: *si la partie n'a pas constitué avoué*, la signification du jugement par défaut doit être faite à personne ou domicile et par un huissier commis; d'où l'on infère que, si l'assignation ou l'acte d'appel contient constitution d'avoué, c'est à cet avoué, et non à la partie, que le jugement par défaut doit être signifié, quoique l'avoué constitué ne veuille pas se charger de la cause.

Mais bien que cette opinion soit soutenable en s'en tenant strictement aux expressions des art. 155. et 156, elle résiste néanmoins à l'intention du législateur, et même aux termes des art. 157. et 158.

Certes le législateur a supposé que l'avoué constitué accepterait la constitution, et qu'ainsi la partie aurait réellement un avoué. Aussi longtems que l'avoué n'a pas accepté, on ne peut pas dire que la partie en ait un; et cependant l'art. 157 veut, qu'elle ait un avoué, pour que la signification du jugement par défaut puisse être faite à avoué, et

l'art. 158 dit que, si le jugement est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement.

D'ailleurs le système contraire aurait pour résultat que les jugemens par défaut rendus contre les demandeurs et contre les appelans ne seraient jamais soumis à une signification à personne ou domicile, puisqu'aux termes des art. 61. et 456 du code de pr. les assignations et les actes d'appel doivent tous contenir constitution d'avoué à peine de nullité. Ce ne seraient donc que les seuls défendeurs et intimés qui profiteraient du bénéfice de la loi ; les demandeurs et appelans n'en pourraient faire qu'un usage illusoire, c'est-à-dire alors seulement que leurs assignations ou actes d'appel seraient nuls, pour ne pas contenir une constitution d'avoué. Cependant l'art. 156 du code de proc. ne distingue pas ; ses dispositions sont par conséquent applicables aux demandeurs et appelans aussi bien qu'aux défendeurs et intimés, et il suit de là que la seule constitution d'avoué insérée dans l'assignation ou dans l'acte d'appel ne suffit pas pour faire considérer le demandeur ou l'appelant comme ayant un avoué, et qu'il faut pour cela que l'acceptation de l'avoué accède à cette constitution.

Ces considérations, et surtout les inconveniens majeurs que présenterait une marche contraire, ont déterminé la cour à ordonner la signification des arrêts par défaut à personne ou domicile, et par un huissier commis, chaque fois qu'il n'appert pas de l'acceptation de l'avoué constitué dans l'assignation ou l'acte d'appel.

Cette jurisprudence, dont elle ne s'est jamais écartée, est aussi celle de plusieurs autres cours, notamment de celles de Nîmes, Limoges et Colmar.

Voyez le *Journal de Sirey*. An 1809. décis. div. p. 156. 213. et 214.

La requête d'opposition à un jugement par défaut, rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, peut-elle être signifiée à partie ou domicile ? Rés. affirmat.

Un jugement par défaut est-il réputé exécuté, dans le sens de l'art. 159 du code de procéd., lorsque après l'avoir signifié à partie, on a fait procéder à une radiation d'hypothèque qu'il ordonnait, sans qu'il conste que le défaillant ait été appelé à cette opération ou qu'on l'ait averti du jour auquel il y serait procédé ? Résol. négat.

L'opposition formée par le défaillant après une pareille exécution du jugement, mais au moment même où il en a acquis la connaissance, est-elle recevable ? Résol. affirmativ.

Les époux Neckerauer de Weissenheim aux sables, débiteurs de N. N. Naum, juif, domicilié à Mannheim, pays limitrophe de la France, en vertu d'une obligation notariée passée en France, voulant profiter, contre leur créancier, du bénéfice du décret impérial du 17 mars 1808, concernant les créances des juifs, lui firent signifier l'obligation notariée avec assignation de comparaître, dans le délai de deux mois, devant le tribunal de première instance de Spire, à l'effet de se voir condamner à faire la preuve ordonnée par l'art. 4 dudit décret, si non, entendre prononcer la nullité du titre de créance et de l'inscription hypothécaire prise en vertu d'icelui; en conséquence voir ordonner que, sur le vu du jugement à intervenir, cette inscription hypothécaire serait rayée par le conservateur des hypothèques de Spire etc.

Cette signification fut faite au domicile du pro-

cureur-impérial du tribunal de Spire, conformément aux dispositions de l'art. 69 du code de pr.

Le 9 mars 1809, environ trois mois après l'assignation, jugement par défaut contre le créancier, qui n'avait pas constitué avoué, lequel annule l'obligation et ordonne la radiation de l'inscription hypothécaire.

Le 17 mars suivant, signification de ce jugement, par un huissier commis, au domicile du procureur-impérial.

Le 8 août de la même année, radiation de l'inscription hypothécaire. — Il n'existe point d'acte qui constate que le défaillant ait été appelé à cette radiation, ni qu'il en ait été averti soit avant soit après.

Le 4 décembre même année seulement, le créancier forma opposition par requête.

Dans cette requête, signée d'un avoué, le défaillant expose entr'autres, que l'assignation à comparaitre devant le tribunal de Spire, ne lui avait été notifiée, par les autorités locales de son domicile, que le 15 mars 1809, quatre jours après que le jugement par défaut avait déjà été rendu; que ce jugement ne lui avait été signifié que dans le courant d'octobre par les mêmes autorités, et que cependant les conjoints Neckerauer avaient déjà, le 8 août précédent, fait procéder à la radiation de l'inscription hypothécaire. Il entre ensuite dans le détail des faits, et finit par demander à être reçu opposant au jugement par défaut, et à prouver qu'il avait fourni, entière et sans fraude, la valeur exprimée dans le titre de créance; et qu'en attendant la décision finale, l'inscription hypothécaire soit rétablie.

Cette requête ne fut pas signifiée à avoué; le

défaillant se borna à une signification à partie, conçue dans les termes suivans : *signifié et laissé copie des actes ci-dessus et de mon présent exploit aux conjoints Neckerauer, cultivateurs demeurans à Weissenheim, en parlant à leur fille.* L'exploit porte bien la date du 4 décembre 1809, mais n'exprime pas le lieu où il a été signifié.

Le 28 mars 1810 jugement contradictoire qui, regardant le jugement par défaut comme passé en force de chose jugée, déclare l'opposant non recevable dans son opposition, et le condamne aux dépens.

Il est à remarquer que les conjoints Neckerauer n'attaquèrent pas la forme de la signification de la requête d'opposition ; au contraire, dans le fait inséré au jugement définitif, on reconnaît que cette signification avait été faite au domicile desdits conjoints ; et comme c'est ordinairement l'avoué qui lève le jugement qui rédige aussi les qualités, il est présumable que cette reconnaissance est l'ouvrage de l'avoué des conjoints Neckerauer.

Appel de la part du créancier.

La discussion de la cause était d'autant plus intéressante, qu'elle présentait à examiner des questions absolument neuves.

On soutenait d'abord, que la requête d'opposition ne pouvait être signifiée à personne ou domicile ; quelle devait l'être à avoué. En second lieu, que dans la supposition même qu'elle put être signifiée à partie ou domicile, la signification serait nulle, parcequ'elle n'énonce pas que l'huissier s'était réellement transporté au domicile des époux Neckerauer, et que c'était à ce domicile qu'il avait parlé à leur fille ; en troisième

lien, que l'opposition avait été faite tardivement, parceque le jugement par défaut avait déjà été exécuté, et que l'opposant avait connaissance de cette exécution ; en quatrième et dernier lieu, que la requête était nulle, pour n'être pas motivée.

Relativement au premier point, on a dit :

L'art. 162 du code de procédure exige, que la requête en opposition contienne constitution d'avoué et qu'elle soit signifiée dans la huitaine, à peine de n'être plus recevable. — L'article ne dit pas, à la vérité, où la requête doit être signifiée ; mais il est sensible qu'elle ne peut l'être valablement qu'au domicile de l'avoué qui représente la partie adverse, d'autant plus qu'une requête ne se signifie pas de partie à partie, étant un simple acte d'avoué à avoué, ainsi que cela résulte clairement de l'art. 160 et du second Alinéa de l'art. 162 du code de proc. Donc il faut interpréter l'art. 162 par l'art. 160.

A ce raisonnement on répondait :

L'art. 160 n'est pas applicable à l'espèce ; il ne règle la signification de la requête d'opposition que pour le cas où le jugement par défaut est intervenu contre une partie qui avait un avoué, l'appelant n'avait pas d'avoué ; par conséquent c'est l'art. 162 qu'on doit lui appliquer. Ce dernier article ne dit pas que la requête doive être signifiée à avoué ; il est muet sur la personne à laquelle cette signification doit être faite. Ce silence est une preuve certaine que le législateur n'a pas voulu qu'elle fût aussi signifiée d'avoué à avoué, sans cela il l'aurait dit expressément, comme il l'a dit dans l'art. 160. Cet art. 160 est donc une exception à la règle générale, qui ne doit être appliquée qu'au cas pour lequel elle est faite. Ainsi la requête a pu être valable-

ment signifiée à partie ou domicile ; et on ne saurait annuler cette signification, sans créer une nullité que la loi ne prononce pas. — La requête contient constitution d'avoué, elle a été notifiée en tems utile ; voilà tout ce que l'art. 162 exige pour quelle soit recevable.

Relativement au deuxième point, on a observé qu'on n'avait pas argué l'exploit de signification de nullité devant les premiers juges ; qu'on y avait reconnu, au contraire, que la requête d'opposition avait été signifiée à domicile ; et qu'en supposant même que ce moyen put être pour la première fois proposé en appel, l'exploit du 4. décembre 1809, prouvait suffisamment que c'était au domicile réel des intimés que l'huissier avait signifié la requête, en parlant à leur fille, quoiqu'il eût pu s'exprimer plus positivement.

Le troisième point était d'une discussion plus ardue.

L'opposition, porte l'article 158 du code de pr., sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement.

L'article 159 répute le jugement exécuté, entre autres, lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante.

Dans l'espèce, disait-on, et à l'époque de l'opposition formée, l'appelant avait connaissance de l'exécution du jugement opérée par la radiation de l'inscription hypothécaire ; car il ne convient pas seulement dans sa requête, qu'il connaissait l'existence du jugement avant d'avoir reçu l'exploit d'assignation, mais il y déclare de plus, que pendant qu'il attendait la signification dudit jugement par défaut, qu'il dit n'avoir reçue que le 9 octobre 1809, les conjoints Neckerauer avaient déjà, le 8 août précédent, fait procéder à la radiation de l'hypothèque.—

Si d'après cette déclaration , il avait connaissance de l'exécution au moment où il a formé l'opposition , et même quelques mois auparavant , cette opposition est donc tardive et non recevable , puisque pour quelle le soit , il suffit aux termes de l'art. 159 , que le défaillant ait eu connaissance de l'exécution du jugement. Après l'exécution l'opposition n'est plus admissible ; elle ne l'est que jusqu'à l'exécution , art. 158. D'ailleurs Mannheim , domicile de l'appelant , n'étant éloigné que de quatre lieues de Spire , il était impossible qu'il ignorât ce qui s'était passé à son égard. Le jugement le menaçait de la radiation de son hypothèque : il lui était signifié : il ne fallait donc plus l'appeler pour assister à cette radiation : il devait croire qu'on y procéderait avant l'expiration des six mois à dater du jour du jugement , après laquelle celui-ci aurait été regardé comme non venu. Les six mois étaient éconlés depuis long tems à l'époque du 4 décembre 1809 , et c'est par conséquent par sa propre faute qu'il a encouru la déchéance.

Quelques fortes que soient ces raisons , on a néanmoins pensé qu'elles conduiraient trop loin , et qu'en appliquant la loi dans ce sens , elle ne serait souvent qu'un piège , en ce que d'une main elle offrirait au défaillant un remède qu'elle lui ravirait de l'autre.

Il suffit sans doute que le défaillant ait connu l'exécution du jugement , pour qu'une opposition formée après cette connaissance , ne soit plus recevable. — Mais quelle connaissance la loi exige-t-elle ? Les exemples posés dans l'article 159 nous l'expliquent. » Lorsque les meubles saisis ont été vendus , (dit-il) ou que le condamné a été emprisonné ou recommandé , ou que la saisie d'un ou de

plusieurs de ses immeubles lui a été notifié, ou que les frais ont été payés, ou enfin lorsqu'il existe quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante, « l'opposition n'est plus recevable. Elle est donc encore recevable un moment avant la vente des meubles ou la notification de la saisie des immeubles etc. Or, si l'on consulte les titres du code de proc. relatifs aux saisies exécutions, mobilières et immobilières, on trouve qu'il y a bien des délais à observer et des significations à faire avant de pouvoir procéder à la vente des meubles ou notifier la saisie des immeubles.

Delà il résulte que la connaissance de l'exécution du jugement que la loi exige, suppose, outre la signification, une série de fait ou de formalités préliminaires constituant un commencement d'exécution, également connu de la partie condamnée. Mais l'exécution qui s'opère par un seul acte, sans aucune procédure préliminaire que la simple signification du jugement, telle p. ex. qu'une radiation d'hypothèque, peut rester ignorée du défaillant; et vouloir prétendre qu'il ne puisse plus s'opposer au jugement, s'il ne l'a pas fait avant d'avoir acquis la connaissance de son exécution par la radiation d'hypothèque, ce serait, ou le forcer de former opposition dans la huitaine même du jour de la signification du jugement, ce qui serait contraire à l'art. 158 du code de procéd., ou le rendre victime de la ruse de sa partie adverse, qui, pour le frustrer du bénéfice de l'opposition, ferait exécuter le jugement à son insu et au moment même de l'expiration de la huitaine, et l'en instruirait ensuite pour pouvoir lui opposer la connaissance qu'il lui aurait donnée de cette exécution furtive. —

Delà nul doute que l'opposition formée au moment où le défaillant vient d'acquérir la connaissance de l'exécution du jugement ne soit recevable. Dans l'espèce, il n'existait pas d'acte duquel il résultait que l'appelant eût connu la radiation de son inscription hypothécaire avant le 4 décembre 1809, époque de sa requête en opposition; et des termes de cette requête on ne pouvait pas induire que cette connaissance lui fût parvenue plutôt; car de ce que le 4 décembre, l'appelant disait que le jugement ne lui avait été réellement signifié que le 9 octobre, et que le 8 août précédent les intimés avaient déjà procédé à la radiation d'hypothèque, on ne pouvait pas absolument conclure que le fait de cette radiation lui eût déjà été connu antérieurement au tems où il en a parlé, attendu surtout qu'il ne précisait pas l'époque où il en avait eu connoissance pour la première fois, mais seulement celle où le fait s'était passé.

Le quatrième point se trouve suffisamment développé dans les motifs de l'arrêt intervenu, dont je donne la teneur textuelle :

ARRÊT :

» Attendu qu'aux termes des articles 158 et 159
 » du code de procéd., l'opposition à un jugement
 » par défaut, rendu contre une partie n'ayant pas
 » d'avoué, est recevable jusqu'à l'exécution du
 » jugement, et celui-ci n'est réputé exécuté que
 » lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte né-
 » cessairement que cette exécution a été connue de
 » la partie défaillante; d'où il s'infère qu'une op-
 » position formée au moment où le défaillant a
 » acquis la connaissance de l'exécution du juge-
 » ment est faite en tems utile, et doit être reçue.
 » Attendu que dans l'espèce le jugement par

» défaut a été rendu contre l'appelant qui n'avait
 » pas d'avoué; que l'inscription hypothécaire a été
 » rayée sans qu'on l'y eût appelé ou qu'il eût été
 » averti du jour où l'on procéderait à cette ra-
 » diation, et qu'il a formé son opposition aussitôt
 » que la radiation de l'inscription hypothécaire
 » est parvenue à sa connaissance; du moins qu'il
 » n'existe aucun acte qui constate qu'il ait eu
 » cette connaissance avant l'époque où il a fait
 » signifier sa requête; d'où il suit que les premiers
 » juges ne devaient pas considérer le jugement
 » comme passé en force de chose jugée, et qu'il
 » devaient recevoir l'opposition de l'appelant.

» Attendu que la signification de la requête d'op-
 » position d'avoué à avoué n'étant prescrite que
 » pour le cas où le jugement par défaut est rendu
 » contre une partie ayant un avoué, il en résulte
 » que dans le cas contraire cette signification peut
 » être faite à partie ou domicile; d'autant plus
 » que l'article 162 du code de procédure exige
 » seulement une requête d'opposition avec consti-
 » tution d'avoué, sans rien disposer sur la signi-
 » fication de cette requête, ce qui annonce assez
 » que le législateur n'a pas entendu la soumettre
 » absolument à la forme prescrite par l'art. 158,
 » et qu'ainsi ce serait ajouter à la loi et créer une
 » nullité qu'elle ne prononce pas que d'annuler la
 » requête d'opposition dont il s'agit.

» Attendu que bien qu'il soit hors de doute que
 » cette signification à partie ou domicile doit être
 » faite conformément aux dispositions de l'art. 68
 » du code de procédure, et que l'exploit portant
 » signification de la requête d'opposition de l'ap-
 » pelant ne semble pas être parfaitement conforme
 » aux dites dispositions; néanmoins, comme on a

» reconnu dans le fait inseré au jugement dont est
 » appel, que cette requête a été signifiée à domi-
 » cile, et qu'il n'y a ni réclamation ni opposition
 » aux qualités renfermant cette reconnaissance,
 » il en résulte que les intimés ne peuvent pas faire
 » valoir une nullité qu'ils ont couverte par le fait
 » de la dite reconnaissance.

» Attendu enfin que la requête d'opposition de
 » l'appelant contenant un exposé de faits qui ren-
 » ferment ses moyens de défense, elle est par cela
 » même suffisamment motivée.

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter
 » aux exceptions des intimés, dont ils sont dé-
 » bouttés, ordonne qu'il sera plaidé au fond, et
 » condamne les intimés aux dépens de l'incident.

Du 10 août 1810. Plaidant M. M. ALDENHOVEN
 et RUPPENTHAL.

*Un jugement rendu par défaut, faute de plai-
 der, est-il à considérer comme contradictoire, s'il
 a été respectivement pris des conclusions au fond,
 dans une des audiences précédentes ? Rés. affirm.*

*Est-il à régarder comme contradictoire alors
 même que sur les conclusions originaires il était
 intervenu un jugement interlocutoire, et que ce
 n'était que faute de plaider sur l'exécution de cet
 interlocutoire que le fond a été jugé ? Rés. affirm.*

*Un tel jugement par défaut doit-il être signifié
 à partie ou domicile pour faire courir le délai de
 l'appel ? Rés. affirmat.*

Louis Hoffmann, quoique condamné par un
 jugement arbitral rendu en dernier ressort avant
 la publication du décret impérial du 17 mars 1808,

concernant les créances des juifs, crut néanmoins pouvoir exciper du bénéfice de ce décret contre les héritiers de Kieve Abraham son créancier. Il les fit citer devant le tribunal de Kayserslautern, à l'effet d'entendre prononcer la nullité de leur créance, faute par leur auteur de lui avoir fourni la valeur entière et sans fraude; en conséquence voir ordonner la radiation de l'inscription hypothécaire existante sur ses biens pour sûreté de la dite créance.

Les héritiers du créancier excipèrent de la chose jugée résultant du jugement arbitral, et conclurent à ce que le demandeur fût déclaré non recevable en sa demande et condamné aux dépens. (°)

5

(*) D'après la jurisprudence constante de la cour, les créances de juifs fondées sur la force de la chose jugée, ne sont pas soumises aux dispositions du décret impérial. La cour n'accorde pas seulement cet effet aux jugemens ordinaires rendus en dernier ressort ou passés en force de chose jugée, mais aussi aux sentences arbitrales de cette nature.

On avait prétendu qu'un jugement arbitral qui n'avait fait qu'adjudger ce sur quoi les parties étaient d'accord, ne devait pas être regardé comme un jugement, mais comme une simple transaction soumise aux dispositions du décret du 17 mars 1808. Mais la cour a proscrit ce système, en décidant, par arrêt du 13 novembre 1809, qu'une pareille sentence arbitrale ne laisse pas de présenter le caractère d'un vrai jugement, auquel on doit attribuer l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il est rendu sans appel ou passé en force de chose jugée. Cette décision est conforme au principe enseigné par Mr. MERLIN dans son *Répert. univ. de Jurisprudence*. ART. jugement où il dit: » Une condamnation volontaire n'est pas à regarder proprement » comme un jugement, mais plutôt comme une transaction; et une pareille condamnation n'a l'autorité

Le tribunal, considérant que les sentences arbitrales s'obtiennent avec facilité, surtout dans quelques justices de paix, et qu'en leur attribuant le même effet qu'aux jugemens ordinaires, les juifs pourraient facilement parvenir à éluder les dispositions du décret impérial ;

Que dans l'espèce, les parties avaient été d'accord sur la légitimité de la dette, et que le juge de paix, arbitre, n'avait fait que fixer les délais de paiement, ce qui le constituait plutôt arbitrateur ou amiable compositeur que juge, vu qu'à l'époque de la sentence aucune loi n'autorisait les juges à accorder des délais de paiement ;

Déclara, par ces motifs, que la sentence arbitrale ne pouvait pas être regardée comme un vrai jugement ; en conséquence, et sans s'arrêter à l'exception de la chose jugée, il chargea les héritiers du créancier de prouver, conformément à l'art. 4 du décret impérial du 17 mars 1808, que leur père

» de la chose jugée, qu'autant qu'elle a été prononcée
 » entre personnes capables de transiger. «

Dans la cause, entre les héritiers Kieve Abraham et Louis Hoffmann, la sentence arbitrale a été de même regardée comme un vrai jugement, quoique l'arbitre n'eût fait que fixer les délais de paiement, et que les parties eussent été d'accord sur la légitimité de la créance. Il y a plus, par arrêt du 9 juillet 1810, rendu entre les mêmes parties, la cour a jugé, du moins implicitement, que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour prouver que les parties n'auraient pas été présentes au jugement arbitral, ou qu'elles n'auraient pas fait les déclarations insérées audit jugement. On dit *implicitement*, parceque Louis Hoffmann avait demandé à être admis à faire cette preuve, ainsi que celle qu'on lui avait surpris sa signature au compromis par dol et fraude, et la cour ne lui a permis de prouver que ce dernier fait.

avait fourni la valeur entière et sans fraude, sauf la preuve du contraire.

Les défendeurs laissèrent écouler le délai fixé pour faire cette preuve, sans se mettre en devoir de l'administrer, et ne se présentèrent pas non plus sur l'avenir que le demandeur leur fit donner, pour procéder en exécution du jugement interlocutoire.etc.

En conséquence le demandeur conclut à ce qu'il lui fût donné défaut contre les défendeurs, et que pour le profit ils fussent déclarés déchus du bénéfice du jugement interlocutoire; qu'en conséquence la créance fût déclarée nulle comme entachée de fraude et d'usure, et que la radiation de l'inscription hypothécaire fût ordonnée par le jugement à intervenir avec condamnation des défendeurs aux dépens.

Le 18 août 1809, jugement conforme à ces conclusions.

Le 12 mars 1810 signification du jugement à partie; il avait été longtems auparavant signifié à l'avoué des défendeurs.

Le 30 avril 1810, appel de la part de ceux-ci, tant du jugement du 18 août 1809, que du jugement interlocutoire.

L'intimé a prétendu que l'appel du jugement par défaut, du 18 août 1809, était non recevable, par la raison, que d'après les dispositions de l'art. 157 du code de procédure, combinées avec la deuxième disposition de l'art. 443 du même code, c'est la signification du jugement par défaut faite à avoué qui fait courir le délai d'appel; et qu'à l'époque du 30 avril 1810, où l'acte d'appel a été signifié, y avait beaucoup plus de trois mois et 8 jours que le jugement avait été signifié à avoué, et qu'ainsi les délais d'opposition et d'appel se trouvant écou-

lés, les appels étaient non recevables dans leur appel, conformément à l'art. 443 précité du code de procédure.

Voudrait-on objecter, continuait-il, que le jugement du 18 août 1809, quoique qualifié par défaut, doit néanmoins être considéré comme contradictoire, parcequ'il existait des conclusions au fond, et qu'en conséquence la signification faite à partie, a pu seule faire courir le délai d'appel, on répondrait que ce serait soutenir une erreur.

En effet, s'il n'était pas intervenu un interlocutoire sur les conclusions prises au fond, on pourrait, peut-être, regarder le jugement du 18 août 1809, comme un vrai jugement contradictoire. Mais le 2 févr. précédent, le juge a prononcé sur les conclusions du fond; en rendant l'interlocutoire par lequel il chargé les appelans de la preuve, que leur auteur avait fourni la valeur entière et sans fraude, il a virtuellement adjugé les conclusions de l'intimé. Après cet interlocutoire, il ne sagissait plus que de savoir: si les appelans l'avaient rempli ou non, c'est-à-dire, s'ils devaient ou non être déclarés déchus du bénéfice dudit jugement? C'était une question nouvelle, sur laquelle les appelans n'ont pas pris de conclusions. Le jugement rendu le 18 août 1809 sur cette nouvelle question est donc un véritable jugement par défaut; ce qui est si vrai que les appelans auraient pu y former opposition et plaider sur la déchéance prononcée par ce jugement. Or contre un jugement contradictoire l'opposition n'a pas lieu. N'importe que le juge ait prononcé en même tems la nullité de la créance et la radiation de l'hypothèque; ceci ne change pas le caractère du jugement; car cette condamnation n'était que l'effet de la déchéance de la preuve.

Les appelans ont répondu :

Si l'intimé, en requérant défaut contre nous, s'était borné à demander que nous fussions déclarés déchus du bénéfice du jugement interlocutoire, le jugement du 18 août serait peut-être à regarder comme un simple jugement par défaut auquel nous aurions pu former opposition ; mais l'intimé a en même tems répété ses conclusions originaires, et demandé que la créance fût déclarée nulle et qu'il fût autorisé à faire rayer l'hypothèque. Le juge lui a adjugé ces conclusions ; il a par conséquent fait droit au fond de la cause ; et si nous avions voulu former opposition à ce jugement, on nous aurait opposé avec succès, qu'il était réputé contradictoire et non par défaut, parceque les deux parties avaient dès le 2 févr. 1809 pris des conclusions au fond. On aurait dit de plus, que le jugement du 2 févr., qui a ordonné la preuve, loin de statuer sur le fond, n'était qu'un avant faire droit, et que ce n'était que par le jugement du 18 août qu'il avait été prononcé sur les conclusions originaires, ce qui rangeait ce dernier jugement dans la classe des jugemens contradictoires.

Il résulte de là, que ce n'est pas la signification de ce jugement, faite à avoué, mais celle faite à partie ou domicile qui a pu faire courir le délai d'appel, conformément à la première disposition de l'art. 443 du code de proc. ; or comme notre appel a été interjeté dans le deuxième mois de la signification du jugement faite à partie, il s'en suit qu'il est recevable.

Arrêt, conforme aux conclusions de M.^r CARDON, juge-auditeur.

» Attendu qu'en combinant l'art. 343 du code
» de proc. avec les dispositions du décret impè-

» rial du 30 mars 1810, sur la police et la disci-
 » pline des tribunaux, il en résulte qu'un jugement,
 » quoique rendu par défaut, faute de plaider, est
 » néanmoins, quant à ses effets, à considérer
 » comme un jugement contradictoire, s'il est in-
 » tervenu sur des conclusions respectivement pri-
 » ses au fond par les parties en cause; d'où il
 » suit nécessairement, que le délai d'appel d'un
 » jugement de cette nature ne commence à courir
 » que du jour de la signification du jugement faite
 » à personne ou domicile, conformément au 1.^{er}
 » aliéna dudit art. 443 du code de procéd.; et
 » que la disposition du second alinéa dudit ar-
 » ticle, combinée avec celle de l'art. 157 dudit
 » code, ne peut pas être appliquée pour régler ce
 » délai;

» Attendu qu'il conste des actes de la procédure,
 » que le jugement qualifié par défaut du 18 août
 » 1809, qui, en déclarant les appelans déchus
 » du bénéfice de la preuve qui avait été mise à
 » leur charge par le jugement contradictoire du 2
 » févr. précédent, a ordonné la radiation de leur
 » hypothèque et prononcé la nullité de leur cré-
 » ance, est intervenu sur les conclusions contra-
 » dictoirement prises au fond, à l'audience du même
 » jour 2 févr. 1809, et que le dit jugement du
 » 18 août suivant n'a été signifié à partie que le
 » 12 mars de la présente année, il s'infère des
 » principes ci-dessus établis, que l'appel qui en
 » a été interjeté le 30 avril après, a été fait en
 » tems utile et qu'il est par conséquent recevable.

Par ces motifs, — » La cour, sans arrêter à
 » la fin de non recevoir dont l'intimé est déboutté,

» ordonne qu'il sera plaidé au fond, et condamne
» l'intimé aux dépens de l'incident.

Du 25 juin 1810. Plaidant MM. PAPÉ, et
RUPPENTHAL, l'ainé.

L'opposition extrajudiciaire faite à un acte d'exécution d'un jugement par défaut, doit-elle être considérée comme dirigée contre le jugement même, si, au lieu de donner suite à l'opposition formée contre cet acte d'exécution, l'opposant se pourvoit simplement par requête d'opposition contre le jugement ? Rés. affirmat,

Dans ce cas, la requête doit-elle être signifiée dans la huitaine de l'opposition extrajudiciaire faite à l'acte d'exécution, pour que l'opposition au jugement soit recevable ? Rés. affirmat.

Le délai de huitaine, fixé pour la signification de la requête d'opposition, est-il susceptible d'être augmenté à raison de la distance des lieux ? Rés. affirmativ^t.

L'est-il tant pour le voyage que pour le retour ?

Catherine Kaner veuve Kuntz, s'étant portée appelante d'un jugement qu'avait obtenu contre elle Nicolas Wendel, fut, par arrêt par défaut, déclarée déchue de son appel, et il fut ordonné que le jugement dont était appel serait exécuté selon sa forme et teneur.

Signification de l'arrêt par défaut, suivie d'un commandement et d'une saisie.

L'appelante forma opposition à la saisie par acte extrajudiciaire du 19 avril 1810.

Le 1. mai suivant elle forma opposition à l'arrêt par défaut par requête signifiée à avoué.

L'intimé soutenait que cette opposition formée après l'expiration de la huitaine à dater de l'oppo-

sition extrajudiciaire était non recevable , conformément à l'art. 162 du code de procédure.

Mais l'appelante prétendait que la fin de non recevoir n'était pas fondée, et pour justifier cette assertion, elle fit valoir les moyens suivans :

La requête d'opposition doit être signifiée dans la huitaine de l'opposition extrajudiciaire, dans le cas où il existe une pareille opposition extrajudiciaire formée au jugement. Dans l'espèce il n'en existe point; celle que j'ai faite n'étant pas dirigée contre l'arrêt, mais uniquement contre la saisie faite en vertu de l'arrêt. Ainsi cette opposition extrajudiciaire ne frappant pas l'arrêt, n'a pas fait courir le délai de huitaine fixé pour la signification de la requête d'opposition, et l'arrêt n'étant pas encore réputé exécuté dans le sens de l'art. 159 du code de procéd., je pouvais me pourvoir par requête contre l'arrêt par défaut, et omettre la formalité préliminaire de l'opposition extrajudiciaire qui n'est que facultative.

D'ailleurs, et en regardant l'opposition extrajudiciaire que j'ai faite à la saisie, comme dirigée contre l'arrêt même, la requête d'opposition aurait été signifiée en tems utile, les jours de distance devant être ajoutés au délai de huitaine, tant pour le voyage que pour le retour, conformément à l'art. 1033 du code de procédure, ainsi que la cour l'a jugé plusieurs fois. (*)

L'intimé a répliqué, qu'il suffisait que l'opposition extrajudiciaire, quoique faite à la saisie, eût eu pour objet d'arrêter l'exécution de l'arrêt par défaut, pour être réputée faite à l'arrêt même, comme cela résultait assez de l'esprit de l'art. 162 du code de procédure. — Qu'on pour-

(*) Voyez l'arrêt ci-après.

rait, peut être, regarder cette opposition comme formée à la saisie, si l'appelante, au lieu de signifier une requête d'opposition, eût donné suite à la première opposition, c'est-à-dire, si elle avait fait prononcer sur la validité de la saisie par les juges du lieu où se faisait l'exécution du jugement. Ne l'ayant pas fait, l'appelante a fait connaître elle-même qu'elle n'entendait pas s'opposer à la saisie, mais bien à l'arrêt, puisqu'elle a fait signifier sa requête d'opposition. Qu'au reste, si elle persistait à soutenir que l'opposition n'était dirigée que contre la saisie, on pourrait en induire un acquiescement tacite à l'arrêt, acquiescement qui la rendrait encore non recevable dans son opposition.

Quant à l'art. 1033, qu'il ne paraissait pas applicable au délai de l'opposition; et que s'il l'était, ce ne pourrait être que pour le voyage nécessaire à la signification de la requête, et nullement pour le retour; de manière qu'en calculant le délai sur ce pied, la requête serait encore tardive.

ARRÊT:

» Attendu que l'appelante avait déclaré par acte
 » du 19 avril dernier, qu'elle était opposante à la
 » saisie exécution faite à son préjudice le 17 du
 » même mois, en vertu d'un arrêt par défaut rendu
 » contre elle le 7 févr. précédent;

» Que cet acte, qui avait pour objet d'arrêter
 » l'effet de cet arrêt par défaut, rentre dans le
 » sens des dispositions de l'art. 162 du code de
 » procéd. qui n'accorde que huitaine après une
 » opposition par acte extrajudiciaire pour la réi-

» térer par requête avec constitution d'avoué;
 » Que la requête donnée dans l'espèce au nom
 » de l'appelante, et où elle a déclaré se rendre

» opposante audit arrêt par défaut, n'a pas eu
 » lieu dans la huitaine, puisqu'elle n'a été signi-
 » fiée que le 1.^{er} mai; qu'en ajoutant même trois
 » jours à raison de la distance, calculée sur neuf
 » myriamètres du domicile de l'opposante à la
 » ville de Trèves, il en résulterait également que
 » la dite requête serait venue un jour après l'ex-
 » piration du délai: vu, que si l'article 1033 du
 » code de procéd. est applicable en matière d'op-
 » positions, pour laisser à l'opposant le tems de se
 » rendre auprès de son avoué, *il ne l'est pas pour*
 » *le retour* (*); d'où il suit que la fin de non re-
 » cevoir opposée par l'intimé doit être accueillie.
 Par ces motifs, — » La cour déclare l'appe-
 » lante non recevable en son opposition et la con-
 » damne aux dépens.

Du 22 juin 1810. Plaidant MM. PAPÉ et
 ALDENHOVEN.

La cour avait jugé dans le même sens dans l'es-
 pèce suivante:

Opposition extrajudiciaire faite le 19 décembre
 1809 à un arrêt par défaut, réitérée seulement par
 requête signifiée le 29 du même mois.

On avait prétendu que cette opposition était non
 recevable pour n'avoir pas été réitérée dans la hui-

(*) Dans l'espèce, il n'y avait certainement pas lieu
 d'accorder les jours du retour. Cependant on donne-
 rait, peut être, à l'arrêt un sens qu'il n'a pas, si l'on
 voulait en généraliser la disposition. Supposé que l'op-
 position extrajudiciaire soit faite dans un lieu éloigné
 du domicile de l'opposant, ne faudrait-il pas compter,
 soit le tems nécessaire pour lui faire passer l'exploit
 d'opposition, soit les jours du retour à l'huissier qui
 l'aurait signifié, et ensuite les jours de l'aller pour
 faire la signification de la requête? —

taine, et que l'art. 1033 du code de procédure n'était pas applicable en matière d'opposition. Qu'il résultait de la disposition de l'art. 162 du même code que le délai de huitaine n'est pas un délai franc, et que dès lors il n'est susceptible d'être augmenté ni à raison des distances ni suivant la maxime: *Dies termini non computantur in termino*, puisqu'en appliquant ces principes l'opposition par requête ne viendrait plus dans la huitaine, mais après la huitaine.

Mais d'un côté, on a reconnu que l'opposition extrajudiciaire est un acte qui peut être signifié à partie ou domicile, et auquel est par conséquent applicable la disposition générale de l'art. 1033 précité; et d'un autre côté, que l'expression *dans la huitaine*, dont se sert l'article 162, doit être entendue dans ce sens, qu'on n'en doit point retrancher le jour de l'échéance mais seulement celui de la signification; de manière que, si l'opposition extrajudiciaire est signifiée le 1.^{er}, le délai de huitaine commence à courir le 2, et le 8 est le dernier jour utile où la requête peut être signifiée, à moins que l'opposant ne demeure à une distance au delà de trois myriamètres du lieu où cette signification doit être faite, auquel cas on doit augmenter le délai d'autant de jours qu'il y a de fois trois myriamètres. — En effet appliquer autrement l'art. 162 du code de procéd. ce serait demander l'impossible; car, supposons que le défaillant soit domicilié à cent lieues du siège du tribunal, comment pourrait-il dans huit jours constituer avoué et faire signifier sa requête d'opposition? Les huit jours seraient expirés avant que les pièces n'eussent pu arriver à l'avoué.

En conséquence, le système contraire a été pros- crit par l'arrêt suivant:

ARRÊT.

» Attendu en ce qui touche la fin de non recevoir sur l'opposition de l'intimé contre l'arrêt par défaut,

» 1.^o Qu'il résulte textuellement de l'art. 1033 du code de procédure, que non seulement le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont jamais comptés pour le délai général fixé pour les actes faits à personne ou domicile, mais encore que ce délai doit être augmenté d'un jour à raison de trois myriamètres de distance ;

» 2.^o Que dans l'espèce l'opposition extrajudiciaire faite par Hebel le 19 décembre dernier, l'ayant été à personne et domicile, rentre dans l'application de l'article précité du code de pr.

» 3.^o Que l'art. 162 du même code, qui prescrit à l'opposant, par acte extrajudiciaire, de la réitérer avec constitution d'avoué par requête dans la huitaine, n'exclut pas l'opposant des délais accordés en général par l'art. 1033.

» 4.^o Qu'il n'est pas contesté dans le fait que la demeure de l'opposant est éloignée de celle de son avoué de dix myriamètres ; que la requête d'avoué à avoué ayant été signifiée le 29 décembre pour réitérer l'opposition faite par l'acte extrajudiciaire du 19 précédent, il s'en infère, en combinant les deux articles 162 et 1033 du code de proc., que le délai de huitaine pour la dite requête, *en excluant le jour de la signification de l'acte* du 19, et plus, un jour pour trois myriamètres, n'était pas expiré, et qu'ainsi la fin de non recevoir opposée par l'appelant n'est pas susceptible d'être accueillie etc.

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter à

» la fin de non recevoir dont excipe l'appelant,
 » et dont il est déboulté, reçoit l'intimé opposant
 » pour la forme à l'arrêt par défaut du 15 nov.
 » dernier, et quant au fond etc.

Du 12 janv. 1810. Plaidant M.M. RUPPENTHAL,
 l'ainé, et PAPÉ.

L'opposition extrajudiciaire non suivie d'une requête, dans le délai prescrit, peut-elle être répétée si le jugement par défaut n'est pas encore réputé exécuté aux termes de l'art. 159 du code de pr. ?
 Rés. négativ.

Frédéric Witt et consors condamnés par un arrêt par défaut, y formerent opposition par acte extrajudiciaire, sans cependant la réitérer par requête avec constitution d'avoué, dans la huitaine, conformément à l'art. 162 du code de procéd.

Assigné à l'effet de voir déclarer leur opposition non recevable ; en conséquence entendre prononcer que l'arrêt par défaut serait exécuté selon sa forme et teneur, il conclurent simplement à ce qu'il leur fût donné acte, de ce qu'ils renonçaient à l'opposition extrajudiciaire qu'ils avaient formée, sans préjudice à leur droit d'en faire une nouvelle dans le délai et la forme prescrits par le code de procéd.

L'art. 159 dudit code, disaient-ils, établit en principe, que l'opposition à un jugement par défaut rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. D'après l'art. 162 l'opposition extrajudiciaire doit être réitérée par requête avec constitution d'avoué, dans la huitaine, passé lequel tems elle n'est plus recevable, et l'exécution du jugement peut être continuée, sans qu'il soit besoin de le faire ordonner. De cette dernière disposition on veut inférer que

le défaut de réitérer l'opposition extrajudiciaire par requête, dans le délai fixé, entraîne la non recevabilité de toute opposition ultérieure, ce qui est une erreur manifeste. L'art. 162 doit être appliqué de manière à ne pas détruire le principe général établi par l'art. 159. Or, ôter au défaillant la faculté de faire une nouvelle opposition, lorsque le jugement n'est pas encore réputé exécuté, c'est lui ravir le bénéfice que lui accorde l'art. 159 de former opposition jusqu'à l'exécution du jugement. Ainsi, tout ce qu'on peut argumenter de l'art. 162 c'est que cette opposition n'est pas recevable qui n'a pas été réitérée par requête, et que l'exécution du jugement peut être continuée; mais on n'en peut pas conclure qu'il n'y ait plus lieu à une nouvelle opposition, quoique le jugement ne soit pas encore réputé exécuté, ni que le jugement par défaut devienne contradictoire ou qu'il passe en force de chose jugée, sans ajouter à la loi; car l'art. 162 porte seulement que l'exécution du jugement peut être continuée, ce qui prouve bien que l'exécution n'est plus suspendue par l'opposition extrajudiciaire, mais ne dit pas qu'elle ne puisse plus être arrêtée par une nouvelle opposition, si le défaillant se trouve encore dans le délai fixé par l'art. 159.

Les opposans ont cherché à fortifier ce système par une analogie tirée de l'appel. Un appel prématuré ou nul, disaient-ils, n'empêche pas l'appelant d'en faire un nouveau, si le délai d'appel n'est pas encore expiré: pourquoi n'en serait-il pas de même d'une opposition nulle?

La partie adverse répondait:

L'art. 162 du code de procédure est réglementaire de l'art. 159. Il résulte de l'art. 159 que le

défaillant peut former opposition, soit avant, soit pendant les actes d'exécution du jugement par défaut, pourvu que le jugement ne soit pas encore réputé exécuté. C'est donc une faculté accordée au défaillant; mais cette faculté une fois exercée, l'art. 162 devient impératif. Faute de se conformer à la règle qu'il prescrit, l'opposition n'est plus recevable et l'exécution du jugement doit-êtré continuée, c'est-à-dire qu'il n'y a plus lieu à opposition.

S'il en était autrement, et si le défaillant pouvait faire opposition extrajudiciaire sur opposition extrajudiciaire jusqu'à l'exécution du jugement, non seulement la partie qui a obtenu le jugement n'en recueillerait jamais les effets, mais il serait au pouvoir du défaillant d'éviter la condamnation définitive. En effet, l'opposition extrajudiciaire suspendant l'exécution du jugement, le défaillant n'aurait qu'à faire une nouvelle opposition extrajudiciaire chaque fois que le délai de huitaine serait expiré et que la partie adverse voudrait recommencer l'exécution, pour se jouer éternellement de celle-ci, et la loi deviendrait ainsi un moyen de chicane; elle serait faite pour éterniser les procès au lieu de les abréger; il n'y aurait pas de fin aux oppositions.

Quant à l'analogie prétendue entre l'appel et l'opposition, elle n'existe pas réellement; car pour l'appel, y il a un terme fixe de trois mois, et pour l'opposition, le terme n'est pas fixe: sa durée dépend des circonstances de l'exécution du jugement. L'appelant ne peut pas empêcher le cours du délai d'appel; l'opposant peut l'empêcher: dès que l'effet n'est pas le même dans les deux cas, on ne peut pas appliquer à l'un les principes applicables à l'autre.

ARRÊT, après un long délibéré en chambre du conseil,

» Attendu que les appelans ont formé opposition le 23 févr. dernier à l'arrêt par défaut du 28 nov. précédent.

» Que dès qu'ils ont en cela exercé la faculté qu'ils avaient d'après l'art. 162 du code de procéd., en formant leur opposition sans attendre l'exécution de l'arrêt, délai jusqu'où peut être reçu l'opposition aux termes de l'art. 159, lesdits opposans devaient d'après ledit article 162, réitérer leur opposition avec constitution d'avoué par requête dans la huitaine; que ce délai passé, elle ne peut plus être reçue.

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter aux conclusions des appelans, ayant égard à celles des intimés, déclare les appelans inadmissibles dans la déclaration qu'ils font de vouloir former une nouvelle opposition; ordonne en conséquence que l'arrêt du 28 nov. sortira son plein et entier effet, et les condamne aux dépens.

Du 19 avril 1809. Plaidant M.M. PAPÉ, et RUPPENTHAL, l'ainé.

Testament. Lecture. Mention. Deux notaires. Fait d'un tiers. Serment.

(Code Nap. art. 972. 1001. 1358—1360).

Si un testament est reçu par deux notaires, est-il besoin d'y faire mention qu'il a été lu au testateur en présence du deuxième notaire et des témoins; ou suffit-il de dire que lecture en a été

donnée au testateur en présence des témoins ? Rés. que la dernière mention suffit.

Si d'après les termes du testament c'est la pleine propriété qui a été léguée, et qu'il n'y a d'ailleurs aucun indice de dol ou de fraude de la part du légataire, celui-ci peut-il être obligé à prêter serment qu'il avait néanmoins promis verbalement au testateur de faire rendre la succession aux héritiers ab intestat ? Rés. négat.

Avant de m'occuper de la contestation qui a donné lieu à ces questions, je crois utile de proposer quelques réflexions générales sur la forme des testamens par acte public, sous le rapport de la mention exigée par l'art. 972 du code Nap., et sur la responsabilité des notaires à cet égard.

Cet art. s'exprime en ces termes :

» Si le testament est reçu par deux notaires, il
 » leur est dicté par le testateur, et il doit être
 » écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté.
 » S'il n'y a qu'un notaire, il doit également
 » être dicté par le testateur, et écrit par ce no-
 » taire.

» Dans l'un et l'autre cas, il doit en être don-
 » né lecture au testateur, en présence des témoins.

» Il est fait du tout mention expresse.

L'art. 1001 porte ensuite :

» Les formalités auxquelles les divers testamens
 » sont assujétis par les dispositions de la présente
 » section et de la précédente, doivent être obser-
 » vées à peine de nullité.

Quelque facile qu'il soit de remplir les formalités prescrites par l'art. 972, cependant il n'y en a point dans tout le code qui ait fourni matière à tant de procès.

En effet pour qu'un testament reçu par deux

notaires soit valable sous le rapport de cet article, il suffit qu'il soit terminé de la manière suivante :

Le présent testament a été dicté par le testateur à nous N. N. notaires. Il a été écrit par moi N. notaire, tel qu'il nous a été dicté; et lecture en a été donnée au testateur, en présence des témoins. En foi de quoi etc.

Et s'il n'est reçu que par un notaire, on peut se servir de cette formule :

Le présent testament a été dicté par le testateur; écrit par moi N. notaire, tel qu'il a été dicté; et lecture en a été donnée au testateur, en présence des témoins. En foi de quoi etc.

A s'en tenir plutôt à la lettre qu'au sens de la loi, un testament reçu par un notaire pourrait même être terminé ainsi: *Le présent testament a été dicté par le testateur; écrit par moi N. notaire; et lecture en a été donnée au testateur en présence des témoins*, et l'on ne pourrait pas dire qu'il ne contient point la mention expresse exigée pour ce cas; car le deuxième alinéa de l'article 972, relatif aux testamens reçus par un seul notaire, ne porte pas, comme le premier, que le testament doit être écrit par le notaire *tel qu'il a été dicté*; il porte seulement *qu'il doit être écrit par ce notaire*. Mais il sera toujours prudent de la part du notaire d'ajouter qu'il a écrit le testament tel qu'il a été dicté; et même par plus de précaution, *tel qu'il LUI a été dicté*, puisque le motif qui a engagé le législateur à prescrire cette mention pour le cas où le testament est reçu par deux notaires subsiste de même pour le cas où il n'est reçu que par un notaire; et je ne sais pas trop si un jugement qui déclarerait nul un testament reçu par un seul notaire, parcequ'il ne contiendrait pas la mention que le notaire l'aurait écrit tel qu'il avait été dicté par le tes-

tateur, pourrait être réformé en appel ou cassé par la cour suprême.

Il est d'autant plus important pour les héritiers testamentaires, que les notaires se conforment exactement aux dispositions de l'art. 972 du code Napol. que la cour de cassation paraît ne se contenter de termes équipollens pour la mention expresse exigée par cet article, qu'autant qu'il en résulte la preuve indubitable de l'observation rigoureuse de ses dispositions ; car par un arrêt du 13 septembre 1809, elle a formellement décidé que la mention de la lecture du testament au testateur et aux témoins, n'équivaut pas à la mention de la lecture du testament au testateur *en présence des témoins*, prescrite par la loi ; et par un autre arrêt du 23 mai 1810, elle en a cassé un de la cour d'appel d'Orléans, par la raison que les juges y avaient déclaré que la mention expresse résultait suffisamment des termes du testament ; tandis qu'il en résultait au contraire qu'on n'avait pas satisfait à l'art. 972 du code Nap. C'était en vain qu'on prétendait que ce moyen ne présenterait tout au plus qu'un maljugé, la cour suprême a considéré cette décision comme une contravention à la loi donnant ouverture à cassation (*). Ces arrêts ont levé l'incertitude dans laquelle on se trouvait, à cet égard, par la divergence de la jurisprudence des tribunaux ; et en effet, il était tems de la faire cesser pour empêcher l'arbitraire de se mettre à la place de la loi.

Mais s'il est de l'intérêt des héritiers testamentaires que la forme prescrite pour les testamens authentiques soit rigoureusement observée par les no-

(*) Journal de Sirey. An 1810. pag. 232 et 292.

taires , il l'est encore plus de celui de ces derniers, puisqu'en commettant des nullités à cet égard ils s'exposent à des dommages-intérêts. Qu'on ne dise pas que les notaires ne sauraient être responsables de la validité de leurs actes , qu'autant qu'ils se rendent coupables de dol ou de fraude ; car il est certain que l'ignorance crasse ou les erreurs grossières doivent être équiparées au dol , et que l'observation de formes aussi clairement exprimées et aussi faciles à remplir que le sont celles prescrites par l'article 972 du code de Napol. pour la validité extrinsèque des testamens , ne peut être regardée que comme une faute grave ou une erreur inexcusable qui rend le notaire qui l'a commise passible des peines portées par l'art. 1382 du même code.

Néanmoins la jurisprudence des cours d'appel n'est pas uniforme sur ce point. En effet tandis qu'en partant du même principe , la cour d'appel de Rouen a déclaré un notaire exempt de toute responsabilité pour la nullité d'un testament commise par une contravention à l'art. 972 du code Nap. , sous le prétexte que la cause d'une pareille nullité ne doit point être rangée dans la catégorie des fautes graves ou erreurs grossières équipollantes à dol , et qu'une semblable faute appartient toute entière à la fragilité de l'intelligence humaine , la cour d'appel de Colmar a poussé la rigueur au point de condamner un notaire au payement de la valeur entière de la succession que l'héritier testamentaire avait perdue par une faute semblable , quoique le testament fût d'ailleurs entaché d'une nullité au fond résultant d'une substitution prohibée (*). Cette décision est trop re-

(*) Journ. de Sirey. An 1809. Dec. div. pag. 403. 405.

marquable pour n'en point faire connaître les motifs. Ils portent entr'autres : » que c'était en vain » que les héritiers du notaire (l'action en dommages-intérêts avait été intentée du vivant de celui-ci) prétendaient que le testament était nul par le fait de la testatrice, en ce que la substitution prohibée qu'elle y avait faite annullait déjà l'institution ; mais que dès que le testament était dans le cas de l'annulation, quant à la forme extrinsèque, par la faute du notaire, les premiers juges avaient eu raison de ne pas s'arrêter à ce moyen, que le notaire avait d'ailleurs abandonné lors de son appel. « La cour d'appel de Colmar a induit cet abandon de la circonstance que le notaire, malgré la signification du jugement et de la sommation qui lui avait été faite d'interjeter appel vis-à-vis les héritiers *ab intestat*, avait négligé de le faire, et qu'il n'avait cependant pas qualité pour agiter cette question sans que les héritiers *ab intestat* fussent en cause.

Qu'il me soit permis de faire quelques observations sur un point de droit aussi important que celui qu'a décidé cet arrêt.

Il me paraît que le notaire n'avait absolument rien à démêler avec les héritiers *ab intestat*, et qu'il n'avait affaire qu'avec l'héritier testamentaire qui l'avait appelé en garantie. Mais supposons que le notaire eût interjeté appel envers les héritiers *ab intestat* ; il est clair que ceux-ci n'auraient pas été obligés de faire valoir le moyen de nullité tiré de la substitution, et qu'ils auraient pu s'en tenir uniquement à la nullité de la forme du testament, pour le faire casser. Or, si les héritiers *ab intestat* ne pouvaient pas être forcés à plaider dans l'intérêt du notaire, c'est-à-dire, à opposer à la

fois la nullité extrinsèque et la nullité intrinsèque du testament, il s'en suit que dans le système même de la cour de Colmar, l'appel du notaire envers les héritiers *ab intestat* ne lui aurait pas donné qualité pour agiter la question de la nullité du testament sous le rapport de la substitution prohibée. Mais si cet appel ne pouvait pas lui donner cette qualité, l'omission de l'interjeter ne pouvait pas la lui ôter, ni être considérée comme une renonciation à un droit quelconque de la part du notaire.

Mais l'exception de la nullité *intrinsèque* du testament était elle vraiment une exception *de jure tertii* dans la bouche du notaire, comme l'a pensé la cour de Colmar ? Je ne puis pas être de cette opinion, et voilà pourquoi.

Il est de principe fondé sur la raison et l'équité, et consacré par les lois positives que l'intérêt est la source des actions, par conséquent encore plus de la défense. *Per arg. leg. 3. §. 9. ff. ad exhibend.* De ce principe il résulte que quiconque a un intérêt, a aussi qualité pour le faire valoir, surtout lorsqu'il s'agit de repousser un attaque. Personne ne contestera sans doute que le notaire n'ait eu le plus grand intérêt à faire valoir l'exception de la nullité du testament tirée de la substitution; car s'il était parvenu à prouver que le testament était nul pour contenir une disposition prohibée, il aurait démontré par là que l'héritier testamentaire n'eût rien touché, encore que le testament eût été valable sous le rapport de la forme; et comme la nullité résultant de ce vice intrinsèque n'était pas le fait du notaire, mais celui du testateur, il semble être hors de doute que le notaire ne pouvait pas être condamné à des dommages-intérêts, puisque le dommage arrivé à l'héritier

testamentaire ne provenait pas de son fait, ce qui est cependant nécessaire pour qu'il y ait lieu à condamner quelqu'un en des dommages-intérêts, aux termes de l'article 1382 du code Napoléon. Au reste, si l'héritier testamentaire a voulu faire contraindre le notaire à remplir les obligations des héritiers *ab intestat*, à la vérité sous un autre titre, pourquoi le notaire n'aurait-il pas, en qualité pour lui opposer les exceptions que ces héritiers auraient pu lui opposer eux mêmes, indépendamment de la nullité de la forme du testament ?

Supposons qu'au lieu de contenir une disposition qui le rendait nul pour le tout, ce testament en en aurait contenu une qui eût seulement été réductible, le notaire qui aurait commis une nullité dans la forme, eût-il été obligé à indemniser l'héritier testamentaire de la totalité du legs, ou seulement jusqu'à concurrence de la réduction ? Certes, son obligation ne se serait pas étendue au-delà de la portion disponible que le légataire aurait réellement touchée dans la supposition de la validité de la forme du testament. Ainsi, la mesure des dommages-intérêts est la perte de ce que l'héritier aurait eu droit de percevoir ; par conséquent lorsqu'il n'a droit à rien, il n'a pas droit non plus à des dommages-intérêts. Ainsi, si le notaire peut invoquer le bénéfice de réduction accordé aux héritiers légitimes, pour diminuer les dommages-intérêts auxquels il est exposé, il doit avoir qualité aussi pour exciper de la nullité intrinsèque du testament. Cependant du principe adopté par la cour de Colmar, il résulterait que le notaire serait obligé d'indemniser le légataire de la totalité d'un legs réductible, puisqu'il ne pourrait pas exciper du droit des héritiers légitimes. En dernière

analyse, si l'héritier testamentaire peut actionner le notaire en dommages-intérêts en vertu du testament, pourquoi celui-ci ne pourrait-il pas puiser sa défense dans le même titre? Je ne vois pas de motif pour lui refuser cette faculté. — Il me paraît donc, sauf meilleur avis, que la question de savoir: si le notaire devait des dommages-intérêts? dépendait de celle de savoir: si le testament était valable dans ses dispositions et jusqu'à quel point? et que cette dernière question devait être discutée préalablement entre le notaire et l'héritier testamentaire.

Après cette digression, qu'on voudra bien me pardonner, je retourne à mon objet.

Par testament reçu par deux notaires, et terminé par cette phrase: » lecture faite du testament au » testateur en présence des témoins « l'épouse Werlé avait institué son mari héritier universel de tous ses biens avec faculté d'en disposer à son gré, même de les vendre ou dissiper.

Les héritiers *ab intestat* de la testatrice attaquèrent ce testament de nullité, d'abord parceque selon eux il ne contenait pas la mention expresse exigée par l'art. 972 du code Nap., en ce qu'ayant été reçu par deux notaires, il n'y était pas dit que lecture en avait été faite à la testatrice en présence du second notaire et des témoins; et en second lieu, parceque la testatrice n'avait entendu donner à son mari que l'usufruit viager conformément au statut local, et n'avait eu recours à un testament que pour dispenser son mari de l'obligation de faire inventaire, en lui prêtant la fausse qualité d'héritier de la propriété; ce qui est si vrai, disaient-ils, que le frère du mari s'était, au nom de celui-ci, formellement engagé envers la testatrice à rendre

les biens aux héritiers *ab intestat* de celle-ci après la mort de l'usufruitier ; d'où il conclurent que le testament était nul pour vice de forme, et que s'il ne l'était pas de ce chef, il le serait comme renfermant une espèce de substitution prohibée, et ne pourrait tout au plus valoir que comme une institution d'usufruit. En conséquence ils demandèrent, à ce que dans le cas, où les deux moyens de nullité seraient écartés, le frère du mari fût tenu d'affirmer par serment, s'il n'avait pas au nom de l'héritier, son frère, promis à la testatrice que celui-ci indemniserait les héritiers *ab intestat* de la totalité de la succession.

Le mari répondit que le testament était valable tant sous le rapport de la forme que sous celui de ses dispositions, vu que l'art. 972 du code N. n'exige pas d'autre mention que celle, que le testament a été lu au testateur en présence des témoins, soit qu'il ait été reçu par un notaire devant quatre témoins, ou par deux notaires devant deux témoins, puisque la loi regarde le second notaire comme remplaçant deux témoins. Qu'il résultait des termes formels du testament que c'était la propriété des biens que la testatrice lui avait donnée, et non pas un simple usufruit, qu'il aurait déjà eu en vertu du statut, et qu'il n'était pas besoin de lui assurer par un testament. Que la preuve littérale du testament s'opposait à l'admission d'un serment du contraire, d'autant plus que quand même son frère aurait fait la prétendue promesse à la testatrice, cette promesse serait le fait d'un tiers qui ne pourrait ni lui profiter ni lui nuire.

Jugement du tribunal de Kayerslautern qui débouta les héritiers *ab intestat* de leur demande.

Appel, et répétition devant la cour des mêmes moyens qui avaient été employés en première instance, excepté que les appelans, changeant de langage, prétendirent que c'était le mari même qui avait fait la promesse à la testatrice de rendre les biens aux héritiers de celle-ci, et conclurent subsidiairement à ce qu'il eût à prêter serment qu'il n'avait pas fait cette promesse.

ARRÊT.

» Attendu 1.^o que les prétendus moyens de nullité proposés par l'appelant ne rentrent point dans l'application de la loi, et qu'il y a lieu à cet égard d'adopter les motifs des premiers juges.

2.^o » Que bien que le serment déféré par les appelans à l'intimé ait pour objet un fait personnel à celui-ci, puisqu'il s'agit d'une prétendue promesse de sa part à la feue testatrice, son épouse, d'indemniser les héritiers ab intestat de celle-ci du legs de la totalité de son avoir, pour éviter les frais que pourrait occasionner un simple legs d'usufruit; néanmoins il n'y a pas lieu d'admettre ce moyen, soit parceque le testament dont il s'agit, revêtu des formes prescrites, ne contient rien de contraire à la loi, et qu'il est même rédigé en termes trop clairs et trop précis pour faire présumer des dispositions opposées à celles qu'il renferme; soit parceque l'intimé avait déjà l'usufruit des biens de son épouse d'après le ci-devant statut du palatinat, et qu'il n'est pas à présumer qu'il ait consenti à une espèce de fidei-commis, qui suivant les dispositions de l'art. 896 du code Nap. aurait vicié de nullité cette disposition; soit enfin parcequ'il n'y a dans l'espèce aucun indice de fraude ou dol, qui puisse faire présumer la promesse alléguée;

» Que sous tous ces rapports la délation de ser-
» ment ne peut donc être adoptée.

Par ces motifs, — » La cour sans s'arrêter ni
» avoir égard aux conclusions principales ni sub-
» sidiaries des appelans , met l'appel au néant avec
» amende et dépens.

Du 13 nov. 1809. Plaidant M. M. RUPPEN-
THAL et PAPÉ.

Impression. Mémoires. Factums. Requête.

Décision de son Excellence le grand-juge, mi-
nistre de la justice , concernant l'impression des
mémoires sur procès etc. adressée à Mr. le Procu-
reur-général de la cour d'appel de Trèves , et par
lui communiquée à M.M. les Procureurs-impériaux
du ressort.

Trèves le 13 juillet 1810.

On a proposé, M.M. à son Exc. le grand-juge,
Ministre de la justice, la question de savoir: si
l'on peut refuser d'imprimer un mémoire rédigé
pour l'instruction d'un procès, sous le prétexte que
ce mémoire n'est revêtu d'aucune approbation.

Son Exc. vient de m'adresser sa décision qui est
conçue dans les termes suivans:

« Si les mémoires sont signés par un avocat ou par
« un homme de loi, ils sont exempts de toute formalité ;
« la signature d'un jurisconsulte ou d'un officier mi-
« nisteriel offrant une garantie suffisante, met à cou-
« vert la responsabilité de l'imprimeur ; mais si les
« ouvrages sont anonymes , ou signés par un simple parti-
« culier , MÊME DANS SA PROPRE CAUSE , comme à la faveur
« du titre on pourrait se permettre des libelles et des

» pamphlets, il faut que l'imprimeur fasse la déclaration de l'intention où il est d'imprimer ces ouvrages, et ne les publie qu'après avoir obtenu le récépissé de cette déclaration. «

Son Exc. me charge, M.M. de vous faire part de cette décision, pour que vous la communiquiez à qui de droit.

Je vous invite à m'accuser réception de la présente.

J'ai l'honneur de vous saluer.

Le proc. génér. à la cour d'appel.

Signé: DOBSEN.

Une lettre de Mr. le Conseiller d'état, directeur général de l'imprimerie du 1.^{er} août 1810, adressée à Mr. le Président de la cour d'appel, et qui a fait l'objet d'une nouvelle circulaire de Mr. le Procureur-général de la cour à MM. les Procureurs-impériaux, en date du 13 du même mois, contient les mêmes dispositions que la décision de son Exc. le grand-juge.

La lettre de Mr. le Conseiller d'état ne pouvant être insérée toute au long, je me borne à en rapporter les principales dispositions.

Pour faciliter l'exécution du décret impérial du 5 févr. 1810, Mr. le Directeur-général a divisé les ouvrages d'impression en deux classes, savoir: en ouvrages de vente ou labeur, et en ouvrages de ville ou bilboquets. Les premiers sont assujétis à l'exécution rigoureuse du règlement, c'est-à-dire, qu'ils ne peuvent être imprimés et publiés, avant que l'imprimeur ne les ait inscrits sur son registre, et que sur sa déclaration envoyée à Mr. le Directeur général, il n'ait reçu la permission de les imprimer. Les autres peuvent être imprimés et publiés sans déclaration préalable de l'imprimeur; il suffit qu'il les porte sur son journal, et qu'à

des époques déterminées il en envoie le relevé à Mr. le Directeur-général. Les mémoires ou *factums* d'avocats sont rangés dans la classe des ouvrages de ville, et les raisons qui ont déterminé Mr. le Conseiller d'état à leur assigner cette place sont, qu'outre que ces sortes d'écrits portent leur garantie avec eux, la publication en est souvent très instante; que les cours et tribunaux sont d'ailleurs suffisamment investis du droit de censure sur les écrits destinés à être produits devant eux, et que ce serait en quelque sorte usurper leur juridiction que de s'y immiscer. — Mais Mr. le Directeur général observe qu'il distingue entre les mémoires, *factums* et requêtes ceux qui sont signés d'un avocat ou d'un homme de loi ayant qualité, et ceux qui sont *anonymes* ou *signés par la partie elle même*. Quant à ces derniers, comme il n'offrent plus de garantie; et que sous la couleur d'un mémoire à plaider, on peut imprimer un libelle contre lequel la cour ou le tribunal n'aurait d'action que quand le mal serait fait, Mr. le Directeur général exige qu'ils soient préalablement déclarés. Sa décision à cet égard est fondée sur l'art. III du règlement du 22 févr. 1723, suivant lequel les mémoires, *factums* et requêtes ne pouvaient être imprimés, qu'autant que les copies remises entre les mains des imprimeurs ou libraires étaient signées d'un avocat inscrit sur le tableau ou d'un procureur.

COUR DE CASSATION.

Acquéreur. Transcription.

(Code Nap. Art. 2. 2181. 2882).

Est-il nécessaire que l'acquéreur fasse transcrire son titre d'acquisition pour pouvoir l'opposer à des tiers ? Rés. négativ.

Est-ce la loi, existante au moment du contrat de vente, ou celle en vigueur à l'époque où la vente est opposée, qu'on doit appliquer lorsqu'il s'agit de décider, si la transcription du titre était nécessaire ou non ? Rés. que c'est la dernière loi.

ARRÊT du 8 mai 1810.

- » La cour, après un délibéré en chambre du conseil ;
- » Attendu que les dispositions des art. 26 et 28 de la loi du 11 brumaire an VII, qui, exigeaient la transcription des contrats de vente pour transmettre à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble vendu, et qui jusque-là ne lui permettaient pas d'opposer son contrat au tiers qui s'était conformé à la loi, ont été révoqué par l'art. 2182 du code civil, et que depuis la publication de cet article qui a été promulgué le 9 germinal, dans la loi du 28 ventôse an VII, Pelletier et consors, quoique porteurs d'un acte d'acquisition passé sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, et non transcrit, ont eu droit et action pour faire valoir leur titre, et se maintenir dans leur acquisition contre les attaques des créanciers de leur vendeur, qui n'auraient pas eu un titre légitime antérieur à la publication de ladite loi.

NOTA. Cet arrêt de la cour suprême est confirmatif de la jurisprudence que la cour d'appel de Trèves avait adoptée par un arrêt antérieur du 9 fevr. 1810, en décidant que le premier acquéreur d'un immeuble, vendu sous l'empire du code Nap., a la préférence sur le second acquéreur, quoique le dernier ait fait transcrire son titre, et l'autre ne l'ait point fait transcrire.

Bureau de paix. Serment litis-décisoire.

(Code Nap. Art. 1361. Art. 56 code de pr.)

La partie à laquelle on avait déféré le serment LITIS-DÉCISOIRE, au bureau de conciliation, et qui a refusé de le prêter, est-elle encore recevable à le prêter devant le tribunal ? Rés. affirmativ.

ARRÊT du 17 juillet 1810.

» La cour considérant que l'art. 1361 du code Nap.
 » n'est aucunement applicable au refus du serment qui
 » a formé le sujet du litige dans la cause; que la dis-
 » position de cet article, rapprochée de l'art. 1357 et
 » des autres articles de la même section, ne peut s'en-
 » tendre que du serment décisoire judiciairement déféré ou
 » référé pardevant le juge qui doit prononcer sur le diffé-
 » rend des parties; ce n'est que dans ce cas seulement,
 » où celui qui refuse de prêter le serment décisoire,
 » doit, suivant l'expression de la loi, succomber dans
 » sa demande ou dans son exception.

» Considérant que dans l'espèce, il ne s'agissait nul-
 » lement d'un pareil serment ni d'un pareil refus, mais
 » seulement d'un refus de se concilier sur la demande que
 » la veuve Levite se proposait de former judiciaire-
 » ment, contre la veuve Moreau et ses enfans; d'où
 » il suit que la cour d'appel a pu, sans commettre de
 » contravention, refuser d'appliquer à ce cas une peine
 » que la loi n'attache qu'au refus de prêter le serment
 » décisoire, judiciairement déféré.

Juge de paix. Compétence. Dégradation. Usufruitier.

(Code de procéd. Art. 3. §. 4.)

Le juge de paix qui, d'après l'art. 3 du code de procédure, est compétent pour connaître des dégradations alléguées par le propriétaire contre son fermier ou locataire, l'est-il également pour en connaître entre le propriétaire et l'usufruitier? Rés. négativement, par arrêt du 10 janv. 1810.

Les principaux motifs de cet arrêt sont, que les rapports existans entre le nu propriétaire et l'usufruitier ne sont pas les mêmes que ceux qui existent entre un nu propriétaire et son fermier. D'ailleurs que la compétence des tribunaux est d'ordre public, et que les juge de paix, n'étant que des juges d'exception, doivent se restreindre dans les bornes de la compétence qui leur est assignée par la loi.

Juge de paix. Compétence. Dernier res- sort.

Depuis la publication du code de procéd., il n'est plus besoin de se pourvoir en cassation contre un jugement de juge de paix, mal à propos qualifié de dernier ressort; on peut en interjeter appel, conformément à l'art. 453. dudit code.

Décidé par arrêt du 5 févr. 1810.

**Appel. Valeur indéterminée. Dernier
ressort. Fin de non-recevoir.**

(Règl. du 4 pluv. 6. art. 127 (loi du 24 août 1790.)

L'appel est-il recevable par cela seulement qu'il s'agit d'un objet d'une valeur indéterminée, quoique la valeur soit manifestement au-dessous de la somme appetable ? Rés. négat.

A défaut d'une valeur déterminée par prix de bail ou en rente, peut-on la faire fixer par experts ? Rés. affirmat.

La compétence en premier ou dernier ressort des juges de paix est fixée par l'art. 10 du titre III de la loi du 24 août 1790. Ils peuvent connaître de toutes affaires personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 50 fr., sans appel, et jusqu'à celle de 100 fr., à charge d'appel. Ils peuvent de même connaître, en dernier ressort, jusqu'à la valeur de 50 fr., et à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse monter, des déplacements de bornes, des usurpations de terre, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commises dans l'année; des entreprises sur le cours d'eau, servant à l'arrosement des prés, commises pareillement dans l'année; et de toutes autres actions possessoires.

La compétence des tribunaux de première instance est déterminée par les art. 4 et 5 du titre IV de la même loi. » Ils connaîtront, portent ces articles, » en première instance de toutes » les affaires personnelles, réelles et mixtes en » toutes matières, excepté seulement celles qui » sont de la compétence des juges de paix, des tri-

» bunaux de commerce, et du contentieux de la
 » police. Ils connaîtront, en premier et dernier
 » ressort, de toutes affaires personnelles et mo-
 » bilières, jusqu'à la valeur de 1000 francs de
 » principal, et des affaires réelles dont l'objet
 » principal sera de 50 francs de *revenu déterminé*,
 » soit en rente, soit par prix de bail. «

L'article 6 contient une disposition particulière, qui a pour but d'abrèger les procès et de lever toute incertitude sur la compétence en premier ou dernier ressort des tribunaux de première instance, lorsque la demande a pour objet une chose d'une valeur indéterminée. Il veut, qu'en toutes matières personnelles, réelles ou mixtes, à quelque somme ou valeur que l'objet de la contestation puisse monter, les parties soient tenues de déclarer, au commencement de la procédure, si elles consentent à être jugées sans appel; en leur réservant néanmoins cette faculté encore pendant le cours de l'instruction.

Si l'observation de cette disposition n'était pas généralement négligée, il n'y aurait pas tant de contestations sur la recevabilité des appels.

Pour parer, autant que possible, aux inconvéniens qui résultent de l'inobservation de l'art. 6 précité, les cours d'appel sont dans l'usage de recevoir l'appel chaque fois qu'il s'agit d'un objet d'une valeur indéterminée. La cour de cassation a sanctionné cet usage par plusieurs arrêts; et l'on doit convenir qu'il est fondé en raison et en justice, l'appel étant un bénéfice de la loi qu'on doit plutôt étendre que restreindre.

Cependant ce bénéfice ne doit pas tourner au préjudice de la partie qui a obtenu gain de cause, ni porter atteinte à la compétence en dernier ressort des tribunaux inférieurs, qui est d'ordre

public. Or, en admettant que l'appel soit indistinctement recevable lorsqu'il porte sur un jugement rendu sur un objet dont la valeur n'est pas fixée, quoiqu'elle puisse l'être facilement; en écartant généralement toute appréciation ou estimation de la valeur de la chose litigieuse, pour en faire dépendre la compétence en premier ou dernier ressort du juge, il arrivera très souvent que les juges d'appel empiéteront sur les pouvoirs des premiers juges, en prononçant sur des contestations que ceux-ci devaient juger en première et dernière instance; que l'intimé sera obligé de parcourir deux degrés de juridiction au lieu d'un; qu'il perdra même le fruit d'un jugement auquel la loi entendait attacher la force de la chose jugée.

Est-il donc absolument défendu au juge d'appel d'apprécier, d'après ses connaissances personnelles, ou de faire estimer par experts, la valeur de l'objet en litige, pour s'assurer si le premier juge a dû prononcer en dernier ressort ou à charge de l'appel?

La question n'est pas difficile par rapport aux affaires personnelles et mobilières.

L'art. 5 du titre IV de la loi du 24 août 1790, formant l'art. 127 du règlement du 4 pluviôse an VI, publié pour les quatre Départemens de la rive gauche du Rhin, que nous venons de citer, attribue aux tribunaux de première instance la connaissance en dernier ressort de toutes affaires personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 1000 francs.

La loi ne détermine pas le mode de fixation de cette valeur; elle veut cependant que le juge s'en assure. Ainsi, lorsque les parties ne peuvent

pas s'accorder sur la valeur de l'objet en litige, il doit lui être permis de l'estimer d'après ses connaissances particulières, ou de la faire estimer par des experts. S'il en était autrement, la volonté du législateur serait éludée ; car si la seule circonstance que la valeur de l'objet litigieux n'est pas déterminée présentait une raison suffisante pour assujétir le jugement à l'appel, les cours d'appel pourraient être saisies de la connaissance de contestations sur les plus minces objets, même sur ceux dont le jugement en dernier ressort appartiendrait aux juges de paix, ce qui serait absurde et contraire à la loi.

N'importe que l'une des parties puisse attacher une affection particulière à l'objet du litige, qui lui en rende le prix inappréciable. Si d'après ce que nous enseignent les meilleurs auteurs, entr'autres DOMAT, *lois civiles*, liv. 1. tit. 1. sect. 2. n.º 17, en se fondant sur les lois 16 §. ult. ff. de pign. et hyp. 63 ff. ad leg. falc. 33. ff. ad leg. aq., il y a des cas où le juge peut faire estimer la chose contestée, pour en déterminer le prix de vente, sans égard à l'affection particulière de l'une ou de l'autre des parties, à plus forte raison lui doit il être permis d'en faire fixer la valeur réelle pour déterminer sa compétence.

Mais la question est beaucoup plus délicate par rapport aux affaires réelles. A leur égard la loi s'explique tout autrement qu'à l'égard des affaires personnelles ou mobilières. Le juge de première instance ne peut prononcer en dernier ressort, dans les affaires réelles, qu'autant que l'objet principal ne soit pas au-dessus de 50 francs de revenu déterminé soit en rente, soit par prix de bail. Les expressions *déterminé soit en rente*,

soit *par prix de bail* semblent exclure tout autre mode de fixation, d'après la règle des exclusions, *inclusio unius est exclusio alterius*; et dès-lors on peut supposer qu'il est dans l'intention de la loi, qu'il y ait lieu à l'appel, dans toutes les affaires réelles où la valeur de l'objet principal n'est pas déterminée de l'une des deux manières qu'elle indique, quoique cette valeur soit susceptible d'une autre estimation.

Cependant, lorsqu'on réfléchit sur les conséquences de ce raisonnement, il est difficile de se convaincre qu'il soit exact.

En effet, s'il est généralement défendu au juge de déterminer sa compétence en dernier ressort autrement que par le prix fixé en rente ou par bail, il peut arriver que des contestations sur des objets d'une valeur très considérable soient jugées en premier et dernier ressort; tandis que d'autres sur des objets peu importans devraient subir deux degrés de juridiction.

Supposez qu'il s'agisse d'une maison de la valeur de 2000 à 3000 francs, mais louée à 50 francs seulement, le jugement serait en dernier ressort, parceque le revenu déterminé par bail ne surpasserait pas la somme de 50 francs; tandis que le jugement rendu sur quelques pouces de terre, qui ne vaudraient pas 20 à 30 francs, serait sujet à l'appel si leur valeur n'était déterminée ni en rente, ni par prix de bail.

D'après ces considérations, il paraît conforme au but et à l'esprit de la loi, qu'à défaut de bail ou de rente, le juge puisse se décider par d'autres circonstances, et surtout par l'évidence de la valeur de l'objet, pour déterminer sa compétence; qu'il puisse même admettre l'expertise

pour faire fixer le revenu , si les parties ne peuvent pas s'accorder sur sa valeur ; et c'est aussi ce que la cour de Trèves a toujours fait.

On a aussi souvent prétendu , que bien que la rente fût déterminée ou le prix fixé par bail , le jugement devait néanmoins être soumis à l'appel , lorsque la rente ou le canon consistait en grains ou autres denrées , parce que ces sortes de rentes et de canons présentaient des objets d'une valeur indéterminée , le prix des grains et denrées variant presque chaque année ; et qu'il n'était pas permis au juge d'en faire l'estimation en argent.

Mais la cour a constamment admis l'estimation en argent , suivant le prix commun des grains ; et déclaré l'appel non recevable , chaque fois que la valeur des grains ou denrées n'excédait pas 50 francs.

Une autre considération qu'on a fait valoir devant elle en faveur de l'admissibilité de l'appel dans toutes les affaires où il s'agit d'objets d'une valeur indéterminée , et même déterminée et au-dessous de 50 francs , est celle , que le jugement du premier juge contient un grief perpétuel et par conséquent inappréciable , lorsqu'il décide sur un avenir indéfini , comme par exemple en matière de servitude , ou de rentes perpétuelles.

Mais il est facile de répondre à cette objection. D'abord ce qui vient d'être dit pour démontrer que l'appel peut être reçu lorsqu'il s'agit d'objets d'une valeur indéterminée , n'est nullement applicable aux procès en matière de servitudes , la valeur d'une servitude ou d'un droit incorporel n'étant pas trop susceptible d'être évaluée en argent ; et pour ce qui regarde les rentes perpétuelles et autres choses semblables , non seulement il n'y

a plus de rentes perpétuelles aux yeux de la loi, l'art. 530 du Code Napoléon permettant le rachat des anciennes, et défendant d'en constituer de nouvelles pour un tems excédant trente ans ; mais l'art. 5 du titre IV de la loi du 24 août 1790 exclut aussi l'appel dès que le revenu n'excède pas la valeur de 50 francs, sans faire exception en faveur des rentes perpétuelles, ou établies à longues années.

En terminant cette discussion, je dois néanmoins observer que ce serait mal entendre la jurisprudence de la cour, si l'on voulait en induire qu'on doit s'en tenir rigoureusement à l'estimation chaque fois que la valeur de l'objet en litige n'est pas déterminée, mais susceptible de l'être ; car pour peu qu'il y ait de doute sur cette valeur, et qu'elle approche la somme appellable, il vaut infiniment mieux recevoir l'appel que de le rejeter, par la raison que l'appel est un bénéfice de la loi, dont on ne doit priver que ceux qui n'y ont visiblement pas droit.

Voici différentes espèces auxquelles la cour a appliqué les principes que je viens de développer.

Première espèce. Une veuve ayant intenté une action en revendication de quelques petits morceaux de terre, se pourvut par appel contre le jugement qui l'avait débouté de sa demande.

L'intimé lui opposa une fin de non-recevoir fondée sur ce que les terres ne présentaient pas une valeur capitale approchant 1000 fr., ni un revenu de 50 fr.

La fin de non-recevoir fut accueillie par l'arrêt suivant :

» Attendu la modicité de l'objet, en ce qu'il
 » résulte du procès, 1.^o que le mari de l'appel-
 » lante avait acquis les douze pièces de terre dont
 » s'agit de François Dach, le 12 juin 1779, pour

» quarante écus du pays, faisant 129 francs 29
» centimes; lequel François Dach avait eu les
» mêmes douze pièces de terre par adjudication
» publique pour le même prix, l'année précédente;
» 2.^o que le revenu de cet objet ne peut évidem-
» ment être de cinquante francs; et qu'en ajou-
» tant même la valeur des fruits perçus que ré-
» clame l'appelante, le tout n'atteindrait pas la
» somme appellable.

Par ces motifs, — » La cour déclare l'appe-
» lante non recevable dans son appel, et la con-
» damne etc. etc.

Du 21 janvier 1807. Plaid.^t M.M. GEORGEL
et CARDON.

Deuxième espèce. Des cultivateurs condamnés
à continuer le service d'une rente d'un hectolitre
de seigle, qu'ils avaient refusé d'acquitter, sous
prétexe qu'elle était de nature féodale, interjetèrent
appel du jugement de condamnation.

Les intimés leur opposèrent l'exception de non
recevabilité, attendu qu'évalué en argent, même
d'après le plus haut prix, le hectolitre de seigle
ne pouvait pas monter à 50 francs.

ARRÊT.

» Attendu 1.^o Que la rente dont il s'agit est
» rachetable;

» 2.^o Que suivant le cours ordinaire des den-
» rées, la valeur d'un hectolitre (demi maldre)
» de seigle de rente, ne peut à beaucoup près,
» s'élever à cinquante livres;

Par ces motifs, — » La cour déclare les ap-
» pelans non recevables en leur appel, avec
» dépens. Du 16 mars 1807.

Plaidant M.M. RUPPENTHAL et HAMBACH.

Troisième espèce. (*) Il s'agissait d'un échange de deux petites pièces de terre.

Le premier juge admit la preuve testimoniale.

Sur l'appel du jugement, que l'intimé soutenoit être non recevable, parceque le revenu de l'objet en litige ne s'élevait pas même à 8 francs, arrêt qui ordonna de procéder à une expertise, quoique l'appelant eût opposé que son appel devait être admis par cela seulement que le revenu ne se trouvait déterminé ni par bail ni en rente.

» Attendu sur la fin de non recevoir, que l'intimé a mis en fait que le revenu annuel de » la prairie qui fait l'objet de la contestation,

(*) Cette jurisprudence, qui avait jusqu'ici éprouvé beaucoup de difficultés à la cour, a été enfin adoptée en considération d'un arrêt de la cour de cassation du 18 germinal an 13, rapporté par Mr. **MERLIN**, *Repert. univ. de jurisprud. ART. dernier ressort*, et dans lequel on trouve ce considérant remarquable: » Qu'ainsi, lorsqu'il n'y a pas de bail et » que la rente n'est pas fixée, il est indispensable de déterminer le taux du revenu de cet objet par une évaluation. «

Une observation qui justifie encore cette jurisprudence, c'est que l'analogie qui existe entre le cas où il s'agit de fixer la valeur d'un objet, pour savoir si la preuve testimoniale est admissible, et celui où il est question de déterminer cette valeur, pour savoir s'il y a lieu à l'appel, me paraît exiger l'application des mêmes principes. Or, nous trouvons dans le discours de feu Mr. Treilhard, sur la 1.^{re} partie du C. de P. que l'intention du législateur est d'admettre l'expertise pour en faire dépendre la recevabilité de la preuve testimoniale, puisqu'on y lit: » Les parties articulent des faits qu'elles » démentent respectivement; c'est le cas d'une enquête. Elles ne sont pas d'accord sur la valeur » de ce qui fait l'objet de la contestation; il faut » une estimation, des experts. «

» n'est pas au-dessus de 7 francs , ce dont l'appelant ne demeure pas d'accord. ;

» La cour , avant égard aux conclusions subsidiaires de l'intimé , lui donne acte du fait par lui ci-dessus posé , que le revenu annuel de la prairie en question n'est pas au-dessus de sept francs ; ordonne , avant faire droit , que le taux du revenu de ladite prairie sera évalué par experts , conformément au Code de procédure , pour , sur le procès-verbal d'expertise , être statué ensuite , sur la fin de non recevoir opposée à l'appel , ainsi qu'il appartiendra.

Du 2 avril 1810. Plaid. M.M. RUPPENTHAL
et ALDENHOVEN.

Quatrième espèce. Deux particuliers acquéreurs des mêmes morceaux de terres se disputaient la préférence.

La propriété en ayant été adjugée à l'un d'eux par le tribunal de Prüm , l'autre se pourvut par appel , et prétendit que son titre aurait dû l'emporter sur celui de son adversaire.

Mais l'intimé ayant mis en fait , que le revenu des terres en question , qu'il avait achetées pour la modique somme de 137 francs , n'était pas à beaucoup près d'un revenu annuel de 50 francs , et qu'en conséquence l'appel n'était pas recevable ; la cour ordonna pareillement une évaluation préalable du revenu , non-obstant l'objection faite par l'appelant , qu'il suffisait que le revenu ne fût pas déterminé par prix de bail ou en rente pour que l'appel dût être reçu.

L'arrêt est conçu dans les mêmes termes que dans l'affaire précédente.

Du 6 février 1811. Plaid. M.M. RUPPENTHAL
et PAFÉ.

Appel. Commandement. Domicile élu.

(C. de P. art. 456. 584.)

L'acte d'appel signifié au domicile élu par le commandement à fin d'exécution, est-il valable ?
Rés. affirmat.

Cette question a été jugée diversement, même dans les mêmes cours d'appel.

Trois arrêts, dont le premier fut rendu le 18 août 1807, en la troisième chambre; le deuxième, le 20 janvier 1808, en la première chambre de la cour d'appel de Bruxelles; et le troisième, le 2 janvier 1809, en la première chambre de la cour d'appel de Paris, ont décidé la négative.

L'affirmative a été, au contraire, jugée par la cour d'appel de Turin; par un arrêt rendu le 27 mai 1808, en la troisième chambre de la cour d'appel de Bruxelles; par un autre arrêt rendu le 18 février 1809, en la même cour, première et troisième chambre réunies; et enfin par un arrêt du 3 janvier 1809, de la seconde chambre de la cour de Paris.

La jurisprudence adoptée par ces derniers arrêts a reçu la sanction de la cour de cassation, par un arrêt rendu le 23 janvier 1810, en la chambre des requêtes; et néanmoins la question a été reproduite devant la cour d'appel de Trèves, sans doute parcequ'on aura cru qu'on ne peut regarder ce point de procédure comme irrévocablement fixé, avant qu'il n'ait été décidé dans le même sens par un arrêt de la chambre civile.

Ce qui a fait naître cette controverse, ce sont les art. 456, 583 et 584 du code de procédure.

Ces art. portent :

456. » L'acte d'appel contiendra assignation
» dans les délais de la loi, et sera *signifié à per-*
» *sonne ou domicile, à peine de nullité.* «

583. » Toute saisie-exécution sera précédée
» d'un commandement à la personne ou au do-
» micile du débiteur, fait au moins un jour
» avant la saisie, et contenant notification du
» titre, s'il n'a déjà été notifié. «

584. » Il contiendra élection de domicile jus-
» qu'à la fin de la poursuite, dans la com-
» mune où doit se faire l'exécution, si le
» créancier n'y demeure ; et le débiteur pourra
» faire à ce domicile élu toutes significations,
» même d'offres réelles et *d'appel.*

Ceux qui prétendent que l'appel du jugement sur l'affaire principale ne peut être valablement signifié qu'à personne ou à domicile réel, disent :

L'art. 456 exige que l'acte d'appel soit signifié à personne ou domicile, à peine de nullité : voilà la règle générale.

L'art. 584 ne peut pas être regardé comme une exception à cette règle ; il doit être restreint à son espèce, et n'être appliqué qu'aux appels des jugemens rendus sur des incidens élevés dans l'exécution.

On croit cette assertion suffisamment justifiée par la circonstance que l'art. 584 n'est pas placé dans le chapitre qui traite de l'appel, mais dans celui qui règle les formalités à suivre dans les saisies-exécutions ; d'où l'on infère qu'il n'a trait qu'aux appels relatifs aux incidens dans l'exécution des jugemens.

Pour fortifier ce raisonnement, on ajoute, qu'en appliquant l'art. 584 aux appels de jugemens rendus

sur l'affaire principale, il en arriverait que la disposition générale de l'art. 456 serait détruite par l'exception portée en l'art. 584, puisque toute signification de jugement contenant commandement d'y satisfaire, ou étant suivie d'un pareil commandement, il suffirait, dans tous les cas, de signifier l'appel au domicile élu par ce commandement, et, au moyen de cela, il n'y aurait point ou peu d'appels qui seraient signifiés à personne ou domicile.

Si le législateur avait entendu que cet article 584 dût faire exception à la règle générale, c'eût été le cas de l'observer à la fin de l'art. 456 et d'y ajouter : *sauf le cas prévu par l'art. 584*. De son silence, on doit conclure, qu'il n'a entendu parler, dans ce dernier article, que de l'appel des jugemens rendus sur des incidens dans les saisies-exécutions ; et qu'à l'égard de l'appel du jugement de l'affaire principale, on doit s'en tenir à la disposition de l'art. 456.

Indépendamment de ces raisons on en fait valoir d'autres, tirées du prétendu danger qu'il y aurait de signifier l'appel ailleurs qu'à personne ou domicile.

Supposez, dit-on, que la commune, dans laquelle l'exécution se fait, soit très éloignée de la commune du domicile du créancier, et que le particulier chez lequel le créancier a élu domicile n'ait pas assez de tems pour l'avertir de l'appel interjeté, ou qu'il néglige de le faire par quelque raison que ce soit, il peut intervenir un arrêt par défaut contre l'intimé ; cet arrêt peut même passer en force de chose jugée, sans que l'intimé ait eu connaissance de l'existence de l'appel ; car, si l'appel peut être valablement signifié au domi-

cile élu, il en doit être de même de l'arrêt rendu sur l'appel.

Le législateur a trop bien connu le préjudice qui pourrait résulter d'une pareille procédure contre l'intimé, pour qu'on ne doive pas penser que c'est dans l'intention de le prévenir que l'art. 456 exige que l'appel soit signifié à personne ou domicile, à fin de mettre l'intimé en état de pourvoir par lui même à la défense de ses droits.

Toutes ces objections sont cependant plus spécieuses que solides : elles peuvent exercer l'esprit des théoréticiens, mais le juge ne doit pas s'y arrêter.

A la vérité, la loi pourrait être plus claire et plus positive ; cependant, si elle laisse quelque chose à désirer sur la clareté de son texte, il est presque impossible de méconnaître son but, qui est de mettre la partie condamnée dans la possibilité de prévenir l'exécution dont elle est menacée, par le moyen d'un prompt appel.

En effet, si le jugement n'est pas exécuté dans la commune même où demeure la partie qui l'a obtenu, la partie condamnée peut être ruinée par une exécution consommée avant l'appel, si elle est obligée de le faire signifier à la personne ou au domicile réel de son créancier, qui peut demeurer loin du lieu où se fait l'exécution.

C'est pour parer à cet inconvénient, que le législateur a ordonné au créancier d'avertir son débiteur, 24 heures d'avance, de l'exécution qu'il entend faire du jugement, à fin de le mettre parla même de prévenir les poursuites, soit par des offres réelles, soit par l'appel ; c'est pourquoi aussi il a chargé le poursuivant d'élire domicile dans le lieu même de l'exécution, et autorisé le

débiteur à interjeter appel à ce domicile élu, afin d'empêcher que le jugement ne soit exécuté avant que le débiteur n'ait pu arriver au domicile réel du créancier pour y faire signifier son appel.

La faculté de signifier l'acte d'appel au domicile élu n'est donc accordée que lorsque le créancier ne demeure pas dans la commune où se fait l'exécution, et dans ce cas, seulement quand il existe un commandement à fin de saisie-exécution.

Il est par conséquent inexact de soutenir que tout autre commandement puisse produire le même effet. Au contraire, quelque soit la distance entre le domicile du débiteur et celui du poursuivant, ou entre le domicile de ce dernier et la commune où doit se faire l'exécution, si le poursuivant n'a pas annoncé la saisie-exécution par un commandement, l'appel du débiteur doit être signifié à la personne ou au domicile réel du poursuivant, encore qu'il ait fait signifier le jugement et fait faire des commandemens d'y satisfaire, dans lesquels il a élu domicile ailleurs que chez lui.

Ainsi, l'art. 456 peut parfaitement subsister avec l'art. 584. Ce dernier article n'est qu'une exception pour un seul cas, c'est-à-dire pour le cas où l'exécution du jugement devant avoir lieu dans une autre commune que celle du domicile du poursuivant, le débiteur a reçu un commandement à fin de saisie-exécution.

C'est en vain qu'on objecte que l'art. 584 se trouverait placé dans le chapitre qui traite de l'appel, s'il devait être appliqué à l'appel du jugement de l'affaire principale; de la place qu'il occupe, il ne résulte nullement qu'il n'ait pour objet que l'appel des jugemens rendus sur des incidens élevés dans l'exécution.

D'abord il était naturel de ne placer cet art. 584 que dans le chapitre où il devenait nécessaire. En second lieu, loin de se restreindre aux jugemens sur des incidens dans l'exécution, il parle généralement de l'appel et ne distingue pas entre les jugemens : il n'est donc pas non plus permis au juge de distinguer. » *Ubi lex non distinguit, » nec nos distinguere debemus.* «

D'ailleurs les raisons qu'on allégué s'appliquent tout aussi bien à l'appel des jugemens de l'affaire principale, qu'à l'appel des jugemens rendus sur des incidens élevés dans l'exécution ; car, si l'on craint que l'intimé puisse souffrir quelque tort dans un cas, cette crainte existe de même dans l'autre.

Enfin, le poursuivant, en élisant domicile dans le commandement à fin d'exécution, ne doit accorder sa confiance qu'à une personne qui la mérite. S'il la place mal, c'est bien sa faute. Un avoué, un huissier, peuvent également manquer à leur devoir ; néanmoins si l'avoué le trahit envers son client, l'adversaire n'en doit point souffrir. Et certes, il ne peut être entré dans l'esprit du législateur d'exposer le débiteur à la vente de son mobilier, pour garantir le poursuivant d'un dommage imaginaire ; ce qui arriverait cependant si la saisie-exécution ne pouvait être arrêtée que par un appel signifié à personne ou domicile.

Toutes ces considérations ont déterminé la cour à admettre la signification de l'appel au domicile élu, dans l'espèce suivante :

Kayser, cultivateur, domicilié dans l'arrondissement de Prüm, avait obtenu jugement contre Baum, de Trèves.

Sur la signification faite du jugement, et d'un commandement à fin de saisie-exécution, Baum

en interjeta appel, qu'il fit signifier au domicile élu par ledit commandement.

L'intimé prétendit que l'appel était nul ; mais ses moyens de nullité furent écartés par l'arrêt qui suit :

ARRÊT.

» Attendu qu'il conste qu'après un premier
 » commandement fait le 14 août dernier, à la
 » requête de l'intimé, en signifiant le jugement
 » qu'il avoit obtenu contre l'appelant, il a fait
 » faire à celui-ci un second commandement, aux
 » termes de l'article 583 du Code de procédure,
 » avec déclaration, que, faute par Baum, de payer
 » la somme y énoncée, *il y seroit contraint après*
 » *vingt-quatre heures.* «

» Que ce deuxième commandement, annonçant
 » une prochaine exécution, contient aussi élec-
 » tion de domicile dans la commune où elle devoit
 » se faire, conformément à l'article 584 du Code
 » précité, qui porte que le débiteur pourra faire
 » à ce domicile élu, toutes significations, même
 » d'offres réelles et d'appel. «

» Que la disposition de la loi, dans ce cas, an-
 » nonce qu'elle a voulu venir au secours du dé-
 » biteur et le mettre à même, par une prompte
 » déclaration d'appel au domicile élu par le com-
 » mandement tendant à exécution, d'empêcher
 » l'humiliation et les pertes qui peuvent résulter
 » de contraintes aussi rigoureuses. «

» Que cette exception, pour le cas prévu, pré-
 » sente une différence remarquable de ceux dont
 » on excipe, d'un appel fait au domicile élu chez
 » un avoué, dont les fonctions expirent lors du
 » jugement définitif, ou d'un mandataire simple-

» ment chargé des poursuites d'une instance, lors-
 » que les pouvoirs et élection de domicile ne s'é-
 » tendent pas jusqu'aux mises à exécution du
 » jugement ; que dans ces cas on doit strictement
 » se conformer à l'article 456 du Code de pro-
 » cédure, par la signification de l'appel à la per-
 » sonne ou au domicile réel ; tandis que suivant
 » l'article 584, dans l'application duquel rentre
 » l'espèce présente, l'appel fait au domicile élu
 » est valable. «

Par ces motifs, — » La Cour sans s'arrêter
 » à la fin de non-recevoir opposée par l'intimé
 » et dont il est débouté, ordonne que les parties
 » plaideront sur l'appel, et condamne l'intimé aux
 » dépens de l'incident. «

Du 9 janv. 1811. Plaid.^t M.M. RUPPENTHAL
 et PÂPÉ.

L'acte d'appel peut-il être valablement signifié au domicile élu dans un commandement, portant simplement, qu'à défaut de satisfaire au jugement, la partie y sera contrainte par les voies de droit ? Rés. négat.

Pour soutenir l'affirmative on a fait valoir les moyens suivans :

D'après l'art. 583 du C. de P., toute saisie-exécution doit être précédée d'un commandement à la personne ou au domicile du débiteur, fait au moins un jour avant la saisie, et contenant notification du titre, s'il n'a déjà été notifié.

D'après l'art. 584, ce commandement doit contenir élection de domicile, jusqu'à la fin de la poursuite, dans la commune où doit se faire l'exécution, si le créancier n'y demeure pas ; et le dé-

biteur peut faire à ce domicile élu toutes significations, même d'offres réelles et d'appel.

La loi n'en exige pas davantage. Ainsi, si la partie qui a obtenu gain de cause a fait signifier le jugement, qui est son titre, avec commandement d'y satisfaire, sous les peines de droit; et si, par ce commandement, elle a élu domicile dans la commune où doit se faire l'exécution, le débiteur n'a pas besoin de faire signifier l'appel à la personne ou au domicile de son créancier; il peut le faire notifier au domicile élu par le commandement.

Dans l'espèce, le jugement a été signifié, et il existe un commandement contenant élection de domicile de la part de l'intimé dans la commune où doit se faire l'exécution du jugement. Ce commandement renferme, en outre, ce qui n'est pas même exigé par la loi, une sommation de satisfaire, sous peine d'y être contraint par les voies de droit; donc l'appel a été valablement signifié au domicile élu.

Mais on a répondu :

Ce n'est que lorsque le débiteur est menacé d'une saisie de ses meubles, qui peut avoir lieu dans les 24 heures, que la loi lui permet de signifier son appel au domicile élu par le commandement du créancier, à fin de le mettre à même de prévenir cette saisie, qu'il ne pourrait souvent plus empêcher, s'il était obligé de signifier l'appel à la personne ou au domicile de son créancier.

Un commandement de satisfaire au jugement, sous peine d'y être contraint par les voies de droit, ne suffit pas encore pour pouvoir procéder un jour après à la saisie des meubles; il faut que le commandement contienne aussi, en termes exprès,

que faute de satisfaire, il sera procédé à la saisie des meubles du débiteur; ce qui résulte évidemment de l'exposé des motifs présenté au corps législatif par Mr. le Conseiller d'état Réal, sur cette partie du projet du C. de P., où on lit ce passage remarquable: » dans le projet, nous » exigeons, ce que ne demandait pas l'ordon- » nance de 1667, que la saisie soit annoncée par » un commandement préalable, qui contienne » élection de domicile, jusqu'à la fin des pour- » suites, dans la commune où doit se faire » l'exécution. «

Dans l'espèce, le commandement n'annonçait pas la saisie des meubles. La formule ordinaire, que, faute de satisfaire au jugement, l'appelant y serait contraint par les voies de droit, ne peut pas remplacer l'annonce expresse exigée par la loi; il aurait fallu un nouveau commandement pour pouvoir procéder à la saisie. L'appelant n'avait par conséquent rien à craindre d'une exécution très prochaine et avait le tems nécessaire pour signifier son appel à la personne ou au domicile de l'intimé.

Ces raisons ont paru décisives à la Cour; en conséquence l'acte d'appel fut déclaré nul.

ARRÊT.

» Attendu, sur la fin de non-recevoir opposée » par l'intimé, que bien que la signification qui » a été faite le 22 octobre dernier, des jugemens » des 25 et 28 août précédens, fasse mention » d'une élection de domicile de la part de l'in- » timé chez le maire de Grünstadt; néanmoins » comme cette signification ne contient qu'un » simple commandement de satisfaire aux dits » jugemens, on ne peut pas en inférer que l'in-

» timé eût pu en vertu de ce commandement
» procéder un jour après à une saisie-exécution,
» puisqu'il ne l'avoit point annoncé par ledit
» commandement, ce qui auroit été nécessaire,
» ainsi que l'a observé l'orateur du gouvernement
» dans le développement des motifs du titre 8 du
» C. de P. civile. «

» Que dès-lors que le simple commandement
» qui a été fait ne remplissoit pas le vœu de l'ar-
» ticle 583 du code précité ; on ne peut invoquer
» dans l'espèce de la cause l'article 584 du même
» code qui autorise le débiteur poursuivi et me-
» nacé de saisie-exécution à faire la signification
» de l'appel au domicile élu par le commande-
» ment préalable prescrit par l'article 583. «

» D'où il suit que l'appel dont il s'agit, n'ayant
» pu avoir lieu de la sorte, auroit dû être fait
» en conformité de l'article 456, ou de l'article
» 69 dont l'inobservation emporte peine de nul-
» lité. «

Par ces motifs, — » La cour déclare l'acte
» d'appel nul et l'appelant non-recevable en son
» appel, avec dépens, ordonne la restitution de
» l'amende consignée. «

Du 6 Mars 1811. Plaid.^t M.M. RUPPENTHAL.
PAPÉ.

Appel. Jugement par défaut. Fin de non-recevoir.

(C. de P. art. 158. 159. 455.)

L'appel d'un jugement rendu par défaut, contre une partie qui n'avait pas d'avoué, est-il recevable, quoique les meubles saisis en vertu du jugement n'ayent pas encore été vendus ? Rés. négat.

Zipf, de Clingenmünster, avait obtenu un jugement par défaut contre Dœrler, de Gœcklingen, qui n'avait pas constitué avoué.

Au moment que Zipf voulait faire procéder à la vente des meubles saisis en exécution de ce jugement, Dœrler en interjeta appel.

Zipf lui opposa la fin de non-recevoir suivante :

Le jugement a été rendu par défaut contre une partie qui n'avait pas d'avoué ; il est donc susceptible d'opposition, devant le tribunal qui l'a rendu, jusqu'à son exécution, suivant l'art. 158 du C. de P.

Selon l'art. 159 du même code, le jugement est réputé exécuté, entr'autres, lorsque les meubles saisis ont été vendus.

Dans l'espèce, ils ne le sont pas encore. Il n'existe pas non plus d'autres circonstances qui fassent réputer le jugement exécuté conformément au même article ; donc il est encore susceptible d'opposition.

Or, comme d'après l'art. 455, les appels des jugemens susceptibles d'opposition ne sont point recevables pendant la durée du délai pour l'op-

position, il s'ensuit tout d'un mot que l'appelant doit être déclaré non-recevable dans son appel, puisqu'il est encore dans le délai de l'opposition.

L'appelant répondait que, pour que le jugement soit réputé exécuté, il suffit, d'après le même art. 159 du C. de P., qu'il existe un acte quelconque duquel il résulte nécessairement que l'exécution a été connue de la partie défaillante.

La loi n'exige pas une exécution consommée ; elle parle seulement de l'exécution.

La signification du jugement ; les commandemens faits en conséquence ; la saisie des meubles de l'appelant, sont certainement des actes qui constituent une exécution, et desquels il résulte nécessairement que cette exécution a été connue de l'appelant. Or, s'il avait connaissance de l'exécution du jugement, il a pu en interjeter appel ; et il a dû le faire d'autant plus, qu'en y formant simplement opposition, il aurait eu à craindre que l'intimé ne lui opposât la connaissance qu'il avait nécessairement de l'exécution du jugement, pour le faire déclarer non-recevable dans son opposition.

Il a prétendu que, si l'art. 159 du C. de P. commence par indiquer les signes auxquels on doit reconnaître si le jugement est censé exécuté, ce n'est que pour autant qu'il n'existe d'ailleurs point d'actes desquels il résulte nécessairement que l'exécution a été connue de la partie défaillante, qu'on doit recourir à ces signes et se déterminer par les exemples posés dans la loi.

Son système n'a pas trouvé l'approbation de la cour.

ARRÊT.

» Attendu qu'il conste du jugement dont est
 » appel, qu'il a été rendu tant contre l'appelant

» Nicolas Dœrler, que contre feu Georges Dœrler,
 » l'un et l'autre *qualifiés défailans*, et par consé-
 » quent n'ayant pas d'avoué ; que suivant l'article
 » 158 du C. de P. l'opposition à un jugement
 » rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué
 » est recevable jusqu'à l'exécution du jugement ;
 » et l'article 159 porte que le jugement est réputé
 » exécuté lorsque les meubles saisis ont été
 » vendus. «

» Que rapprochant de ces dispositions celle
 » de l'article 455 du même code qui veut que
 » les appels des jugemens susceptibles d'opposi-
 » tion ne soient point recevables pendant la durée
 » du délai pour l'opposition, il s'en infère que
 » l'appelant, Nicolas Dœrler, n'ayant point fait
 » usage du bénéfice que la loi lui offroit, en se
 » rendant opposant au jugement par défaut contre
 » lui rendu, jusqu'à ce que les meubles saisis à
 » son préjudice fussent vendus, il y a lieu d'ac-
 » cueillir, suivant le vœu de la même loi, la fin
 » de non-recevoir opposée à son appel. «

Par ces motifs, — » La cour déclare l'ap-
 » pelant non-recevable en son dit appel, avec
 » dépens, ordonne la restitution de l'amende
 » consignée. «

Du 13 février 1811. Plaid.^t MM. RUPPENTHAL
 et HAMBACH.

Appel. Étranger. Signification.

(C. de P. art. 69 n.° 8.)

L'acte d'appel signifié à un étranger, peut-il l'être au domicile du Procureur impérial du tribunal qui a rendu le jugement ? Rés. négat.

Bianchi, de Neuwied, avait obtenu jugement contre Michel Gœdertz, au tribunal de Bonn.

Sur la signification de ce jugement, Michel Gœdertz en interjeta appel, qu'il fit signifier au domicile du Procureur impérial du tribunal de Bonn.

L'intimé argua cet appel de nullité, pour n'avoir pas été signifié au Procureur général de la cour devant laquelle il devait être porté, conformément à l'art. 69 n.° 9 du C. de P. d'après lequel les exploits d'assignations données aux étrangers doivent être affichés à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée, et laissés en copie au Procureur impérial.

Cet article, disait-il, est applicable aux appels, parceque les actes d'appel doivent contenir assignation, à peine de nullité, suivant l'art. 456 du C. de P. La cour d'appel est le tribunal où la demande est portée sur l'appel; par conséquent c'est à la principale porte de son auditoire que l'acte d'appel doit être affiché, et à son Procureur général que la seconde copie doit être signifiée.

L'appelant essaya, mais envain, de soutenir que l'acte d'appel était valable, en prétendant que l'art. invoqué ne parlant que du tribunal où la demande est portée, et du Procureur impérial,

et non pas du Procureur général, on ne pourrait prononcer la nullité qu'en donnant une extension à la loi. Qu'on devait supposer que le législateur s'est contenté d'une signification faite au Procureur impérial, soit qu'il s'agisse de cause principale ou d'appel, la loi ne faisant pas de distinction.

Cette prétention a été écartée par l'arrêt suivant :
 » Attendu qu'aux termes de l'art. 69 du Code
 » de procédure civile, l'acte d'appel et assigna-
 » tion devant la cour devait, dans l'espèce de la
 » cause, être signifié par copie laissée au domi-
 » cile du Procureur général impérial ; que n'ayant
 » pas été satisfait à cette formalité qui est pres-
 » crite à peine de nullité par l'art. 70 du même
 » code. «

Par ces motifs, — » La cour, déclare ledit
 » acte d'appel nul et non-recevable, et condamne
 » l'appelant aux dépens. «

Du 30 janvier 1811. Plaid.^s M.M. PAPÉ et
 BOCHKOLTZ.

Droit litigieux. Cession. Avoué.

(Code Napoléon. Art. 1597. 1699. 1701.)

La cession faite à un avoué, d'un droit litigieux de la compétence d'un tribunal de première instance autre que celui près lequel il exerce, mais ressortissant à la même cour d'appel, est-elle nulle ?
 Rés. négat.

Les lois romaines sont beaucoup plus sévères que les lois françaises en matière de cessions d'actions ou de créances.

Suivant la loi 22. Cod. *Mandati vel contra*, appelée *loi Anastasienne*, combinée avec la loi 23 *cod.* rendue par *Justinien*, tout débiteur d'un droit cédé, encore qu'il ne fût point litigieux, pouvait s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession, avec les intérêts; et quoique cette disposition ne regardât pas les donations pures et simples, néanmoins si le débiteur pouvait prouver qu'il y avait simulation, et que le donataire avait payé quelque chose pour obtenir la donation, ou si la cession avait été faite en partie par donation et en partie à prix d'argent, le remboursement de ce qui avait été payé suffisait pour libérer entièrement le débiteur.

Les cessions faites en faveur des co-héritiers ou des légataires de droits et actions héréditaires; celles au profit des co-propriétaires ou possesseurs de la chose cédée, et des créanciers du cédant étaient seules exceptées de la rigueur de cette règle générale.

Outre cela, il y avait des cessions qui étaient entièrement prohibées, et qui entraînaient même des amendes d'après la loi romaine.

Ces cessions étaient de trois espèces : celles faites *in potentiolem* ; celles faites *judicii mutandi causa*, et celles de droits litigieux.

La première espèce de cessions était nulle, comme empirant communément la condition du débiteur ; elle était même punie de la privation du droit cédé, lorsqu'il y avait eu mauvaise foi dans la cession. *L. L. 1 et 2 Cod. ne liceat.*

La deuxième espèce n'était pas nulle ; elle donnait seulement lieu à des dommages-intérêts, au profit du débiteur, en tant qu'il lui importait d'avoir un adversaire qui ne demeurât pas dans une autre province.

L'exception *judicii mutandi causa* pouvait être opposée, quoique la chose cédée n'eût pas encore été litigieuse au moment de la cession, pourvu qu'on pût prévoir qu'elle le serait. Néanmoins l'exception tombait chaque fois qu'il n'y avait eu ni dol, ni fraude. *L. 1. §. 1. L. 2. et L. 8. §. 1. ff. de alienat. jud. mut. c. f.*

Les cessions de la troisième espèce étaient généralement nulles, et cette nullité était presque toujours accompagnée d'une amende pécuniaire.

Par exemple : si le cédant et le cessionnaire savaient que la chose était litigieuse, le cessionnaire était obligé de la restituer ; le prix de la cession tournait au profit du fisc, et le cédant encourait une amende égale à la valeur qu'il avait reçue pour le transport du droit cédé. Si, au contraire, le cessionnaire ignorait que l'objet était litigieux, la chose cédée ainsi que le prix payé devaient être réciproquement restitués ; mais le cédant était en outre tenu de verser une somme égale aux deux tiers du prix de la cession dans la caisse du fisc, et de payer l'autre tiers au cessionnaire, pour le

dédommager de la fraude qu'il avait commise envers lui, en lui cachant la vérité. *L. 4. C. de litigios.* Il résulte du but et des motifs de la loi, que quoique les cessions de droits litigieux fussent nulles dans tous les cas, l'amende n'était cependant encourue, même contre le cédant, qu'autant, qu'au moment du transport, il avait su que la chose qui en faisait l'objet était déjà ou deviendrait litigieuse; car ce n'était que sa mauvaise foi que la loi entendait punir par l'amende.

Les cessions de droits litigieux faites en faveur du mariage, pour dot, par manière de transaction, pour droits héréditaires, étaient seules exceptées de la rigueur de ces règles.

Le Code Napoléon a entièrement changé cette législation.

Aujourd'hui on peut céder toutes sortes de droits et d'actions à qui l'on veut. Le débiteur cédé est tenu envers le cessionnaire des mêmes obligations dont il était tenu envers son créancier originaire, quel qu'ait été le prix de la cession, et quand même l'acte de transport présenterait un mélange de vente et de donation, ou une donation simulée, pour laquelle le cessionnaire aurait payé quelque somme.

Quiconque n'est pas trop épris de l'excellence du droit romain, doit convenir que la loi française repose sur les vrais principes. En effet, par quel motif raisonnable un débiteur peut-il demander que le cessionnaire lui fasse les mêmes avantages que son créancier a trouvé bon de faire à celui-ci? La circonstance que le créancier a cédé son droit pour une somme moindre que celle qu'il était autorisé à réclamer, peut-elle diminuer les obligations du débiteur? Chacun n'est-il pas mai-

tre de disposer de sa propriété comme bon lui semble ?

Les lois romaines peuvent avoir été très bonnes dans les tems où elles ont été introduites, parce que la condition des débiteurs était plus dure chez les Romains qu'elle ne l'est dans nos mœurs. Aujourd'hui que le motif de la loi *anastasienn*e n'existe plus, elle devait naturellement cesser avec sa cause. Il en est de même des lois *ne liceat in potentio*rem et *judicii mutandi causa*; la loi française accordant la même protection et la même justice au faible comme au fort, au pauvre comme au riche, toute crainte de vexation et d'oppression disparaît.

Le législateur français n'a fait exception à ces principes que relativement aux cessions de droits litigieux, en tempérant néanmoins la rigueur de la loi romaine.

Ces sortes de cessions ne sont plus généralement nulles; elles le sont seulement lorsqu'elles sont faites en faveur de l'une des personnes désignées dans l'art. 1597 du C. Nap., savoir: des juges, juges-suppléans, des magistrats remplissant les fonctions du ministère public, des greffiers, huissiers, avoués, défenseurs-officiels et notaires, et pour autant que le droit cédé est de la compétence du tribunal dans le ressort duquel le cessionnaire exerce ses fonctions. Mais malgré la nullité de pareilles cessions, elles n'entraînent point d'amende; la seule peine encourue par le cessionnaire, (le cédant ne s'expose à aucune responsabilité) consiste dans les dépens et dommages-intérêts revenant au débiteur cédé.

Quant aux cessions d'actions ou de droits litigieux faites à des personnes autres que celles in-

diquées dans l'art. 1597 précité, le Code Napoléon leur applique les dispositions de la loi *anastasiennne*, c'est-à-dire, que le débiteur cédé peut se libérer envers le cessionnaire par le remboursement du prix réel de la cession, en y ajoutant, outre les intérêts qui ont couru depuis le jour que le cessionnaire a payé ce prix, les frais et loyaux couts. Art. 1699. Et pour que cette faculté soit accordée au débiteur, il ne suffit pas qu'on ait pu prévoir que la chose deviendrait litigieuse ; il faut qu'il y ait eu réellement procès et contestation sur le fond du droit cédé à l'époque de la cession ; de plus, que le cessionnaire ne soit pas co-héritier ou co-propriétaire de la chose cédée ; qu'elle ne lui ait pas été cédée en paiement de ce qui lui était dû ; que la cession n'ait pas été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. Art. 1700. et 1701. du C. N.

Les motifs qui ont engagé le législateur à accorder cette faculté au débiteur se trouvent consignés dans le procès-verbal des conférences du conseil d'état.

On y lit, que bien que la faculté accordée par l'art. 1699 du C. N. pût paraître exorbitante, elle se trouvait néanmoins justifiée par la défaveur qui pèse sur les acquéreurs de droits litigieux ;

Que le but de cet article était de détourner les cessionnaires de faire de ces marchés odieux, par la crainte de n'en pas tirer de bénéfice ;

Que s'il pouvait arriver qu'un homme riche, pour obliger un pauvre, lui achetât ses droits litigieux, et que la partie adverse profitât ainsi seule du marché, s'il lui était permis de se soustraire à une juste condamnation, par le remboursement du cessionnaire ; il restait cependant toujours vrai, que, dans cette hypothèse même, le procédé du

cessionnaire serait immoral, puisqu'il aurait pu faire des avances au pauvre pour le mettre à même de soutenir le procès, au lieu de s'approprier ses droits ;

Qu'encore qu'on puisse regarder une pareille cession comme un contrat aléatoire, en tant qu'il y a incertitude sur l'événement du procès ; néanmoins le cessionnaire ne peut pas prétendre qu'on le constitue en perte lorsqu'on lui rembourse la valeur à laquelle il a lui même estimé la chose.

Enfin on a cité un exemple effrayant du grand abus qu'avaient entraîné ces sortes de cessions dans le midi de la France, en ce que les choses y étaient montées au point qu'il y avait des gens qui faisaient un métier des marchés de procès, et qui poursuivaient les pauvres débiteurs, avec une rigueur si outrée, qu'elle amena, dans le Vivarais une insurrection, qu'on ne put réprimer qu'en envoyant de la force armée avec des commissaires.

Ainsi, l'art. 1699 du C. N. été dicté par un sentiment de morale et d'humanité. Réprimer l'avidité des marchands de procès, et protéger les débiteurs contre leurs vexations, voilà le but de la loi.

Qu'on ne dise pas qu'il importe peu au débiteur d'avoir tel ou tel créancier ; que s'il doit subir condamnation envers son créancier originaire, il est juste qu'il la subisse envers le cessionnaire de ce dernier ; que sa condition n'est donc pas rendue pire par la cession !

Le législateur a pensé, avec raison, que si, dans l'incertitude de son droit, ou pour se débarrasser d'un procès, le créancier consent à faire un sacrifice, il doit le faire à son débiteur, de préférence à tout autre, surtout puisqu'il n'est pas

à présumer que le débiteur , pour acheter également son repos, ne paierait pas au créancier ce qu'il est obligé de payer au cessionnaire , pour arriver au même but. Enfin, les cessions de droits litigieux sont toujours présumées faites au préjudice du débiteur , ou dans une mauvaise intention quelconque ; tandis que les cessions de droits non contestés sont réputées faites de bonne foi, ce qui justifie assez la différence des principes de législation sur les unes et les autres.

Mais arrivons à la question qui nous occupe principalement.

Glentzer , ayant obtenu , au tribunal de commerce de Simmern, un jugement de condamnation contre son débiteur Breuer , céda son droit à l'avoué N.N. de Coblenz.

Sur la signification de l'acte de transport, appel de la part de Breuer ; et sur la mise en cause du cessionnaire N. N. , ordonnée par arrêt préparatoire , conclusions de l'appelant tendantes à l'annulation de la cession comme faite en contravention à l'art. 1597 du C. N.

L'appelant fondait sa demande sur l'immoralité de pareilles cessions, et surtout sur un arrêt de la cour d'appel d'Amiens qui a annullé une cession d'un droit litigieux faite à un avoué, quoique cet avoué n'exerçât pas près le tribunal qui aurait dû connaître du fond du droit cédé, mais près un autre tribunal de première instance ressortissant à la même cour d'Amiens.

Il a observé que cet arrêt avait prononcé d'office la nullité de la cession, sur les seules réquisitions du ministère public.

Mais on a répondu , que la prohibition portée par l'art. 1597 est une limitation du droit natu-

rel, qui dès-lors doit être restreinte aux seuls cas pour lesquels elle est faite.

Que d'après cet article, les cessions de droits litigieux ne sont nulles qu'autant que le cessionnaire exerce ses fonctions dans le ressort du tribunal compétent pour connaître du fond du droit cédé. Que si le législateur avait entendu frapper de la même nullité toutes les cessions de droits litigieux faites dans le ressort de la cour d'appel à des officiers résidans dans le même ressort, encore qu'ils n'exerçassent pas leurs fonctions près le tribunal de première instance compétent pour prononcer sur le fond du droit cédé, il aurait rédigé l'article autrement qu'il ne l'a fait; que l'avoué N. N. n'exerçait pas son ministère dans l'arrondissement du tribunal de Simmern, mais dans celui du tribunal de Coblenz; et qu'ainsi la cession devait être maintenue, non obstant la circonstance que ces deux tribunaux ressortissent à la même cour d'appel.

Ce sentiment a été adopté par l'arrêt suivant:

» Attendu que le cessionnaire N. N. n'exerçant pas au tribunal de Simmern, qui était saisi de la contestation, ne se trouve pas compris dans la prohibition de l'art. 1597 du code civil.

Par ces motifs, — » La cour etc.

Du 24 juin 1807. Plaidant M. M. RUPPENTHAL, PAPÉ et CARDON.

Acte écrit. Preuve testimoniale. Tribunal de commerce.

(C. N. art. 1341. C. de C. art. 109.)

Sil résulte de l'aveu des parties que les choses ne se sont pas passées précisément comme il est dit dans l'acte, les tribunaux de commerce peuvent-ils admettre la preuve testimoniale contre ou outre le contenu à l'acte ? Rés. affirmat.

Jacques Kleutgen, marchand à Trèves, fait assigner Marx, batelier de la même ville, devant le tribunal civil, siégeant comme tribunal de commerce, aux fins de le faire condamner, même par corps, au paiement d'un billet à ordre de 437 fr. portant la date du 22 décembre 1809.

Marx excipe que le montant du billet, ainsi qu'une somme de 1292 francs, montant d'un autre billet, ont été compensés avec le prix de vente d'un bateau qu'il a cédé à Kleutgen; et que les deux billets se trouvent exister sans cause dans les mains de celui-ci.

Kleutgen produit le contrat de vente du bateau. Ce contrat porte que le prix du bateau a été payé comptant, et il est signé des époux Marx; mais il est à remarquer qu'il a une date postérieure aux deux billets.

Kleutgen convient que le prix du bateau n'a pas été payé comptant, comme le porte l'acte; qu'il a été, au contraire, acquitté par compensation de quelques créances que lui devaient les époux Marx, entr'autres par le billet des 1292 francs; mais il ajoute que le billet des 437 francs n'est pas entré dans cette compensation, et n'y

pouvait entrer , parcequ'il n'existait pas encore à l'époque de la vente du bateau , quoique portant une date antérieure au contrat de la dite vente.

Il donne pour raison de l'antériorité de la date du billet , qu'on avait fait un premier contrat de vente , longtemps avant l'existence dudit billet , auquel on avait ensuite substitué le contrat actuel portant pour date le jour de sa confection , et non pas le jour de la vente. Que ce changement avait eu lieu , parceque le premier contrat n'était pas fait double , conformément à la loi , et ne portait pas une quittance de paiement écrite en toutes lettres et approuvée par les époux Marx.

Dans ces circonstances , le tribunal de Trèves crut devoir charger Marx de prouver que le billet des 437 fr. avait été également compensé avec le prix du bateau par lui vendu , et admettre Kleutgen à la preuve par lui offerte , qu'on avait détruit et remplacé le premier contrat de vente antérieur au billet par le contrat présenté.

Appel des deux parties.

Le billet des 437 fr. , disait Marx , doit être censé acquitté par compensation , comme celui des 1292 francs ; puisque l'un et l'autre sont antérieurs au contrat de vente du bateau. L'aveu fait par Kleutgen , que le billet des 1292 francs se trouve compensé et exister sans cause dans ses mains , prouve suffisamment que le billet de 437 fr. est également entré en compensation du prix du bateau ; d'ailleurs n'existe pas de raison pour croire le contraire. — Il est vrai que Kleutgen possède encore le billet , mais il possède aussi celui des 1292 francs ; néanmoins il convient que ce dernier est acquitté : donc cette possession ne s'oppose pas à la présomption du paiement.

Rien ne prouve qu'il ait existé un contrat de vente du bateau, avant le billet des 437 fr. Le contrat présenté porte une date postérieure à celle du dit billet; on ne peut établir, par la preuve testimoniale, l'existence d'un contrat antérieur; c'est au contrat produit qu'on doit s'en rapporter.

Il a conclu à la réformation du jugement.

Si j'avais été de mauvaise foi, répondait Kleutgen, j'aurais pu demander le paiement du billet des 1292 francs, aussi bien que de celui des 437 fr.; car je suis possesseur des deux billets, et le contrat que je présente porte que j'ai payé comptant le prix de vente du bateau.

Marx n'a donc pour lui que mon aveu, que le montant du billet des 1292 fr. a été compensé avec le prix du bateau; l'acte de vente prouverait le contraire. Tout en avouant la compensation du billet de 1292 fr., j'ai déclaré que le billet des 437 fr. m'était encore dû. Cet aveu est un aveu qualifié, qui ne peut être divisé; si Marx veut en accepter une partie, il doit nécessairement aussi accepter l'autre.

Ainsi, le tribunal de commerce a mal jugé, en admettant Marx à prouver le contraire de la seconde partie de mon aveu; il fallait l'admettre ou le rejeter en entier.

En jugeant ainsi, le tribunal a violé l'art. 1341 du C. N.; car bien que les tribunaux de commerce puissent faire entendre des témoins, dans le cas même où la preuve testimoniale ne serait pas recevable en matière civile, néanmoins cette faculté ne doit avoir lieu que lorsqu'il n'existe pas d'acte écrit.

Dans l'espèce, il existe un billet de créance, et un contrat de vente; le tribunal de commerce ne pou-

vait donc pas, sans violer l'art. précité du C. N., admettre Marx à prouver par témoins le contraire de ce que portent ces deux écrits.

Il pouvait d'autant moins admettre la preuve testimoniale, dans l'espèce, que si, au lieu d'une contestation sur le billet à ordre, il s'en fût élevé une sur l'exécution du contrat de vente du bateau, cette contestation aurait été de la compétence du tribunal civil, puisque ni Marx ni Kleutgen ne sont marchands de bateaux; et le tribunal civil n'aurait pas pu admettre la preuve vocale, soit parcequ'il existait un contrat écrit, soit parceque la valeur de l'objet excédait 150 fr. La circonstance que le tribunal de commerce a eu à connaître d'un contrat purement civil, incidemment à une affaire de commerce, ne l'autorisait pas à s'écarter, pour cet objet, des règles ordinaires de la procédure civile et d'appliquer celles reçues en matière de commerce.

Il a conclu à ce que la preuve imposée à Marx, par le jugement dont est appel, fût déclarée inadmissible.

On verra que la cour ne s'est arrêtée ni à l'une ni à l'autre des exceptions des parties.

On a trouvé que, d'après la disposition finale de l'art. 1341 du C. N., les règles générales établies par cet article, ne font pas préjudice à ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

D'un autre côté, on a pensé que, quand même il serait vrai de dire que les Tribunaux de commerce ne puissent pas admettre la preuve testimoniale lorsqu'il existe des acts écrits, cette règle devrait cependant souffrir une modification lorsqu'il appert par les déclarations mêmes des

parties , que les faits consignés dans ces actes sont inexacts. On a observé de plus , que s'il n'était pas permis d'entendre des témoins au cas que l'une des parties seulement prétendrait que les choses se fussent passées autrement qu'il est dit dans l'acte , tandis que l'autre soutiendrait le contraire , puisque ce serait détruire la foi due au contrat ; il en doit être autrement lorsque les deux parties conviennent de l'inexactitude de l'acte ; que dans ce cas l'on doit admettre la preuve testimoniale pour vérifier les faits ; que c'est même le seul moyen de découvrir la vérité.

Application faite de ces principes à l'espèce, le premier juge avait bien jugé ; car dès que, malgré la teneur expresse du contrat de vente du bateau , Kleutgen convenait que le prix n'avait pas été payé comptant , et qu'une somme de 1292 fr. , dont il tenait encore le billet en mains , était entrée en compensation du prix de vente , on pouvait présumer qu'il était possible que le billet des 437 fr. fût également compensé , comme portant une date antérieure au contrat de vente ; et sous ce rapport , on devait admettre Marx à prouver la vérité du fait de la compensation de ce billet , non obstant l'objection faite par Kleutgen que son aveu était qualifié , puisque cet aveu , portant sur deux faits différens , dont l'un pouvait subsister indépendamment de l'autre , était divisible de sa nature. Mais dès que Marx était admis à prouver la compensation , la contre preuve était de droit , et ne pouvait être mieux faite que par celle de l'existence d'un contrat de vente antérieur au billet de 437 fr. , ce qui aurait exclu nécessairement la compensation d'une dette postérieure.

On avait bien observé que l'aveu de Kleutgen était une preuve indubitable de sa bonne foi, puisqu'il aurait pu exiger les 1292 fr. sans que Marx eût pu se dispenser de les payer ; que l'équité ne permettait donc pas d'autoriser Marx à rétorquer cet aveu contre Kleutgen, et qu'il fallait par conséquent débouter Marx purement et simplement, à charge par Kleutgen d'affirmer que le billet de 437 fr. n'était pas entré en compensation du prix du bateau. Mais cette opinion n'a pas prévalu ; le jugement a été confirmé par l'arrêt suivant :

» Attendu que sur la contestation dont il s'a-
 » git, et qui a principalement pour objet le paye-
 » ment du billet ou lettre de change du 22 dé-
 » cembre 1809, dont la date est antérieure à la
 » vente qui avoit été faite d'un bateau par An-
 » toine Marx à Jacques Kleutgen le 1 février
 » 1810, il a été soutenu d'un côté par Marx que
 » le montant de cette lettre de change avoit été
 » compensé sur le prix de ladite vente, ainsi que
 » le montant d'un autre billet de 1292 fr. 92 cent.
 » desquels deux billets ledit Marx a demandé
 » l'extradition ou remise, se trouvant éteints et
 » sans cause.

» Que d'un autre côté, Kleutgen est convenu
 » que ce dernier billet avoit été compensé avec
 » le prix de ladite vente ; mais qu'il n'en étoit
 » pas ainsi de celui du 22 décembre.

» Que sur cet aveu les premiers juges, sié-
 » geant en tribunal de commerce, ont pu rendre
 » l'interlocutoire dont est appel pour éclaircir le
 » fait de compensation allégué par Marx, et ce-
 » lui articulé par Kleutgen relatif à la vente du
 » bateau, sauf à avoir tel égard que de droit aux

» preuves qui seraient ou pourraient être respecti-
» vement administrées : d'où il suit que le juge-
» ment attaqué est susceptible d'être confirmé.

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter à
» l'appel incident, met l'appel principal au néant,
» et condamne Marx, appelant principal, en l'a-
» mende et aux dépens. «

Du 9 janvier 1811. Plaidant MM. ALDEN-
HOVEN et RUPPENTHAL.

Nullité de Mariage. Femme. Convul. Délai.

(C. N. art. 146. 180. 181. 201. 202. 268.)

La femme, dont le mariage a été déclaré nul, peut-elle se remarier avant dix mois, à compter du jugement qui a prononcé la nullité de son mariage précédent ? Rés. négat.

Le Code Napoléon décide formellement, art. 228, que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent.

Le mariage se dissout 1.^o par la mort de l'un des époux ; 2.^o par le divorce légalement prononcé ; 3.^o par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile. art. 227.

Quoique la nullité du mariage ne se trouve pas mentionnée parmi les causes de dissolution du mariage énoncées dans l'article précédent et n'en

puisse faire partie, puisque la dissolution suppose la préexistence d'un mariage valable; quoique le C. N. soit d'ailleurs muët sur le tems qui doit s'écouler entre la déclaration de nullité d'un mariage et le nouveau convol de la femme, les raisons qui ont engagé le législateur à défendre le nouveau mariage de la femme avant dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent existent dans le cas de la nullité tout aussi bien que dans celui de la dissolution du mariage, et exigent par conséquent l'application du même principe.

Ainsi de même que, pour assurer l'état et la fortune de l'enfant que la femme peut porter dans son sein à l'époque de la dissolution du mariage arrivée de l'une des trois manières exprimées par l'art. 227 du C. N., la loi défend expressément à la femme de contracter un nouveau mariage avant dix mois révolus; de même le juge doit, en suppléant au silence de la loi, appliquer la même défense, lorsqu'il s'agit du convol d'une femme dont le précédent mariage n'a pas été dissous, mais déclaré nul, puisqu'il est possible dans le second comme dans le premier cas, qu'elle soit enceinte.

Cette mesure de précaution n'est pas seulement commandée par l'intérêt des familles, elle l'est aussi par la morale publique; car il serait scandaleux qu'une femme pût passer des bras d'un homme dans ceux d'un autre sans aucun intervalle de continence.

Sous ce rapport, les opinions des jurisconsultes ne sauraient guères être divisées; mais il se présente une autre difficulté. Les dix mois doivent-ils commencer à courir du jour du jugement qui prononce la nullité du mariage, ou depuis l'époque

où , reconnaissant le vice de leur union , les époux ont cessé de cohabiter ?

On peut soutenir l'une et l'autre thèse ; la première a même prévalu tant au tribunal de première instance de Spire que devant la cour d'appel , dans l'espèce suivante :

Julie Crusius de Franckweiller , avait été forcée par son père de prendre pour mari un homme que son cœur rejetait.

Aussi n'était-elle mariée que depuis quelques mois qu'elle s'adressa déjà au tribunal de Spire aux fins de faire annuler son mariage.

Le mari ayant avancé qu'elle avait librement consenti au mariage , et qu'il y avait eu d'ailleurs cohabitation continuée pendant six mois depuis qu'elle avait acquis sa pleine liberté , ce qui l'aurait rendu à la fois non recevable et mal fondée dans sa demande ; le tribunal , avant faire droit , chargea la femme de prouver que son consentement au mariage lui avait été arraché par les menaces et violences de son père , et qu'elle n'avait pas cohabité avec son mari pendant six mois , depuis qu'elle avait acquis sa liberté.

Elle fournit si bien la preuve de l'un et de l'autre fait , que le mari n'essaya pas même de prouver le contraire.

En conséquence , le 25 fructidor an 13 , jugement , par lequel le tribunal , attendu la preuve acquise du fait de menaces et violences , et de l'absence d'une cohabitation continuée pendant six mois depuis que la demanderesse avait recouvré sa liberté , déclara le mariage nul.

Acquiescement du mari à ce jugement , par le mariage qu'il contracta peu de tems après avec une autre femme.

Julie Crusius, se croyant également autorisée à former de nouveaux liens, s'adressa à l'officier de l'état civil; mais celui-ci refusa de faire les affiches de publications du mariage, par le motif que les dix mois prescrits par l'art. 228 du C. N. n'étaient pas encore écoulés depuis le jugement qui avait déclaré nul le précédent mariage.

Pour faire lever cet obstacle, elle eut recours au tribunal de Spire; mais ce tribunal, loin d'ordonner à l'officier de l'état civil de passer outre à la célébration du mariage, comme Julie Crusius l'avait demandé par sa requête, rendit au contraire le jugement suivant:

» Considérant que d'après les art. 201 et 202
 » du code civil, le mariage qui a été déclaré
 » nul produit néanmoins les effets civils, tant à
 » l'égard des époux qu'à l'égard des enfans, lors-
 » qu'il a été contracté de bonne foi; qu'il im-
 » porte dès-lors de prévenir cette incertitude que
 » la turbation du sang occasionnée par un ma-
 » riage trop précipité pourrait produire à l'égard
 » des enfans.

» Considérant que tel était l'esprit de la loi ro-
 » maine qui a défendu aux femmes veuves de
 » convoler en secondes nocés (*Annus luctus*) avant
 » que dix mois fussent écoulés; que tel est aussi
 » évidemment l'esprit de l'art. 228 du code civil;
 » et que malgré les apparences de l'éloignement
 » que l'exposante paroît avoir eu pour son cide-
 » vant mari, il est néanmoins possible qu'il y ait
 » eu copulation.

» Met, quant à présent, néant sur la pétition.
 » Le 6 mars 1806.

Julie Crusius a interjeté appel de ce jugement, et présenté requête à la Cour pour le faire réformer.

Le tribunal de Spire, disait le défenseur de l'appelante, a fait une fausse application de la loi ; il a violé l'art. 228 du C. N., et blessé l'autorité de la chose jugée résultant du jugement du 25 fructidor an 13. Le principe qu'il a établi par le jugement du 6 mars 1806, dont il est appel, est dangereux et contraire à la morale et à l'intérêt des familles.

Le tribunal a fait un fausse application de la loi, en fondant sa décision sur les art. 201. 202 et 228 du C. N., pour justifier qu'une femme, dont le mariage a été déclaré nul, doit attendre dix mois avant de pouvoir se remarier avec un autre que son précédent époux.

Cet article 228 n'est applicable qu'aux cas exprimés dans l'art. 227, c'est-à-dire, à la dissolution d'un mariage valable antérieur. Il n'en est pas de même d'un précédent mariage nul ; le jugement qui en prononce la nullité ne peut pas être regardé comme une dissolution du mariage ; car on ne peut pas dissoudre ce qui n'a pas existé réellement. Or il est de principe que l'effet d'un jugement qui déclare nul un contrat remonte à l'origine même du contrat ; et d'après cela, il est clair, qu'un jugement portant annulation d'un mariage, déclare par cela même, qu'il n'a jamais existé de mariage.

Donc, si le jugement qui annule un mariage ne peut pas être assimilé à une dissolution de mariage ; si l'art. 228 du C. N. n'est applicable qu'aux mariages dissous, il est évident que c'est l'appliquer faussement que de l'étendre aussi aux mariages déclarés nuls.

La loi est muête sur le point de savoir, à quelle époque une femme peut se remarier, lorsque son premier mariage a été déclaré nul.

Que conclure de ce silence ? Que la femme peut se remarier quand elle veut. Du moins on peut soutenir cette thèse, d'après le principe que les actes de liberté naturelle peuvent toujours être exercés, à moins qu'une loi positive ne s'y oppose.

Mais supposez que la règle établie par l'art. 228 du C. N. doive, par une similitude de raison, être étendue aux mariages déclarés nuls, elle doit néanmoins souffrir une modification qui la fasse concorder avec l'esprit des autres dispositions du code ; et en examinant le jugement sous ce point de vue, on trouve qu'il a violé la loi.

D'après les principes qui régissent le mariage valablement contracté, il produit les effets civils jusqu'au jour de sa dissolution. D'après les art. 201 et 202 du C. N. le mariage nul ne produit, au contraire, les effets civils qu'autant qu'il a été contracté de bonne foi. Lorsque la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, ce n'est qu'à l'égard de cet époux et des enfans seulement qu'il les produit.

Suivant l'art. 181 du C. N., la demande en nullité d'un mariage contracté sans le libre consentement de l'un des époux n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou reconnu son erreur.

En combinant ces différentes dispositions, il en résulte, qu'un mariage dont on demande et obtient la nullité ne produit les effets civils que jusqu'au moment où la bonne foi des époux ou de l'un des époux a cessé. Or elle cesse de part et d'autre par la demande en nullité du mariage, puisqu'il est impossible de se regarder de bonne

foi comme mari et femme, pendant qu'on est en procès sur la validité du mariage. Il en résulte encore que la supposition d'une cohabitation prolongée au-delà de six mois, depuis que l'époux demandeur a acquis sa pleine liberté, ou reconnu son erreur, est inconciliable avec l'action en nullité du mariage.

La conséquence irrésistible de ces principes est, qu'un jugement qui déclare un mariage nul ne peut pas être regardé comme une dissolution du mariage, puisque pour être considéré comme tel, il faudrait que le mariage produisit jusques là les effets civils; or la légitimité des enfans est sans doute un effet civil du mariage. Une autre conséquence incontestable qui dérive de la première est, que les dix mois que la femme doit attendre, avant de pouvoir contracter un nouveau mariage, doivent courir du jour où la bonne foi des époux a cessé, c'est-à-dire, de l'époque à laquelle expiraient les six mois fixés par l'art. 181 du C. N., ou de celle de la demande en nullité, si elle a été formée avant l'expiration de ces six mois; puisque toute cohabitation postérieure à ces deux époques est une renonciation tacite à la nullité du mariage, qui ne permet plus de prononcer cette nullité.

En fait, il y avait plus de dix mois, à l'époque où l'appelante a voulu se remarier, que la cohabitation, et par conséquent la bonne foi des époux, avaient cessé. Le premier juge aurait donc dû lui permettre de se remarier sur le champ; l'ayant renvoyée à une époque plus éloignée, il a mal jugé et son jugement doit être réformé.

Mais il y a plus; le premier juge a aussi violé l'autorité de la chose jugée.

Par son jugement du 25 fructidor an 13, il n'a prononcé la nullité du mariage que parcequ'on

avait justifié du fait de l'absence d'une cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'appelante avait joui de sa pleine liberté ; voilà un point de fait irrévocablement jugé par l'acquiescement du mari. Comment ce même juge pouvait-il donc ensuite juger le contraire, sans blesser les règles de la jurisprudence, en supposant une cohabitation postérieure, et en fondant son jugement du 6 mars 1806 sur cette supposition ? Comment le pouvait-il, sans blesser même les intérêts du mari, en déclarant celui-ci père de l'enfant que l'appelante aurait pu concevoir depuis la cessation de la cohabitation constatée par un jugement irrévocable, rendu entre lui et son ancienne épouse ? Cette erreur judiciaire commande la réforme du jugement dont il est appel.

En effet, la morale et l'intérêt des familles seraient singulièrement compromis si les enfans conçus entre la cessation de la cohabitation ordonnée par la loi et le jugement qui prononce la nullité du mariage, étaient censés appartenir au précédent mari, à moins qu'il ne prouvât l'adultère ; car quel vaste champ pour la femme de le gratifier d'héritiers ?

On m'objectera peut-être que dans les causes de divorce, cette action serait également éteinte par une reconciliation qui résulterait d'une cohabitation continuée après la demande ; que les époux qui sont en procès de divorce doivent donc également s'abstenir du commerce conjugal, et que le mari est néanmoins père de l'enfant que la femme concevrait avant le jugement qui admet le divorce : objection dont on voudra tirer la conséquence que dans les actions en nullité de mariage, le mari doit de même être censé père des enfans que la

femme conçoit jusqu'au jugement qui déclare le mariage nul.

Mais cette manière d'argumenter serait vicieuse; car le divorce suppose l'existence d'un mariage valable jusqu'au moment de sa dissolution, qui dès-lors ne permet pas de s'écarter de la règle: *pater est quem nuptiæ demonstrant*; tandis que, comme je l'ai démontré, le mariage infecté de nullité n'en est point un, et ne jouit des prérogatives du mariage que par une exception à la règle générale, dans certains cas, et pour le tems seulement que dure la bonne foi des époux.

Enfin pour justifier la décision du premier juge, on va jusqu'à dire qu'il serait possible que la femme cédât aux instances ou à la violence de son mari, et qu'elle devînt enceinte même pendant le procès. On s'appitoye sur le sort de l'enfant, pour prouver la nécessité d'attribuer les effets civils au mariage jusqu'au jugement qui le déclare nul.

Il est facile de dissiper cette crainte: la loi en offre un moyen infailible. La femme ainsi subjuguée, par la passion ou la violence, peut faire valider son union et rendre son enfant légitime, en alléguant le fait de la cohabitation survenue.

Néglige-t-elle de se préparer la preuve de ce fait, ou ne veut-elle pas même en faire usage, elle doit en supporter les suites, et ne mérite pas plus de faveur qu'une autre femme qui serait devenue mère sans être épouse; au contraire, elle en mérite encore moins, puisque la dernière ne trouve pas le même appui dans la loi, pour effacer la honte de sa faiblesse ou de son malheur.

Le défenseur de l'appelante a terminé sa plaidoirie par une réflexion aussi hardie que frappante.

Aucun tribunal au monde, disait-il, n'écouterait des plaideurs qui, tout en exécutant un contrat, en demanderaient la nullité. Eh bien ! Le tribunal de Spire a décidé qu'on peut continuer de vivre comme mari et femme, tout en attaquant la validité du mariage ! C'est transformer ce contrat sacré, en un concubinage scandaleux réprouvé par la loi divine et humaine.

Mais quelques efforts, que l'habile défenseur de l'appelante ait faits, il n'a pas remporté la victoire ; le ministère public s'est élevé avec force contre son système, et la majorité des juges l'a également condamné.

On a répondu :

Le mariage, quoiqu'attaqué de nullité, ne laisse pas de subsister de fait jusqu'à ce qu'il soit déclaré nul par un jugement passé en force de chose jugée. Si cette vérité ne peut pas être contestée, il en résulte que le jugement qui le déclare nul, équivaut à l'une des dissolutions exprimées dans l'art. 227 du C. N., et dès-lors devient applicable l'art. 228, d'après lequel la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent.

Décider autrement, et faire courir les dix mois avant la nullité prononcée par le jugement, ce serait se mettre en opposition avec les art. 201 et 202 du même code, qui accordent les effets civils au mariage nul contracté de bonne foi, et priver les enfans conçus pendant la durée d'un pareil mariage, du droit de légitimité que leur assurent ces mêmes articles.

On dit que les articles allégués assurent le droit de légitimité aux enfans conçus pendant la durée du mariage nul, par conséquent jusqu'à l'époque

où la nullité en est prononcée par le juge , parcequ'il vient d'être démontré que le mariage subsiste jusques là et produit les effets civils. Cet effet lui est attribué indistinctement par la loi , et il n'existe dans tout le code Napoléon aucune disposition qui modifie les art. 201 et 202 , ou qui en restreigne l'application. Ainsi , permettre à la femme de se remarier avant dix mois révolus depuis la nullité prononcée du mariage précédent , ce serait faire cesser les effets civils du mariage avant l'époque fixée par la loi même , et tomber dans un arbitraire très dangereux , puisqu'il n'y aurait plus de règle certaine pour fixer le point de départ des dix mois , et qu'il ne resterait plus au juge que de simples conjectures tirées des circonstances pour déterminer l'époque de la cessation de la cohabitation des époux.

D'ailleurs , a-t-on dit , l'équité , la morale et le respect dû à l'opinion publique , se joignent aux motifs tirés de l'esprit de la loi pour confirmer le jugement dont est appel.

Les époux ayant contracté mariage sous les yeux du public , et ayant passé pour mari et femme jusqu'au moment où le juge a déclaré leur union nulle , on ne doit pas sacrifier l'honneur de la femme , ni condamner à l'opprobre d'une naissance illégitime l'être innocent qu'elle aurait conçu avant le jugement qui a annullé le mariage. Ce serait troubler le repos des familles et alarmer les ames honnêtes , en heurtant leurs principes sur la sainteté du mariage. Aussi longtems que le juge n'a pas prononcé la nullité du mariage , on ne peut pas imputer à vice le commerce conjugal , beaucoup moins punir l'enfant qui en a reçu l'existence , sans autoriser le crime de la part du mari ,

et rendre la femme victime d'une faveur que celui-ci n'aurait peut être obtenue que parcequ'elle ne pouvait pas la lui refuser, ou parcequ'elle se serait crue obligée de remplir les devoirs du mariage jusqu'au moment où un jugement aurait brisé le lien conjugal.

Prétendre que la femme soit obligée de prouver la cohabitation postérieure aux six mois fixés par l'art. 181 du code, ou que le mari soit tenu de faire cette preuve, pour faire cesser la demande en nullité du mariage, c'est exiger l'impossible, puisqu'on ne prend pas de témoins à cet acte. Il vaut donc mieux de se déterminer par la présomption : *pater est quem nuptiæ demonstrant*, sauf au mari à prouver l'adultère de la femme.

Ces différentes raisons ont paru décisives à la majorité.

En conséquence le jugement a été confirmé par les motifs y énoncés. L'arrêt est du 30 avril 1806 ; mais il n'a passé qu'après une vive discussion en chambre du conseil.

**Lettre de change. Francfort. Protêt. Délai.
Action en recours. Fin de non recevoir.**

(C. de C., art. 165—169. Ordonnance de change de Francfort art. 20.)

Le mérite du protêt d'une lettre de change, doit-il être jugé d'après la loi du lieu où il a été fait, ou d'après celle du lieu où l'action en paiement est intentée ? Rés. que c'est d'après la première.

Les lettres de change, tirées hors de Francfort, et acceptées par un négociant étranger à cette ville, antérieurement à leur échéance, doivent-elles jouir à Francfort du délai de grace ordinaire, encore que le tireur ou l'accepteur ne se trouvent en ville lors de l'échéance, et que la personne à laquelle les lettres sont adressées pour le paiement refuse de les accepter? Rés. négat.

Si l'action en recours pour le paiement d'une lettre de change tirée, acceptée et protestée à l'étranger, et par des étrangers, est dirigée contre un endosseur français, devant un tribunal de France, doit-on appliquer la loi française pour régler le délai dans lequel cette action doit être exercée? Rés. affirm.

L'art. 166 du C. de C. qui fixe un délai de deux mois, à compter du jour du protêt, pour la poursuite en garantie des tireurs et endosseurs de lettres de change TIRÉES DE FRANCE et payables dans un de ses états limitrophes, est-il applicable aux endosseurs français de lettres de change TIRÉES DE L'ÉTRANGER, et payables à l'étranger? Rés. affirm.

L'endosseur assigné en garantie, en tems utile, par l'endosseur poursuivi par le porteur, peut-il opposer à son poursuivant la déchéance encourue par le porteur, encore que l'endosseur poursuivi par le porteur n'en excipe pas contre ce dernier? Rés. affirm.

L'endosseur qui a eu extrajudiciairement avis et communication du protêt de la lettre de change, et qui, après avoir renvoyé l'effet et le protêt avec l'observation qu'il n'entend pas se mêler de l'affaire, parceque la lettre avait été protestée trop tard, est néanmoins, sur la demande réitérée de son cessionnaire, entré en correspondance avec

les endosseurs précédens, à fin de tenter un arrangement, doit-il être réputé avoir renoncé par là à toutes les exceptions, autres que celle résultant de la tardivité du protêt dont il avait seulement fait mention dans sa lettre ? Rés. nég.

Quoique la deuxième de ces questions, étrangère à la nouvelle législation française, même à l'ancienne, n'entre pas dans le plan de cet ouvrage, elle m'a cependant paru d'un intérêt majeur pour les négociants français ; surtout pour ceux de la rive gauche du Rhin, qui sont, plus que les autres, en relation de commerce avec la ville de Francfort ; et c'est par cette raison que j'ai jugé à propos de lui assigner une place dans la présente décision, par une exception à la règle dont je ne m'écarterai que le plus rarement possible.

Le 6 mars 1809, lettre de change tirée de Pragues par un négociant de cette ville, sur lui même, et payable, à trois mois et demi de date, à Francfort, sur le Meyn, chez le S.^r Ficus, ou, en cas de besoin, chez les S.^{rs} Metzler et Comp., ou chez les S.^{rs} Gebhard et Hauck de la même ville.

La lettre fut acceptée incontinent après sa délivrance par un négociant d'Ellingen.

Après avoir ensuite passée en plusieurs mains et reçu plusieurs endosseurs, elle fut endossée par les S.^{rs} Mumb et Beck de Cologne aux S.^{rs} Probst et Comp. de Mayence, et par ceux-ci au S.^r Pierre Gebhard de Francfort, qui la fit protester le 26 juin 1809, cinq jours après son échéance.

Ni le tireur ni l'accepteur de la lettre ne s'étaient trouvés à Francfort lors de l'échéance, et il est à remarquer, de plus, que la lettre protestée sur Ficus, faute de fonds et d'avis, fut de même présentée avec le protêt aux S.^{rs} Metzler et Comp.,

et aux S.^{rs} Gebhard et Hauck, chez lesquels elle devait être payée en cas de besoin, qui déclarèrent qu'ils ne pouvaient l'acquitter sous protêt, parcequ'elle avait été protestée trop tard. Cette déclaration est insérée dans l'acte de protêt.

Gebhard renvoya aussitôt la lettre de change et le protêt à ses cédans, Probst et Compagnie de Mayence, et ceux-ci les adressèrent de suite à Mumb et Beck, qui les leur réexpédièrent sur le champ, en observant qu'ils n'entendaient pas se mêler de l'affaire, le protêt ayant été fait à tard, ce dont les S.^{rs} Probst et Comp. auraient pu facilement se convaincre par l'inspection de l'acte; qu'en conséquence ils avaient à s'en prendre à celui qui avait commis la faute.

Malgré cette réponse, Probst et Comp. envoyèrent derechef la lettre et le protêt à Mumb et Beck, en les priant d'en donner connaissance aux endosseurs précédens, à fin de tenter un arrangement; ce que firent ceux-ci, mais sans succès.

La correspondance qui s'était engagée à ce sujet, entre Mumb et Beck et les autres endosseurs, se prolongea jusqu'au mois de mars 1810.

En conséquence, ce ne fut que dans le courant du même mois que Gebhard de Francfort intenta son action en recours contre Probst et Comp. de Mayence, devant le tribunal de commerce de cette ville.

Aussitôt que Probst et Comp. se virent assignés, ils citèrent Mumb et Beck devant le même tribunal, à l'effet d'être condamnés à les tenir quittes et indemnes des condamnations qui pourraient être prononcées contr'eux en faveur du porteur Gebhard.

Mumb et Beck assignèrent à leur tour leur cédant, qui est un négociant allemand.

Les divers délais d'assignation expirés, l'affaire fut plaidée contradictoirement entre Gebhard, Probst et Comp. et Mumb et Beck. L'endosseur étranger, assigné par ces deux derniers au domicile du procureur impérial, près le tribunal de première instance de Mayence, fit défaut.

On opposa à Gebhard deux fins de non recevoir, tirées l'une de l'ordonnance de change de Francfort, et l'autre du code de commerce de France.

D'après l'art. 20 de l'ordonnance de change de Francfort, disait-on, les lettres de change jouissent bien d'un délai de grace de 4 jours, dans lesquels ne sont comptés ni le jour de l'échéance ni les dimanches et autres fêtes; et d'après cette disposition le protêt pourrait paraître fait en tems utile, puisque la lettre échéait le 21 juin, et que le 25 était un jour de dimanche.

Mais il y a deux exceptions à cette règle. Les lettres de change qui n'ont point d'accepteurs, ou celles tirées par une personne sur elle même, lorsqu'elles ne sont plus dans la première main, doivent être protestées le jour même de leur échéance, si le tireur n'est pas en ville, ou si la personne à qui les lettres sont adressées refuse de les accepter.

Dans l'espèce, la lettre de change est tirée par une personne sur elle même; elle n'était plus dans la première main; ni le tireur ni l'accepteur ne se sont trouvés à Francfort, et la personne à laquelle la lettre avait été adressée n'a voulu ni la payer ni l'accepter: donc le protêt aurait dû être fait le jour même de l'échéance; tel était d'ailleurs l'usage de la place relativement aux effets non acceptés par des négocians de Francfort.

Supposé que le protêt eût même été fait en tems utile, l'action en recours n'aurait pas été exercée dans le délai prescrit.

Nul doute que l'action étant dirigée contre un français, devant un tribunal de France, ce ne soit la loi française qu'on doit appliquer pour régler les délais des poursuites.

S'agissant, dans l'espèce, d'une lettre de change payable dans un état limitrophe de la France, le recours contre les endosseurs français devait, à peine de déchéance, être exercé dans les deux mois qui ont suivi la date du protêt, conformément aux art. 165, 166 et 168 du C. de C. Il n'a été exercé par Gebhard que plus de huit mois après la date du protêt ; par conséquent à une époque où il avait déjà pleinement encouru la déchéance.

Ce sont surtout les S.^{rs} Mumb et Beck qui ont fait valoir cette dernière exception.

Gebhard répondit :

La lettre de change en question ne se trouve ni dans l'une ni dans l'autre des exceptions établies par l'art. 20 de l'ordonnance de change de Francfort ; car dans l'un et l'autre cas on suppose une lettre de change non acceptée, et celle dont s'agit a un accepteur. Peu importe que cet accepteur ne soit pas un négociant de Francfort ; l'ordonnance parle généralement d'un accepteur, sans distinguer entre les étrangers et les Francfortois. Ainsi, le protêt a été fait en tems utile, parceque la lettre, rentrant dans la règle générale, devait jouir du délai de grace.

Quant à la fin de non recevoir proposée par Mumb et Beck, elle dénote leur mauvaise foi.

Jamais, dans leur correspondance il n'a été question de cette fin de non recevoir ; on s'est seulement disputé sur la validité du protêt.

Il suffit, d'après l'ordonnance de Francfort, de

donner sur le champ connaissance du protêt aux divers intéressés. Tous les endosseurs ont acquis cette connaissance par la correspondance, et eu même en communication la lettre de change protestée; aucun d'eux ne peut donc prétexter cause d'ignorance.

Si Mumb et Beck avaient entendu faire usage des dispositions des art. 165, 166 et 168 du C. de C. français, ils auraient dû renvoyer plutôt la lettre de change et le protêt, et ne pas mettre, en les retenant, comme ils ont fait, le porteur dans l'impossibilité d'agir en tems opportun. Cette rétention renferme une renonciation de fait à la fin de non recevoir dont ils veulent faire usage aujourd'hui.

Sur ce, jugement du 5 juillet 1810, rendu sur délibéré en chambre du conseil, par lequel,

Considérant 1.^o que la lettre de change ne se trouve dans aucune des exceptions établies par l'ordonnance de change de Francfort; que ce n'est point un billet à ordre, mais une lettre de change *acceptée* par le *sustiré* faisant domicile chez un habitant de Francfort; et que quand même il existerait un usage contraire dans la place, il ne pourrait prévaloir contre le texte de la loi écrite.

2.^o Que l'effet dont s'agit ayant du être payé à Francfort, tout ce qui le concerne doit être réglé d'après les lois de cette ville, suivant le principe qui veut, que le lieu du paiement soit regardé comme lieu du contrat, aux lois duquel tout doit se conformer; qu'en conséquence les art. invoqués du C. de C. de France ne sont pas applicables.

3.^o Que le porteur s'était conformé à l'ordonnance de change de Francfort, en renvoyant de suite la lettre et le protêt à ses cédans; que tous les endosseurs en ont même eu communication

par la correspondance ; qu'aucun ne peut prétexter cause d'ignorance ; et qu'au surplus, ladite ordonnance ne fixe pas un délai de rigueur pour intenter l'action en recours ;

4.° Que quelque loi qu'on appliquerait , ou quelque interprétation qu'on donnerait à l'ordonnance de change de Francfort , l'exception tirée des art. 165 , 166 et 168 du C. de C. de France ne serait pas faite de bonne foi et devrait être rejetée , parceque dans la correspondance , il n'avait jamais été question de cette exception entre les parties ; et que Mumb et Beck , au lieu de recevoir la lettre de change et le protêt , et de les adresser aux autres endosseurs , auraient dû les renvoyer de suite , s'ils avaient entendu se réserver la fin de non-recevoir dont ils excipent ; qu'au surplus , si le porteur Gebhard avait retardé son action , il avait été forcé de le faire par défaut de pièces ;

Le tribunal de commerce , en écartant toutes les exceptions , valida le protêt et condamna 1.° Probst et Compagnie , et ce , même par corps , au paiement de la lettre de change , aux intérêts , change et rechange et aux dépens , envers le porteur Gebhard ; 2.° Mumb et Beck à tenir Probst et Comp. quittes et indemnes des condamnations contr'eux prononcées envers Gebhard ; 3.° le cédant de Mumb et Beck , défailant , à tenir également ceux-ci quittes et indemnes des condamnations contr'eux prononcées au profit de Probst et Comp. , etc.

Mumb et Beck ont interjeté appel envers Probst et Comp. , qui ne l'ont point interjeté envers Gebhard.

L'endosseur étranger n'a pas plus figuré en cause d'appel , qu'en première instance.

Je me dispense de rendre compte des moyens ajoutés en appel ; ces moyens résultant suffisamment des motifs de l'arrêt, on en grossirait inutilement l'ouvrage.

ARRÊT TEXTUEL, rendu sur délibéré en chambre du conseil.

» Attendu que la lettre de change, dont il s'agit au procès, ayant été protestée à Francfort, » le mérite du protêt doit être jugé d'après les lois » de cette ville ;

» Que, suivant l'art. 20 de l'ordonnance de » change qui la régit, les lettres de change jouis- » sent d'un délai de grace de quatre jours depuis » celui de l'échéance, dans lequel délai ne sont » pas compris le jour auquel les lettres ont été » présentées et acceptées, ni les dimanches et » autres fêtes ;

» Que, néanmoins, par une exception à cette » règle, les lettres de change qui n'ont point d'ac- » cepteur, ou celles tirées par une personne sur » elle même, lorsqu'elles ne sont plus dans la » première main, doivent être protestées le jour » même de leur échéance, si le tireur ne se trouve » pas en ville à cette époque, ou si la personne » à laquelle elles sont adressées refuse de les ac- » cepter.

» Que de ce que l'ordonnance fait courir les » jours de grace à compter de l'échéance des let- » tres, sans y comprendre le jour auquel elles » ont été *présentées* et *acceptées*, on pourrait in- » duire que les lettres présentées et acceptées an- » térieurement à leur échéance ne doivent pas » participer au délai de grace, et qu'elles doi- » vent, au contraire, être protestées le jour même » de l'échéance ;

» Que cependant , et quelque soit l'interpréta-
 » tion que l'usage peut avoir donnée à cette dis-
 » position de l'ordonnance , il résulte du rappro-
 » chement et de la combinaison de toutes les dis-
 » positions de cet art. 20 , que le législateur n'a
 » voulu accorder le délai de grace qu'aux lettres
 » de change acceptées par des négocians de Franc-
 » fort , et à celles tirées par des étrangers , pour
 » autant seulement que le tireur étranger se trou-
 » vera en ville à l'époque de leur échéance , ou
 » qu'elles seront acceptées par la personne de la ville
 » à laquelle elles ont été adressées , à fin de leur
 » laisser le tems de préparer le payement ; et qu'à
 » l'absence de ces deux circonstances , elles doivent
 » être protestées le jour même de l'échéance : d'où
 » il suit que , dans l'espèce , où il s'agit d'une
 » lettre de change tirée et acceptée par des étran-
 » gers , dont ni l'un ni l'autre ne se sont trouvés
 » à Francfort à l'époque de l'échéance , le protêt
 » aurait dû être fait le même jour , parceque la
 » lettre n'a pas été acceptée par la personne à la-
 » quelle elle avait été adressée dans la ville ; ce
 » qui suffirait déjà pour faire réformer le jugement
 » dont est appel , qui a jugé le contraire et va-
 » lidé le protêt ;

» Néanmoins , en admettant que le protêt pour-
 » rait être considéré comme valable ; dans ce cas :
 » Attendu qu'il est de principe incontestable ,
 » que tout ce qui tient à la procédure , le délai
 » dans lequel une action doit être intentée , et la
 » forme de procéder , est soumis à la loi du lieu
 » où l'action est poursuivie en justice , encore
 » qu'elle ait pris naissance dans un contrat passé
 » ailleurs , et qu'il y ait des parties domiciliées
 » dans un pays autre que celui du tribunal saisi
 » de la contestation ;

» Que ce principe est d'ailleurs formellement
 » consacré, en matière de change, par l'art. 166
 » du C. de C., qui, quoiqu'il s'y agisse de let-
 » tres de change payables à l'étranger, et par
 » conséquent aussi protestées à l'étranger, prescrit
 » néanmoins les différens délais dans lesquels les
 » endosseurs de pareilles lettres, demeurant en
 » France, doivent être assignés en garantie de-
 » vant les tribunaux français; d'où il s'infère que,
 » dans l'espèce, où l'action en garantie est diri-
 » gée contre des Français, devant un tribunal fran-
 » çais, et pour des endossements faits en France,
 » c'est la loi française qu'on doit consulter sur la
 » question de savoir, si l'action a été exercée en
 » tems utile, ou si le demandeur avait encouru
 » la déchéance.

» Attendu, que suivant l'art. 166 précité du
 » C. de C., dont l'analogie avec le présent cas en
 » rend l'application nécessaire, le délai pour as-
 » signer garant est de deux mois, lorsqu'il s'agit
 » de lettres de change qui étaient payables dans
 » un état limitrophe de la France;

» Que d'après l'art. 165, ce délai commence à
 » courir le lendemain du protêt; et que suivant
 » les art. 168 et 169 du même C. de C., le por-
 » teur et les tireurs qui ont négligé d'exercer leurs
 » recours sont déchus de leurs droits, savoir: le
 » porteur de tous les siens envers les endosseurs, et
 » ceux-ci des leurs, chacun en ce qu'il le concerne;
 » d'où il résulte que la lettre de change en ques-
 » tion, payable à Francfort, ville limitrophe de
 » la France, ayant été protestée le 26 juin 1809,
 » et l'action récursoire du porteur Gebhard n'ay-
 » ant été intentée qu'au mois de mars 1810, le
 » délai fixé par la loi était expiré depuis longtems,

» et Gebhard avait pleinement encouru la dé-
 » chéance envers tous les endosseurs.

» Que les intimés, défendeurs originaires en
 » garantie envers Gebhard, ne peuvent pas se
 » prévaloir de ce que les exceptions opposées à
 » Gebhard ont été écartées par le jugement dont
 » est appel, rendu entr'eux, ledit Gebhard et les
 » appelans, ni de ce qu'il est passé en force de
 » chose jugée à l'égard de celui-ci, pour en in-
 » duire que les appelans n'aient pas le droit de
 » leur opposer des exceptions qui ne peuvent l'être
 » qu'à Gebhard, le porteur; par la raison qu'en
 » premier lieu, les appelans ont attaqué ce juge-
 » ment en ce qui les concerne vis-à-vis les inti-
 » més; et qu'en second lieu, les exceptions que
 » le dernier endosseur peut opposer au porteur
 » appartiennent de droit à tous les endosseurs
 » précédens, qui peuvent les faire valoir, soit in-
 » dividuellement, soit collectivement contre les
 » endosseurs qui les poursuivent, pour faire re-
 » tomber sur eux la condamnation prononcée en
 » faveur du porteur, soit que le dernier endos-
 » seur ait ou n'ait pas fait usage de ces exceptions
 » envers celui-ci, ou qu'en ayant été débouté, il
 » ait acquiescé au jugement, au lieu de l'attaquer
 » par appel;

» En conséquence la chose jugée résultant de
 » l'acquiescement que les intimés peuvent avoir
 » donné au jugement dont est appel, ne peut pro-
 » duire d'effet qu'entre Gebhard et lesdits intimés,
 » et ne peut porter aucun préjudice aux appelans,
 » envers qui que ce soit.

» Qu'il en est absolument de même de l'autre
 » objection faite par les intimés, qu'ils n'avaient
 » pu exercer leur action en recours envers les ap-

» pelans qu'après avoir été attaqués par le por-
 » teur Gebhard, et qu'il suffit donc qu'ils aient
 » fait citer les appelans en garantie dans le délai
 » fixé par l'art. 167 du C. de C., c'est-à-dire dans
 » la quinzaine à dater de l'assignation que leur
 » avait donnée ledit Gebhard. D'abord l'art. 167
 » précité suppose nécessairement une demande
 » originaire en garantie introduite dans le délai,
 » sans l'existence de laquelle il ne peut pas même
 » y avoir lieu à une action en arrière garantie;
 » et pour ce qui regarde l'objection, que les inti-
 » més ne pouvaient assigner les appelans qu'après
 » l'avoir été eux-mêmes par Gebhard, ils ne souf-
 » friraient aucun préjudice par la négligence de
 » ce dernier, si, au lieu d'acquiescer au juge-
 » ment, ils s'en fussent rendus appelans pour le
 » faire réformer à leur profit, au cas, que sur
 » l'appel de Mumb et Beck il le serait en faveur
 » de ceux-ci.

» Enfin que l'intervention des appelans près
 » leurs cédants et les endosseurs précédens, à fin
 » d'arrangement sur la lettre protestée, peut d'au-
 » tant moins leur nuire, qu'une communication
 » extrajudiciaire de cette lettre n'équivaut pas à
 » une dénonciation judiciaire; et qu'il résulte de
 » la correspondance, que les appelans ne se sont
 » mêlés de l'arrangement que sur la demande ex-
 » presse et réitérée des intimés, et sous la réserve
 » formelle de leur droit;

» Que c'était donc à tort que le premier juge,
 » par un dernier motif de son jugement, a regardé
 » la seconde exception des appelans comme faite
 » de mauvaise foi, et qu'il les a considérés comme
 » ayant renoncé à cette exception.

Par ces motifs, — » La cour met l'appellation

» et ce dont est appel au néant , émendant , dé-
» clare les intimés non recevables dans leur de-
» mande formée en première instance ; en consé-
» quence décharge les appelans des condamnations
» contr'eux prononcées par le jugement dont est
» appel , et condamne les intimés aux dépens tant
» de cause principale que d'appel.

» Ordonne la restitution de l'amende consignée.

Du 21 janv. 1811. Plaid.^t M. M. RUPPEN-

THAL et ALDENHOVEN.

Mariage. Vice de conformation. Nullité.
Fin de non recevoir.

Une difformité des parties génitales telle, qu'elle s'oppose absolument à l'union des sexes, est-elle une cause de nullité du mariage ? Rés. affirm.

Une pareille nullité peut-elle être couverte par une cohabitation de six mois ? Rés. négat.

L'arrêt qui a décidé ces deux questions a fait beaucoup de sensation parmi les jurisconsultes , et éprouvé des critiques très différentes , selon que les arrêtistes , qui l'ont publié , se sont fait une idée plus ou moins exacte de l'état de la cause , ou qu'ils ont regardé les principes de la nouvelle législation comme plus ou moins en opposition avec la décision.

Les uns , craignant que la cour de Trèves n'ait renouvelé le système , justement proscrit par le C. N. , des examens scandaleux sur l'impuissance , se sont déclarés hautement contre le principe de nullité du mariage consacré par l'arrêt ; les autres ,

tout en partageant le principe, dans l'espèce particulière, dont ils s'étaient fait une idée exacte, n'ont pas été de l'avis du motif sur lequel la cour a fondé ce principe, et en ont tiré une conséquence toute différente de celle de l'arrêt.

Cette contradiction d'opinions n'a rien d'étonnant dans une matière de cette nature, où la retenue dans les expressions, commandée par la décence et la pudeur, ajoutait encore à l'obscurité, et prêtait naturellement à l'équivoque.

Pour convaincre ceux qui craignent que la cour de Trèves ne soit tombée dans l'ancien abus, que leur crainte est mal fondée, et qu'il ne s'agissait pas d'une impuissance dans le sens général du terme, mais d'une incapacité visible, absolue et incurable, il suffira, sans doute, de leur donner un exposé fidèle du fait de la cause, qui les mettra à même de rectifier leurs idées. Comme je ne pourrais remplir cette tâche en me servant toujours de mots à demi couverts, sans voiler la vérité, on voudra bien me pardonner quelques écarts des règles de la sévère décence.

Pour répondre aux autres, il faut entrer dans une discussion théorique, à laquelle je me livre avec d'autant moins de répugnance que le jurisconsulte qui s'est le plus ouvertement prononcé à cet égard, est un auteur qui a été uniquement guidé par son amour pour la vérité des principes; et qui, quoique distingué par un mérite peu commun, est cependant trop modeste pour s'offenser si l'on se permette de scruter la solidité de ses avis. (*)

(*) *De Lassaulx*, doyen de la faculté de droit à Coblenz : *Annales de la législation de Napoléon*. vol. I. pag. 275. (ouvrage allemand).

» Je suis parfaitement de l'opinion, dit cet au-
 » teur, que l'incapacité absolue au coït, lorsqu'elle
 » provient d'une conformation monstrueuse des
 » parties génitales, ou d'une autre cause acciden-
 » telle, incurable et visible, donne lieu à une
 » demande en nullité du mariage, ainsi que je
 » l'ai établi dans mon exposition du C. N. Part.
 » 1. §. 67. n.° 4. p. 241., et c'est en tant que tom-
 » bent d'elles-mêmes la plupart des objections que
 » les rédacteurs de la jurisprudence du C. N.,
 » 1808. II. p. 255., et celui du Journal du Pa-
 » lais, 1808. II. p. 395., ont faites contre l'arrêt
 » de la cour de Trèves etc. Mais comme je suis
 » aussi d'opinion que le juge ne peut prononcer
 » la nullité d'un contrat si important que le ma-
 » riage, sans fonder son jugement sur une dispo-
 » sition quelconque de la loi, je n'en trouve qui
 » soit applicable que celle de l'art. 146., puisque
 » tout consentement donné au mariage suppose
 » nécessairement l'intention de s'unir à un homme
 » ou à une femme, et non pas à un châtré ou à
 » un monstre ; d'où il suit sans contredit, que
 » sur la preuve du contraire, le consentement fon-
 » dé sur une erreur, ne peut pas être regardé
 » comme consentement valable ; mais alors l'art.
 » 181 doit nécessairement trouver son application,
 » par la raison qu'on peut s'imaginer un mariage,
 » sans le but de procréer des enfans. «

Je suis loin de contester à Mr. De Lassaulx, que,
 lorsqu'il existe une loi positive, le juge ne soit ob-
 ligé de se fonder sur elle en prononçant la nullité
 d'un contrat, surtout d'un contrat aussi sacré que
 le mariage ; mais quand la loi positive est muette,
 ou ne présente que des dispositions qu'on ne sau-
 rait appliquer que par une analogie imparfaite, ou

sans s'exposer à en forcer le sens , il me paraît plus prudent de se fonder uniquement sur la raison et la loi naturelle , qui deviennent loi suprême dans tous les cas non prévus par la loi positive.

Or , il est bien vrai qu'en général l'erreur exclut le consentement ; et sous ce rapport , l'opinion de M.^r De Lassaulx paraît être justifiée , puisqu'il n'est pas présumable qu'un homme consentirait à prendre pour épouse une femme qu'il saurait être un monstre.

Mais remarquons bien que d'après l'art. 180 du C. N. , le consentement donné par erreur ne vicie le mariage , qu'autant que l'erreur est tombée sur la personne , c'est-à-dire , que la personne n'est pas la même que celle qu'on a voulu épouser. Ici il n'y a pas eu d'erreur dans la personne , mais seulement sur la constitution physique de la personne ; et dès-lors on ne pourrait invoquer un défaut de consentement , qu'en appelant à son secours l'art. 1110 du C. N. , d'après lequel l'erreur tombée sur la substance de la chose vicie également le consentement dans les conventions.

Ainsi , il me semble démontré que la cour a mieux fait de fonder sa décision sur un principe du droit naturel , que de l'appuyer de l'art. 146 du C. N. , à l'aide duquel elle aurait dû appeler une disposition interprétative tirée d'un article qui est étranger au mariage , et par conséquent inapplicable à la matière.

Mais supposons que le raisonnement de M.^r De Laussaulx soit juste ; il ne nous paraît pas en être de même de la conséquence qu'il en tire sur la nécessité d'appliquer aussi l'art. 181 du C. N.

En effet : il est clair , que cet article ne peut être appliqué qu'aux mariages entachés d'une nul-

lité sanable, c'est-à-dire, à des mariages dont la nullité originaire peut être réparée par le consentement survenu. Dans ces cas, la loi regarde avec raison une cohabitation des époux continuée pendant six mois, depuis le jour où l'erreur a été reconnue, ou les violences ont cessé, comme une renonciation de fait à l'action en nullité; mais appliquer cet article à un mariage prohibé par la loi positive, ou à un simulacre de mariage, contraire à la loi naturelle, c'est admettre une ratification tacite impossible. Dans le cas d'un mariage affecté d'une nullité relative et sanable, la cause qui y a donné lieu cesse avec le consentement postérieur; tandis que dans le cas d'une nullité absolue et insanable, on ne peut la faire cesser en aucun tems et la renonciation ne peut jamais en être présumée; la nullité est perpétuelle comme le vice dont elle provient, et l'action de la faire valoir doit donc l'être de même et ne pouvoir être limitée à aucun tems.

La raison alléguée par M.^r De Lassaulx, qu'on peut se figurer un mariage sans le but de procréer des enfans, ne prouve pas la nécessité d'appliquer l'art. 181; elle prouve plutôt le contraire. Cette raison serait bonne, s'il s'agissait de la nullité d'un mariage reconnu seulement comme devant être stérile. Dans cette hypothèse, le mariage ne serait pas même nul, puisque l'union des sexes pourrait avoir lieu. Mais ce n'est pas de quoi il s'agit dans notre espèce, où il est question d'une impossibilité physique du coït naturel, première et unique condition requise pour la validité de l'union conjugale.

Après m'être acquitté d'un devoir auquel je me suis cru obligé, tant par égard envers la cour

de Trèves, dont j'ai l'honneur d'être membre, que dans l'intérêt de la science, à laquelle il importe sans doute que des questions de cette importance soient éclaircies, je vais exposer le fait et les moyens des parties.

Un jeune campagnard ayant vécu pendant neuf mois avec son épouse, la quitta, et s'adressa, environ neuf mois après, au tribunal de première instance de Cousel, pour faire prononcer la nullité de son mariage.

Sa demande était fondée sur ce que sa femme était, par un vice de conformation, absolument inapte au coït naturel, et que ce vice en rendait même l'essai extrêmement dégoûtant.

La femme ne nia pas le vice; elle prétendit seulement qu'il provenait du fait de son mari, et n'avait pas existé avant le mariage. Elle observa d'ailleurs que, quand même il aurait existé avant le mariage, il ne pourrait donner lieu ni à une demande en nullité, ni à une demande en divorce; et que, supposé même qu'il eût pu être une cause de nullité, cette nullité serait couverte par le silence du mari.

Pour soutenir son système, elle se fondait sur ce que le C. N. n'offre aucune disposition qui range les vices corporels parmi les causes de divorce ou de nullité du mariage; et qu'en les regardant même, au mépris de la loi, comme des causes de nullité, la circonstance qu'il y avait eu cohabitation continuée pendant plus de six mois entr'elle et son mari, où le mari aurait pu reconnaître son erreur, le rendrait non recevable à proposer ce moyen, d'après les termes formels de l'art. 181 du C. N.

Elle finit par remarquer que l'action de son mari

ne tendait à rien moins qu'à une visite de sa personne, c'est-à-dire à faire résusciter les procès scandaleux sur l'impuissance, que le législateur a voulu écarter pour jamais des tribunaux, parce qu'il est impossible aux gens de l'art de pénétrer les secrets de la nature et de déterminer, d'une manière précise et infaillible, les suites et les effets de ses égaremens.

Le tribunal trouva ces moyens décisifs ; en conséquence il rendit le jugement suivant :

„ Considérant que le défaut de consentement
 „ exprimé dans les art. 146 et 180 du C. N.,
 „ ne s'entend que du défaut de consentement qui
 „ précède la célébration du mariage ; et que la
 „ conséquence tirée de l'ignorance de l'infirmité
 „ de sa femme, pour en induire un défaut de
 „ consentement libre, est une fausse conséquence
 „ inapplicable aux art. sus-cités ;

„ Considérant que l'erreur dont il est parlé
 „ dans le §. 2. de l'art. 180 dudit code, ne s'en-
 „ tend sainement que du cas où il s'agit d'une
 „ autre personne que celle avec laquelle on s'é-
 „ tait engagé de s'unir par le contrat ;

„ Considérant que quand même l'erreur dont
 „ est question dans ce §. se supposerait pouvoir
 „ sortir de la constitution physique de la per-
 „ sonne, elle ne pourrait être accueillie pour la
 „ demande en nullité, qu'autant qu'elle aurait
 „ été formée dans le délai de six mois, ainsi qu'il
 „ est impérieusement fixé par l'art. 181 ; et ce-
 „ pendant la défenderesse pose en fait, et il n'est
 „ pas contesté par le demandeur, qu'elle a coha-
 „ bité avec lui pendant l'espace de neuf mois ;

„ Considérant enfin, que le demandeur ne jus-
 „ tifie, et ne peut justifier d'aucune manière lé-

„ gale, que la défenderesse était sciemment, et
 „ avant le mariage, dans le cas d'incapacité de
 „ le consommer, et de se prêter à tous les actes
 „ qui en dérivent ;

„ Que quand même, par une visite qui serait
 „ ordonnée, il serait reconnu que la défenderesse
 „ est affectée d'infirmités qui entravent les actes
 „ de la génération, et qui même les rendent im-
 „ possibles, il ne s'ensuivrait pas que ces infir-
 „ mités avaient lieu avant le mariage, qu'elles en
 „ ont empêché la consommation, ni enfin qu'elles
 „ ne peuvent cesser un jour, ou diminuer de
 „ gravité ;

„ Le tribunal, faisant droit sur les conclusions
 „ du procureur-impérial, déclare le demandeur
 „ non recevable en sa demande, et le condamne
 „ aux dépens. Appel.

L'avocat de l'appelant n'a plus fait usage du moyen tiré du défaut de consentement, sur lequel il s'était fondé devant les premiers juges, en vertu de l'art. 180 du C. N. ; il s'est principalement attaché à démontrer, 1.^o que les vices de conformation, qui empêchent la cohabitation, sont une cause de nullité du mariage, sous l'empire du C. N., aussi bien que dans l'ancienne jurisprudence ; 2.^o que ce code n'a pas proscrit l'examen de l'incapacité absolue résultant de vices pareils ; 3.^o que l'art. 181 n'est pas applicable lorsqu'il s'agit d'un mariage entaché d'une nullité absolue, procédant d'un vice physique.

Pour justifier la dernière proposition, il a employé les moyens déduits au commencement de cet article ; il est donc inutile de les rappeler encore une foi.

Voici ce qu'il a dit pour prouver les deux premières.

Le mariage, soit qu'on le considère, d'après la définition commune des anciens docteurs, comme une société légalement contractée entre un homme et une femme dans la vue de procréer et d'élever des enfans, soit, d'après la définition de quelques auteurs allemands modernes (*), comme une société entre deux personnes d'un sexe différent, par laquelle elles acquièrent le droit d'une familiarité exclusive, exige toujours pour condition principale et *sine qua non*, que l'un et l'autre des époux aient les qualités nécessaires pour en remplir la première obligation, le coït ; autrement il n'y a pas de mariage aux yeux de la loi naturelle et civile, et autant vaudrait de soutenir qu'il peut y avoir mariage entre deux personnes du même sexe, ou avec un châtre, que de prétendre le contraire.

Que les anciennes idées n'ont pas changé, sur ce point, par la nouvelle législation, cela se prouve par le discours de M.^r le conseiller d'état, Portalis, qui, en définissant le mariage devant le corps législatif, lors de la discussion du projet du C. N., a prononcé ces paroles pleines de vérité et de raison : » Le mariage est la société de l'homme » et de la femme qui s'unissent *pour perpétuer » leur espèce. Il est donc aujourd'hui ce qu'il a » toujours été, un acte naturel. . . . En respec- » tant les principes de la raison naturelle, on a » cherché à faire le bien des familles. En déter- » minant les qualités et les conditions requises » pour pouvoir contracter mariage, nous avons » cherché . . . à nous assurer que l'homme phy-*

(*) Thibaut, système du droit des pandectes. 2.
édit. §. 380.

» *sique a la capacité nécessaire pour remplir sa destination.* «

Ne résulte-il pas évidemment de cette proposition, que si cette qualité physique, nécessaire pour remplir le but du mariage, manque à l'homme, il n'y a pas de mariage aux yeux de la loi? Or, une femme qui, par la difformité des parties de son sexe, est absolument inapte à la cohabitation, n'a certainement pas la qualité physique nécessaire pour remplir sa destination; donc elle n'est pas propre au mariage, et ne peut le contracter valablement.

On prétend que les vices de conformation ne peuvent plus, comme autre fois, présenter un motif suffisant pour annuler un mariage, parce que le C. N. n'en parle pas, et ne les a ni mis au nombre des causes de nullité du mariage, ni compris parmi les causes du divorce; qu'il est absolument muet sur ce point: d'où l'on conclut, d'après les règles des exclusions, qu'il ne peut y avoir aujourd'hui d'autres causes de nullité que celles expressément établies par le code. Cette manière d'argumenter est fautive dans l'espèce; car elle conduirait à consacrer un principe contraire au droit naturel, et qui serait d'ailleurs en opposition avec la loi civile, qui veut que l'homme soit capable de remplir sa destination pour pouvoir contracter mariage. Cette nullité, fondée sur la nature et la raison, n'avait donc pas besoin d'être exprimée; elle subsiste par elle-même, et doit être sous-entendue dans chaque mariage. Il n'était pas non plus besoin d'en faire mention parmi les causes du divorce; il aurait même été déplacé d'en parler, parce que les causes du divorce sont un remède contre les mariages valables, et non pas contre les mariages nuls.

Pour donner quelque apparence de fondement à l'étrange prétention que les vices de conformation, empêchant l'œuvre du mariage, n'en sont pas des causes de nullité, on s'étaye de la disposition de l'art. 313 du C. N. — Cet art., dit on, ne permet pas au mari de prouver son impuissance, pour pouvoir désavouer l'enfant né dans le mariage. Si la preuve n'est pas admissible à cette fin, elle ne peut pas l'être non plus à celle de faire annuler le mariage; et s'il pouvait rester quelque doute sur la vérité de cette assertion, on n'aurait qu'à recourir aux discours des orateurs du gouvernement, pour demeurer convaincu que la loi a entendu proscrire généralement tout examen sur l'impuissance, de quelque cause qu'elle puisse procéder. C'est ainsi qu'on lit dans l'exposé des motifs présenté par M.^r le conseiller d'état, Bigot-de-Préameneu: » La loi n'a dû ad-
 » mettre contre la présomption résultante du ma-
 » riage, que les accidens qui rendent physique-
 » ment impossible la cohabitation. Elle a aussi
 » prévenu tous ces procès scandaleux, ayant pour
 » prétexte des infirmités plus ou moins graves,
 » ou des accidens dont les gens de l'art ne peu-
 » vent tirer que des conjectures trompeuses. »

Mais remarquons bien qu'il s'agit dans cet art. 313 d'un cas particulier, où un père veut prouver son impuissance, pour désavouer un enfant né dans un mariage valable et légitime; donc cet article, loin de pouvoir être regardé comme fixant une règle générale, doit être restreint à son espèce, d'autant plus qu'il n'y a aucune analogie entre le cas dont il parle et celui où il s'agit de prouver la nullité d'un mariage. Le discours de M.^r Bigot-de-Préameneu ne prouve pas plus que

l'article auquel il se réfère ; car supposé , qu'il eût parlé en général , et non pas dans le sens restrictif de l'art. 313 ; supposé que les avis des orateurs du gouvernement puissent faire autorité , M.^r Bigot-de-Préameneu ne s'étant prononcé que contre les procès ayant pour prétexte des infirmités plus ou moins graves , ou des accidens dont les gens de l'art ne peuvent tirer que *des conjectures trompeuses* , il ne s'ensuit pas qu'il ait aussi voulu écarter ces procès , lorsqu'ils ont pour objet des vices de conformation ou des accidens dont les gens de l'art peuvent tirer *des résultats certains*.

D'ailleurs , l'art. 312 du C. N. nous fournit une preuve indubitable , que le législateur n'a pas entendu exclure généralement les visites ayant pour but de constater l'inaptitude absolue au mariage ; car si telle avait été son intention , pourquoi aurait-il admis le mari à prouver l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme par l'effet de quelque accident ? Pour fournir cette preuve , n'est-on pas obligé d'avoir recours aux gens de l'art ? Car quel autre qu'un homme de l'art pourrait déterminer si l'effet d'un accident , tel qu'une blessure etc. , a mis le mari dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ?

Au reste , si l'on est forcé de juger la question par analogie , pourquoi ne pas se décider plutôt par l'art. 312 , que par l'art. 313 ? L'analogie de l'art. 312 est cependant plus concluante que l'autre ; car , si la loi permet au mari de désavouer l'enfant de sa femme , en prouvant l'impossibilité physique où il était de cohabiter avec elle , comment supposer qu'elle reconnaisse la validité d'un mariage , malgré l'impossibilité physique

de la cohabitation de la part de l'un des époux ? La preuve de cette impossibilité suffit pour faire déclarer adultérin un enfant né en mariage légitime, et pour flétrir à jamais l'honneur de la mère ; et elle ne serait pas suffisante pour faire prononcer la nullité d'un mariage , remède beaucoup moins violent ? Ne serait-ce pas dire en d'autres termes, que la loi entend faire subsister un mariage dont le mari pourrait désavouer tous les enfans , au cas, que le vice d'incapacité absolue existerait de son côté et serait perpétuel ?

Qu'on n'objecte pas que, si le législateur avait voulu que l'impossibilité physique de la cohabitation fût une cause de nullité du mariage, l'art. 312 indiquerait ce remède, au lieu d'autoriser simplement le mari à désavouer l'enfant. On voit bien qu'il s'agit dans cet article d'une impossibilité physique, survenue après le mariage seulement, et non pas d'une impossibilité de cette nature qui aurait existé déjà avant le mariage, à l'insu de l'autre époux. Or, comme la loi ne permet de déclarer nuls que des mariages viciés dans le principe, il s'ensuit que, dans le cas contraire, elle a dû se contenter d'accorder la faculté du désaveu au mari, et par une conséquence naturelle que, le remède de nullité doit avoir lieu lorsque l'impossibilité physique du coït a déjà existé avant le mariage. Raisonner autrement, ce serait supposer un motif immoral au législateur, en ce qu'il aurait voulu exposer les époux au déshonneur et à la discorde, en forçant l'un ou l'autre à chercher ailleurs des jouissances qu'il ne pourrait pas trouver chez lui, et en mettant le mari dans la dure nécessité d'élever les enfans d'autrui, ou d'avoir recours au moyen honteux du désaveu.

Mais quoiqu'il en soit, il suffit que le C. N. n'ait aucune disposition expresse, ou qui valide le mariage contracté entre des personnes dont l'une est absolument incapable d'en remplir le devoir naturel, ou qui défende l'examen du vice d'incapacité physique, pour qu'on doive se décider d'après les principes du droit naturel, et, en conséquence, suivre l'ancienne législation sur ce point, si non comme formant notre droit subsidiaire dans le silence absolu de nos propres lois, du moins comme raison écrite. Or, l'incapacité absolue était toujours un moyen de nullité du mariage tant chez les catholiques que chez les protestans. *Naturale impedimentum ad coitum, irreparabile arte medicorum, matrimonium impedit*: porte l'intitulé du C. 3. de frig. et malef.

BEHMER, princ. jur. can. lib. 3.

» *Jus naturale est*, (dit la loi 1. §. 3. ff. de justitia et jure) *quod natura omnia animalia docuit, etc.*

» *Hinc descendit maris atque femine conjunctio, quam nos matrimonium appellamus.* «

» *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*, (ajoute la loi 8. ff. de cap. minut.)

Ainsi donc la loi civile ne pourrait établir, par une disposition expresse, la validité des mariages contractés entre des individus à l'un desquels manqueraient les parties constitutives du sexe mâle ou femelle. Comment les tribunaux pourraient-ils fonder la validité de ces mariages sur le silence de la loi civile?

L'appelant offre de prouver que l'intimée est impropre au coït; que l'incapacité provient d'un vice de conformation qui a existé avant le mariage, et que ce vice est absolument incurable; il doit être admis à cette preuve.

C'est envain que , pour l'écarter , le premier juge a dit que quand même elle serait admissible, elle ne pourrait produire aucun résultat certain. C'est aux gens de l'art à prononcer là dessus ; les juges ne peuvent pas s'ériger en experts, moins encore en médecins ou en accoucheurs.

L'avocat de l'appelant a terminé par observer que maintenir le mariage de son client , ce serait pour ainsi dire forcer des jeunes gens qui ont envie de se marier , à anticiper sur les droits du mariage , afin de s'assurer de leur aptitude réciproque , ce qui serait le comble de l'immoralité.

L'avocat de l'intimée a répondu :

Devant les premiers juges , l'appelant a fondé sa demande en nullité du mariage sur les art. 146 et 180 du C. N. , d'après lesquels , l'époux qui a été induit en erreur sur la personne qu'il entendait épouser , peut attaquer la validité du mariage. C'est avec raison que ce moyen a été écarté par le jugement ; et il paraît que l'appelant est très convaincu du bien jugé à cet égard , puisqu'il n'ose pas reproduire le même moyen en instance d'appel , persuadé sans doute que l'erreur portant sur les qualités physiques de la personne , et non sur l'identité de la personne même , ne vicie pas le consentement requis pour la validité du mariage.

Il est assez singulier que l'appelant ne vienne se plaindre de l'incapacité de sa femme pour le coït , qu'après avoir vécu pendant dix-huit mois avec elle. Cette circonstance fait présumer avec raison qu'elle n'était pas incapable au commencement du mariage , et suffit pour faire déclarer l'appelant non recevable en sa demande en nullité , conformément à l'art. 181 du C. N.

Mais supposons qu'il fût recevable dans son action, il y serait au moins mal fondé.

Examinons qu'elles sont en général les qualités requises pour contracter mariage, et les causes qui peuvent donner lieu à sa dissolution.

Tout ce qui résulte du texte du C. N., et des discussions auxquels il a été soumis, tant au conseil d'état qu'au corps législatif, c'est que le mariage, pour être valable, doit être contracté entre un homme et une femme.

On est l'un ou l'autre lorsqu'on est doué des parties de son sexe nécessaires à la cohabitation. Ainsi, l'incapacité de l'homme d'engendrer; celle de la femme de concevoir et de faire des enfans ne peuvent pas être des causes légitimes, soit pour le divorce, soit pour la nullité du mariage; aussi le législateur n'en parle-t-il pas. La capacité ou l'incapacité de reproduire son espèce, est un secret que la nature a caché à la connaissance des hommes, et c'est cette raison qui a engagé le législateur à bannir pour jamais des tribunaux les procès scandaleux sur l'impuissance; à interdire au mari la faculté de désavouer l'enfant né de son épouse légitime, sous prétexte qu'il est impuissant, et à rejeter toute preuve à cet égard.

L'incapacité absolue au coit pourrait peut être seule devenir une cause de nullité du mariage; on dit peut-être, parceque le C. N. est muet sur ce point, et que la question était très controversée dans l'ancienne jurisprudence.

C'est ainsi qu'on trouve un exemple chez J. H. BOEHMER, *j. eccl. Protest. Lib. IV. tit. 15. §. 20.* où le Pape Alexandre III a refusé de séparer deux époux, malgré que le mari ne pût cohabiter avec sa femme, par le motif que *propter naturalem*

frigiditatem, aut propter alia maleficia, ecclesiam non consuevisse legitime conjunctos dividere.

Cette rigueur, il est vrai, a été tempérée par le Pape Grégoire IX, *cap. 2. X. de frig. et malef.*; mais il a toujours fallu, pour prononcer la dissolution du mariage, des preuves indubitables, non seulement de l'impuissance absolue, mais encore de l'impossibilité d'y porter jamais remède; et surtout, que le vice eût déjà existé avant le mariage, à l'insu de l'époux demandeur; autrement le mariage subsistait, et si les conjoints ne pouvaient pas vivre comme mari et femme, ils devaient vivre comme frère et sœur et supporter le mal en commun. *Cap. IV. X. de frig. et malef.* BOEHMER, *l. c.* VOET, *de divort. §. 16.* Le C. N. a sanctionné le même principe, en ce que la démence ou la fureur empêchent notoirement le but du mariage, et que néanmoins, elles n'en sont ni une cause de nullité ni un moyen de divorce.

Dans l'espèce, il n'est pas prouvé que le vice, dont se plaint l'appelant, eût existé avant le mariage, ou qu'il en eût empêché la consommation par le coït: il est, au contraire, très-présumable qu'il est surveillé pendant le mariage; et il n'est pas permis de douter qu'il n'admette la cohabitation, lorsqu'on considère que les parties ont publiquement vécu comme mari et femme plus longtems que la loi ne l'exige pour rendre le mariage inattaquable.

L'appelant demande bien à faire visiter l'intimée; mais à quoi bon cette visite, d'ailleurs pros-
crite par le C. N. ? Les gens de l'art, dit l'ora-
teur du gouvernement, ne peuvent tirer que des conjectures trompeuses de pareils examens.

L'expertise serait donc encore irrelevante.

On se fonde sur l'art. 312 du C. N. pour prétendre que l'expertise n'est pas défendue lorsqu'elle a pour objet de constater une impossibilité physique de la cohabitation. Mais l'on se trompe sur le sens de cet article, qui ne parle, ou n'entend parler, que d'une impossibilité provenant d'un éloignement, ou d'un accident quelconque qui a tenu les époux séparés l'un de l'autre.

L'intimée a donc lieu d'espérer que le jugement sera confirmé.

ARRÊT.

» Attendu 1.^o que les causes physiques et le
 » défaut de conformation, qui s'opposent au but
 » naturel et légal du mariage, sont des empêche-
 » mens qui l'annulent de plein droit.

2.^o » Que les nullités, dont il est mention dans
 » le C. N., n'ont évidemment rapport qu'aux cas
 » prévus par le même code; et qu'ainsi la fin
 » de non recevoir opposée par l'intimée n'est dans
 » l'espèce d'aucune considération.

» Par ces motifs, — La cour, sans s'arrêter à
 » la fin de non recevoir opposée par l'intimée,
 » et avant faire droit au principal, tous moyens
 » des parties demeurant saufs et réservés, ordonne
 » que par des gens de l'art, dont les parties
 » conviendront dans le délai de trois jours, ou
 » qui, faute de ce, seront nommés d'office, l'in-
 » timée sera vue et visitée, à l'effet de constater
 » si son état physique et sa conformation s'op-
 » posent au but naturel et légal du mariage; et dans
 » le cas où il existerait un obstacle à cet effet,
 » s'il existait déjà avant le mariage, ou s'il est
 » survenu depuis, et s'il est possible d'y remé-
 » dier; pour ce fait etc.

Du 27 janv. 1807.

En exécution de cet arrêt, visite par trois médecins assermentés ; et le 7 mai de la même année, rapport, duquel il résultait :

1.° Que les parties extérieures et visibles du sexe furent trouvées dans un état naturel.

2.° Qu'en introduisant l'index des deux mains dans le *vagin* et le *rectum*, les bouts des doigts se touchaient d'abord ; et qu'à défaut de parois, ces deux canaux ne formaient qu'une seule et même cavité remplie d'excrémens.

3.° Qu'il était impossible d'atteindre l'orifice de la matrice ; au contraire, que plus on sondait en avant, plus on s'enfonçait dans les excrémens.

4.° Que rien n'annonçait une dilacération, ou un autre signe qui permit de penser que le vice ne provenait pas d'un égarement de la nature.

D'après cela, les experts étaient d'accord que l'intimée n'était pas formée de manière à permettre le coït naturel ; que le vice avait existé avant le mariage ; qu'il n'avait pas été causé par le mari, et qu'il n'était pas de nature à pouvoir être guéri.

En conséquence, arrêt définitif qui prononce la nullité du mariage, en ces termes :

» Attendu qu'il résulte du rapport fait par les
 » gens de l'art le 7 mai dernier, en exécution
 » de l'arrêt préparatoire du 27 janvier précédent,
 » que l'état physique de la dite N.N., et sa
 » conformation s'opposent au but naturel et légal
 » du mariage ; que cet empêchement a existé avant
 » le mariage et qu'il n'est pas possible d'y remédier ;

» La cour donne défaut contre l'intimée faute
 » de plaider, et faisant droit sur l'appel, met

» l'appellation et ce dont est appel au néant,
» émendant et statuant au principal, déclare le
» mariage contracté entre les parties nul de plein
» droit, condamne l'intimée aux dépens.

» Et sur les conclusions du procureur-général
» tendantes : à ce qu'il soit ordonné que mention
» sera faite du présent arrêt en marge de l'acte
» civil dudit mariage, renvoie l'appelant à cet
» effet devant l'officier de l'état civil.

Du 1.^{er} juillet 1808. Plaidant MM. PAPÉ et
RUPPENTHAL.

Commerçant. Artiste. Contrat de ma-
riage. Exposition au tableau. Notaire.

(C. de C. art. 67. 68.)

D'après l'art. 67 du C. de C., tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, doit être transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du C. de P., pour être exposé aux tableaux, conformément au même article, etc.

D'après l'art. 68, le notaire qui a reçu le contrat de mariage, doit faire la remise ordonnée par l'art. précédent, sous peine de cent francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion.

L'exécution de ces deux articles n'est pas sans difficulté pour les notaires ; car il importe de

connaître les cas dans lesquels ils sont obligés de faire cette remise, et il n'est pas toujours facile de déterminer si un particulier doit être considéré comme commerçant, bien que les art. 1. 632 et 633 du C. de C. contiennent une désignation assez précise à cet égard.

Le journal des notaires établit que les artisans, tels que serruriers, menuisiers, cordonniers etc. doivent être réputés commerçans ; en conséquence leurs contrats de mariage rangés dans la classe de ceux dont parle l'art. 69 du C. de C.

Par arrêt du 19 avril 1809, la cour d'appel de Trèves a aussi décidé qu'un aubergiste doit être considéré comme commerçant. Il est cependant bon d'observer que l'arrêt a éprouvé beaucoup de contradictions, et qu'il n'a passé qu'à la majorité d'une voix.

La chambre de discipline des notaires de l'arrondissement de Deux-ponts, ayant consulté M.^r Luxer, procureur impérial près le tribunal de première instance du même arrondissement, sur la question, et ce magistrat n'étant pas de l'avis des rédacteurs du journal des notaires, s'est adressé à S. Exc. le Grand-juge, Ministre de la justice, qui lui a fait la réponse suivante, que je m'empresse de rendre publique.

Paris le 7 avril 1811.

» J'ai été consulté plusieurs fois, Monsieur,
 » sur le sens à attacher au mot commerçant dans
 » le cas de l'application de l'art. 69 du C. de C.,
 » et j'ai toujours répondu que l'on devrait d'abord
 » considérer comme tels, tous *négocians, ban-*
 » *quiers, fabricans et marchands.* Mais qu'il ne
 » paraissait pas qu'on dût ranger dans cette classe,
 » le simple artisan qui, ne travaillant qu'à fur et

» mesure des commandes qu'il reçoit journalle-
 » ment, ne fait point de son état un objet de spé-
 » culation. Il serait au surplus difficile d'établir
 » une règle bien précise à cet égard ; c'est au
 » notaire à apprécier les circonstances, dans les
 » cas particuliers qui se présentent.
 » Recevez, Monsieur, l'assurance de mes sen-
 » timens affectueux. « Signé : le Duc de Massa.

**Vente de biens de mineurs. Notaire. Ju-
 gement d'homologation. Appel. Pro-
 cureur impérial.**

(C. N. art. 457-460. 827. 839. C. de P. art. 889. 955.
 970.)

*A qui doit-être signifié l'appel contre un juge-
 ment d'homologation d'une délibération du conseil
 de famille, par lequel le juge a, d'office, réformé ou modifié l'avis des parens ? Au procureur
 impérial.*

*Si le conseil de famille a désigné un notaire
 pour faire la vente de biens immeubles d'un mi-
 neur, le tribunal peut-il, en homologuant la dé-
 libération, changer arbitrairement cette nomina-
 tion et substituer un de ses membres à la place du
 notaire ? Rés. négat.*

- Les jurisconsultes sont divisés d'opinions sur la
 dernière question, et sur quelques autres concer-
 nant les ventes par licitation entre cohéritiers et
 copropriétaires par indivis.

Il y en a qui soutiennent, (et ceux-ci paraissent former la majorité,) que la vente peut être faite, dans tous les cas, par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, selon que le tribunal le juge à propos.

Il y en a d'autres qui disent, que le tribunal ne peut exercer la faculté de commettre un juge qu'autant que le conseil de famille n'ait pas désigné un notaire, ou qu'il ne se soit trompé, au désavantage des mineurs, dans la détermination du mode de la vente ou dans la nomination du notaire. Que ce n'est que lorsqu'il s'agit d'une aliénation d'immeubles pour cause de nécessité ou d'un avantage évident pour les mineurs, reconnue par le conseil de famille, ou quand un copropriétaire par indivis a provoqué un jugement de licitation, pour sortir d'indivision avec le mineur, que la vente peut avoir lieu devant un membre du tribunal ou devant un notaire; et qu'elle doit toujours être faite devant le tribunal même, lorsqu'elle a pour objet des biens non susceptibles d'être partagés commodément, que les cohéritiers soient tous mineurs, ou mineurs et majeurs, absens ou interdits.

Ce dissentiment a sa source dans les articles du C. N. rappelés en tête de la présente décision, qui paraissent n'être pas en parfaite harmonie les uns avec les autres.

En effet, ces articles parlent, tantôt d'une vente devant le tribunal ou en justice, et tantôt d'enchères à recevoir par un membre du tribunal, ou un notaire.

C'est ainsi qu'il est dit dans l'art. 459: » la » vente se fera publiquement, en présence du » subrogé-tuteur, aux enchères qui seront reçues

» par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis. «

Que l'art. 827 porte: » si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par licitation, devant le tribunal. «

Et l'art. 839: » S'il y a lieu à licitation, elle ne peut être faite qu'en justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs. «

Mais bien qu'au premier abord il paraisse difficile de concilier ces diverses dispositions, néanmoins en les examinant et combinant de plus près, il en résulte que le législateur a distingué quatre espèces de ventes, qui, quoique soumises chacune à quelques formalités particulières, ont cependant cela de commun qu'elles peuvent toutes être faites par un juge ou un notaire, pourvu que l'un ou l'autre ait été commis par le tribunal même.

La première espèce est l'aliénation des immeubles d'un mineur, pour cause de nécessité ou d'un avantage évident, reconnue par le conseil de famille.

Cette vente exige des formalités particulières. Le tuteur doit y être autorisé par le conseil de famille. L'autorisation ne peut être accordée, comme il vient d'être dit, que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. La délibération du conseil de famille doit indiquer les biens à vendre, et les conditions de la vente; elle ne peut être exécutée qu'après avoir été homologuée par le tribunal de première instance, sur les conclusions du procureur impérial; et la vente, qui ne peut avoir lieu qu'à la suite de trois affiches, par trois dimanches consécutifs,

aux lieux accoutumés dans le canton, doit être faite par un membre du tribunal ou par un notaire à ce commis. Art. 457. 458. 459. du C. N. Art. 955. du C. de P.

La deuxième espèce est lorsqu'un co-propriétaire majeur provoque la licitation, pour sortir d'indivision.

Dans ce cas, il n'est pas besoin de l'intervention de la famille; le tuteur n'est pas obligé de se faire autoriser. La vente se fait en vertu du jugement obtenu par le copropriétaire majeur, et il y est procédé par un juge ou un notaire à ce commis, à la suite des trois affiches prescrites par l'art. 459. L'art. 460 est clair et positif sur ce point.

On voit que, dans ces deux espèces, il n'est pas question de ventes par licitation sur partage entre cohéritiers. Ces ventes font l'objet des art. 827 et 839 du C. N., et en forment les deux dernières espèces.

La troisième espèce est lorsqu'il faut recourir à l'autorité de la justice, pour obtenir la vente de biens non susceptibles d'être partagés commodément.

On se persuade facilement que, dans cette espèce, qui est réglée par l'art. 827 du C. N., il n'est question que du cas où des cohéritiers majeurs, présents, ou dûment représentés, ne peuvent pas s'accorder sur le partage, et en viennent à une action en justice.

On m'objectera, peut être, que c'est une erreur de ma part de prétendre que cet art. 827 ne s'applique qu'aux cohéritiers majeurs, et que le contraire résulte du second membre de l'article, qui porte: » Cependant les parties, si elles sont

» toutes majeures , peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire , sur le choix duquel elles s'accordent , « d'où l'on peut inférer que l'article , supposant des mineurs intéressés , est applicable aux mineurs comme aux majeurs.

Mais je réponds à cette objection , que , si l'art. devait être commun aux uns et aux autres , il aurait été inutile de faire l'art. 839 , qui traite exclusivement des ventes par licitation dans lesquelles des mineurs , absens ou interdits sont intéressés : il aurait suffi de l'art. 827. Il y a plus , d'après l'art. 839 , les ventes par licitation sur partage entre majeurs et mineurs doivent être faites avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs ; tandis que l'art. 827 n'exige qu'une vente par licitation devant le tribunal , par conséquent une vente dans les formes ordinaires , ce qui confirme assez ma thèse , que cet art. 827 n'est applicable qu'aux ventes par licitation entre cohéritiers majeurs présens ; puisqu'en l'appliquant aussi aux cas où il y des majeurs et mineurs , des absens ou des interdits , il en résulterait qu'on pourrait vendre les biens de ces derniers sans observer les formalités prescrites par l'art. 459 , pour l'aliénation des biens des mineurs , ce qui serait une contravention manifeste à l'art. 839.

Dans cette troisième espèce , la loi dit , à la vérité , qu'il doit être procédé à la vente par licitation devant le tribunal. Mais peut on raisonnablement en induire , que le législateur ait entendu exiger que la vente se fasse devant le tribunal assemblé , à l'audience publique ? Je ne le pense pas ; au contraire , il me semble que ce n'est qu'indicativement qu'il parle du tribunal , et que

l'expression vente devant le tribunal, ne signifie que vente judiciaire faite par autorité du tribunal compétent pour prononcer sur les contestations du partage. Or que la vente soit faite par un membre du tribunal, ou par un notaire commis par le tribunal, elle est toujours censée l'ouvrage du tribunal, comme provenant de son délégué, d'après la maxime triviale: *quod quis per alterum facit, ipse fecisse videtur*, applicable à la matière, par analogie de la loi 16. ff. de *Jurisd.* qui porte: *Solet prætor jurisdictionem mandare, et aut omnem mandat, aut speciem unam, et is, cui mandata jurisdictio est, fungetur vice ejus qui mandavit, non sua.*

D'ailleurs, je ne puis concevoir aucun motif pourquoi la loi exigerait ici une vente faite devant le tribunal; tandis qu'elle se contente d'une vente faite devant un commissaire seulement, lorsqu'il s'agit de biens appartenans à des mineurs.

Il me reste à parler de la quatrième et dernière espèce, c'est-à-dire, des ventes par licitation sur partage entre cohéritiers mineurs, ou majeurs et mineurs, ou lorsqu'il se trouve parmi les copartageans, des absens, mineurs émancipés, ou des interdits.

Ces ventes doivent, d'après l'art. 839 du C.N., ainsi qu'il a déjà été remarqué, être faite en justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs.

Cet article s'explique par l'art. 459, auquel il se réfère visiblement. Ainsi, nul doute que, dans ce cas, comme dans celui de l'art. 459, la vente ne puisse être faite par un membre du tribunal, ou un notaire à ce commis.

La seule difficulté que ces articles puissent présenter, selon mon opinion, c'est la question de

savoir : si, en exigeant l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs, la loi exige aussi une délibération du conseil de famille.

En ne consultant que le C. N., on peut soutenir le pour et le contre, soit qu'il y ait seulement des mineurs, ou des majeurs et mineurs intéressés à la vente. En effet, la délibération du conseil de famille n'étant pas nécessaire, lorsqu'il s'agit de vendre des biens possédés par indivis entre des mineurs et un copropriétaire majeur, la parité de raisons semble la rendre superflue lorsqu'un cohéritier majeur provoque la vente par licitation, pour sortir de l'indivision et arriver au partage ; et l'art. 840, supposant généralement l'autorisation du tuteur, par le conseil de famille, pour la validité des partages, et la licitation n'étant à parler proprement que l'exécution et le complément du partage, cette autorisation paraît, au contraire, indispensable dès qu'il y a des mineurs intéressés au partage. Mais le C. de P. a nettement décidé la question : d'après son art. 954, l'avis du conseil de famille est nécessaire lorsque les immeubles appartiennent à des copropriétaires tous mineurs, et ne l'est pas lorsqu'ils appartiennent en partie à des majeurs et en partie à des mineurs, et que la vente est ordonnée sur la demande des copropriétaires majeurs.

Il me paraît inutile de répondre à l'objection que l'art. 839 n'ordonnerait pas une vente en justice, s'il voulait se contenter d'une vente faite par un commissaire, comme dans les cas des art. 459 et 460 ; et que l'expression *vente en justice* est synonyme du mot : *vente devant le tribunal*. Cette objection est suffisamment réfutée par ce qui pré-

cède ; d'ailleurs la phrase qui suit : *avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs*, s'applique nécessairement à l'officier qui doit y procéder, d'après les art. 459 et 460 précités.

En conséquence, il me semble démontré à l'évidence que , pour quelque cause qu'il soit procédé à la vente d'immeubles appartenant soit en totalité, soit en partie à des mineurs, le tribunal, chargé de la faire, peut y commettre un juge ou un notaire ; et que telle est l'intention de la loi, cela résulte du discours du conseiller d'état, M.^r Siméon, sur le livre 2. du C. de P. où on lit :
 » Le code civil permet la vente des immeubles des
 » mineurs indifféremment devant un juge commis
 » par le tribunal ou devant un notaire.

Il s'agit maintenant de savoir : si la faculté de commettre est tellement absolue qu'il n'y ait pas moyen de revenir sur le choix du tribunal.

Soutenir cette thèse, c'est soutenir, en d'autres termes, que les tribunaux de première instance peuvent prononcer en dernier ressort sur les délibérations des conseils de famille, au moins relativement à la nomination du commissaire délégué pour la vente.

Cependant, l'art. 889 du C. de P. soumet les jugemens rendus sur délibération de famille à l'appel ; et cette disposition est générale.

S'ils sont généralement sujets à l'appel, le juge supérieur a le pouvoir de les réformer. Or, que deviendrait ce pouvoir, si le tribunal était maître absolu de commettre, selon sa phantasie, tel ou tel notaire, tel ou tel de ses membres ?

Certes, on aurait tort de prétendre que le tribunal se trouve lié par la nomination d'un notaire

faite par le conseil de famille, et qu'il ne peut commettre lui même un commissaire à la vente, qu'autant que le conseil de famille ne l'ait pas fait ; car ce serait attribuer à ces conseils de famille un pouvoir contesté au tribunal même, et rendre le but de l'homologation illusoire.

Le vrai est que le tribunal peut adopter ou rejeter le notaire proposé par le conseil de famille, selon qu'il le juge convenable à l'intérêt des mineurs, comme la cour d'appel peut changer la nomination faite par le tribunal, si les intérêts des mineurs lui paraissent le commander. Pour justifier cette assertion, qui l'est déjà par la saine raison et la nature même de la chose, il suffit de citer ce passage remarquable du discours susmentionné de M.^r Siméon : » La faculté, dit-il, que » le code civil a donnée de procéder à la vente, » soit devant un juge, soit devant un notaire à ce » commis, sera appliquée selon les circonstances. » On doit cette confiance aux magistrats, que » leur choix sera déterminé par le vœu des fa- » milles et par l'utilité qu'ils verront eux mêmes » pour les mineurs, ou, d'épargner des frais, » ou de sacrifier cette épargne à la probabilité, si » elle se rencontre, de parvenir à une adjudica- » tion plus solennelle, et à une vente à plus haut » prix. «

Ainsi, l'intérêt des mineurs est la loi qui doit déterminer le choix du tribunal, et la faculté qu'il a de commettre un juge ou un notaire est subordonnée à cet intérêt ; si son choix est contraire à l'utilité probable des mineurs, il doit être corrigé. Et c'est ce que la cour d'appel a décidé par trois arrêts, dont l'un est du 11 avril 1806, et les deux autres du 11 févr. 1811.

Voici l'espèce dans laquelle a été rendu l'un de ces deux derniers arrêts.

Délibération du conseil de famille qui autorise le tuteur des enfans mineurs de feu Aaron Isaac, de vendre , pour cause de nécessité et d'un avantage évident, les biens de ses pupilles, et désigne le notaire Adolay, de Frankenthal, pour procéder à la vente.

L'avis des parens présenté à l'homologation du tribunal de Spire, ce tribunal l'homologue ; mais par un motif qui reste à deviner , puisqu'il n'est pas exprimé dans le jugement , il commet un de ses membres pour faire la vente , au lieu du notaire désigné par le conseil de famille.

Le tuteur se pourvoit par appel signifié au procureur impérial du tribunal de Spire, et la cause est discutée et jugée à l'audience sur une requête du tuteur et les conclusions du procureur-général-impérial.

Le premier point à examiner était de savoir : si l'acte d'appel avait été valablement signifié au procureur-impérial.

Et à cet égard , l'avocat de l'appelant a dit :

D'après les art. 885 et 886 du C. de P. , les délibérations des conseils de famille , sujettes à l'homologation, doivent être communiquées au ministère public , et le jugement d'homologation doit être rendu sur ses conclusions écrites et le rapport d'un juge.

Suivant l'art. 889 , les jugemens rendus sur délibération du conseil de famille sont sujets à l'appel.

Si le tuteur ou un membre de la famille croit les intérêts des mineurs lésés par la délibération , il se pourvoit contre les membres qui étaient de l'avis de la délibération , et il s'engage devant le

tribunal une contestation qui est terminée par le jugement d'homologation.

Dans ce cas, nul doute que l'appel ne doive être signifié à la requête des membres du conseil de famille dont l'avis a été rejeté par le jugement, à ceux dont l'avis a prévalu. Cela résulte suffisamment de l'esprit, et même des termes des différens articles du titre X du liv. I. du C. de P. sur les procédures diverses.

Mais si la délibération a été prise à l'unanimité, et que le tribunal en ait changé ou supprimé d'office les dispositions, à qui signifier l'appel, si non au procureur impérial sur les conclusions duquel le jugement d'homologation a été rendue, et qui dès-lors est à regarder comme contradicteur par état? Il n'existe pas d'autre personne à qui on pourrait le signifier. Prétendre qu'il ne puisse pas l'être au procureur impérial, ce serait en d'autres termes, soutenir qu'il ne peut pas y avoir appel.

Passant au fond, il a observé, qu'en s'écartant du vœu exprimé par le conseil de famille, en substituant un juge à la place du notaire proposé pour la vente, le tribunal de Spire avait ouvertement lésé les intérêts des mineurs.

Que pour se convaincre de cette vérité, il suffisait de remarquer que les biens à vendre sont situés près de Frankenthal, et à plus de six lieues de Spire.

Que le notaire fera la vente sur les lieux, ce qui procurera un plus grand nombre d'amateurs, et par conséquent un plus haut prix; tandis que, si la vente se fait devant le tribunal, ou même aussi sur les lieux par un juge, on n'arrivera pas à ce but, par la raison que dans la première hypothèse,

il n'est pas à présumer qu'il y aura un grand nombre d'amateurs qui voudront faire le voyage à leurs frais, sans être surs de pouvoir acheter ; et que dans la seconde, le transport du commissaire, du greffier et d'un avoué, nécessaires pour les ventes à faire devant un juge, occasionnera des frais considérables, qui, quoique supportés par les acquéreurs, diminueront néanmoins d'autant le prix de vente, sans compter les autres inconvéniens.

Il a, en conséquence, conclu à la réformation du jugement, et à ce que le notaire Adolay, proposé par la famille, fût commis pour faire la vente.

Mr. le procureur-général s'est réuni à lui, sous l'un et l'autre rapport.

ARRÊT.

» Vû la requête etc., et ouï le procureur-
 » général-impérial, en ses réquisitions. — Vû par-
 » reillement l'art. 459 du C. N. et les art. 954 et
 » 955 du C. de P. civile. — Et attendu que sui-
 » vant les articles précités, la vente des immeu-
 » bles des mineurs ne peut être ordonnée que
 » d'après un avis des parens, et que lorsque la
 » délibération du conseil de famille aura été ho-
 » mologué par le tribunal civil ; par où la loi an-
 » nonce suffisamment que son intention est, que
 » les tribunaux prennent en considération les dé-
 » libérations des conseils de famille, et ce qui
 » peut favoriser l'intérêt des mineurs.

» Que, dans l'espèce, la délibération de famille,
 » relative à la vente dont il s'agit, avait désigné
 » un notaire sur les lieux, pour procéder à la dite
 » vente, ainsi que la loi en laisse la faculté, ce
 » qui est plus avantageux aux intérêts des mi-
 » neurs, qui se trouveraient évidemment lésés

» si la disposition du jugement dont est appel ,
 » qui commet , à l'effet de la dite vente , un mem-
 » bre du tribunal , n'était pas réformée.
 » La cour, faisant droit sur la demande de l'ap-
 » pelant , au nom qu'il agit , et ayant égard
 » aux réquisitions du procureur-général-impérial,
 » réforme le jugement du 15 mars dernier , dont
 » est appel , en ce que le tribunal a ordonné
 » qu'il serait procédé, pardevant un de ses mem-
 » bres , à la vente des biens dont il s'agit; émen-
 » dant , quant à ce, et faisant ce que les pre-
 » miers juges auraient du faire , ayant égard à la
 » délibération de famille , commet le notaire Ado-
 » lay , résidant à Frankenthal , pour procéder à
 » la vente par enchères des biens appartenans
 » auxdits mineurs représentés par le requérant ,
 » en observant les formalités prescrites en pareil
 » cas par le susdit art. 459 du C. N. ; ordonne
 » la restitution de l'amende consignée. (*)
 Du 11 févr. 1811. Mr. GEORGEL , pour l'ap-
 pelant.

(*) Un arrêt de la cour de Rouen , du 3. prairial
 an 12 , et quatre arrêts uniformes de la cour de
 Colmar , ont prononcé dans le même sens. Il
 existe , à la vérité , un arrêt du 5 juin 1806 , ren-
 du par la cour de Bruxelles , qui a décidé le
 contraire. Mais il est à observer que , dans l'es-
 pèce de cet arrêt , il s'agissait de biens situés à
 une demi-lieue seulement de Bruxelles ; que le
 tribunal de première instance avait réformé l'avis
 des parens , et commis un juge à la place du
 notaire qui avait été désigné par le conseil de fa-
 mille pour faire la vente sur les lieux ; circon-
 stance qui aura sans doute influé sur la décision
 de la cour , parcequ'on devait supposer qu'une

Enquête. Nullité d'assignation et de jugement. Acquiescement. Servitude.

(C. de P. art. 261. 275. 288. 450. L. 1. ff. de servit. præd. rust.) (*)

La nullité d'une assignation, pour comparaître à une enquête, est-elle couverte si l'on n'en a pas formellement excipé devant le juge-commissaire ? Rés. affirm.

Si le fond de la cause n'est pas en état d'être jugé en même tems que les nullités d'enquête, et par un seul et même jugement, le juge peut-il ordonner de plaider sur le fond, et y faire droit par un jugement particulier, avant l'expiration de la huitaine à dater de la prononciation du jugement rendu sur les nullités d'enquête, quoiqu'il s'agisse d'une affaire sujette à l'appel ? Rés. nég.

La partie qui a plaidé au fond, sans protestation ni réserve, peut-elle exciper de la nullité du jugement ? Rés. négat.

13 .

vente faite à la salle d'audience du tribunal, offrirait un résultat plus avantageux ; vû surtout que l'objet à vendre était un bien de campagne situé près du château impérial de Laeken, qui pouvait convenir à plus d'un riche particulier de la ville.

(*) . . . Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum : itaque qui iter habet, actum non habet : qui actum habet, et iter habet *etiam sine jumento*. Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi, nam et iter, et actum, et (in) se via continet, porte cette loi.

La servitude consistant dans le droit de passer avec voiture et bétail, renferme-t-elle nécessairement et toujours la faculté de passer à pied sans voiture et bestiaux ? Rés. nég.

Cette dernière question n'étant pas expressément prévue par le C. N., il nous semble que, si elle se présentait à décider, dans une cause régie par ce code, on devrait la juger suivant le droit romain, soit qu'on le regardât comme formant le droit subsidiaire dans les départemens jadis appelés pays de droit écrit, soit qu'on l'appliquât comme raison écrite, dans le silence absolu de la nouvelle législation. Sous ce rapport, elle mérite bien une place parmi les décisions consignées dans cet ouvrage.

Les maisons de Müller et Hafen appartenant jadis à un seul propriétaire.

Lors de leur division, il fût stipulé que le propriétaire de la maison de Müller aurait droit d'entrer avec voiture et bétail par la porte cochère de Hafen, et de traverser sa cour pour arriver dans celle de Müller. (*Nebst Einfahrt, sowohl mit Vieh als Fuhrwerk zu fahren, wobei beide Kontrahenten das Thor gemeinschaftlich unterhalten müssen.*)

Cette servitude n'ayant, à ce qu'il paraît, excité aucune mésintelligence avant que Müller ne fût devenu propriétaire de la maison dominante, donna lieu à beaucoup de difficultés depuis cette époque.

Müller, qui voulait étendre son droit de servitude autant que Hafen cherchait à le restreindre, finit par prétendre 1.° qu'il avait le droit de passer à pied, sans voiture et bestiaux, par la cour de Hafen, tant pendant le jour que pendant la nuit ; 2.° que le terrain servant à ce

passage , devait être déclaré commun entre lui et Hafen ; 3.° qu'il devait être autorisé à se faire faire une clef pour la porte d'entrée, afin de pouvoir s'en servir en cas de besoin ; et 4.° que Hafen devait être condamné à ne rien placer dans sa cour qui pût obstruer le passage, soit pendant le jour , soit pendant la nuit.

Il fonda ses prétentions sur son titre d'acquisition , et subsidiairement sur une possession suffisante pour prescrire le droit de passage à pied seulement.

Le tribunal de Kayserslautern , saisi de la contestation , déclara que le titre du demandeur Müller ne lui conférait que le droit de passer avec voiture et bétail , et non pas celui de passer à pied sans voitures et bestiaux ; en conséquence l'admit à prouver par témoins , qu'il avait acquis ce dernier droit par prescription.

Le jour de l'audition des témoins fût fixé au 27 mai 1809 par le juge-commissaire.

Le 24 mai seulement , Müller fit assigner Hafen au domicile de son avoué , pour comparaître à l'enquête.

Cette assignation était tardive , puisqu'elle n'avait pas été donnée trois jours avant l'enquête , ce qui est cependant exigé à peine de nullité par l'art. 261. du C. de P.

Hafen comparut devant le juge-commissaire , au jour indiqué par l'assignation , assisté de son avoué , et , sans critiquer la citation , consentit à l'audition des témoins présentés par Müller , en se réservant simplement tous ses droits et exceptions.

L'enquête et la contre-enquête achevées , la cause fût reportée à l'audience , où Hafen conclut à ce que l'assignation donné à son avoué pour

comparaître à l'enquête, et par suite les dépositions des témoins de Müller, fussent déclarées nulles ; en conséquence que , faute par Müller d'avoir satisfait au jugement interlocutoire, il fût débouté de sa demande et condamné aux dépens.

Müller opposa envain, qu'en comparaisant à l'enquête, et ne formant point d'exception contre cette assignation, Hafen avait, par son silence, couvert la nullité dont elle était affectée, et qu'il n'y avait par conséquent pas lieu d'accueillir ce moyen de nullité, non plus que le moyen de même nature opposé, par suite, aux dépositions des témoins : le tribunal, se déterminant par les dispositions de l'art. 261 du C. de P., annulla l'assignation, et par suite les dépositions des témoins ; mais attendu qu'un des juges présens à l'audience n'avait pas assisté à la première plaidoirie, il ordonna que les parties plaideraient au fond ; et celles-ci ayant plaidé de suite, sans faire de protestations ou réserves, il rendit le même jour un second jugement, par lequel il débouta Müller de ses différens chefs de demandes et le condamna aux dépens. — Peu content de ces deux jugemens, Müller en interjeta appel, et fit valoir les moyens suivans devant la cour.

L'assignation pour comparaître à l'enquête, dit-il, ne devait pas être annullée, la nullité dont elle était affectée se trouvant couverte par le fait de l'intimé.

En effet, d'après l'art. 173 du C. de P., toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception, autres que les exceptions d'incompétence. L'intimé aurait donc dû opposer son exception devant le juge-commissaire, et ne donner

son consentement à l'audition des témoins, que sous la réserve formelle de cette exception. Ne l'ayant pas fait, l'assignation ne peut plus être critiquée; elle est devenue valable, et par suite les dépositions des témoins le sont aussi. La réserve générale que l'intimé a faite sur le procès-verbal d'enquête, ne peut pas suppléer à l'exception formelle qu'il aurait dû proposer; cette réserve ne peut s'entendre que du fond de l'enquête, ou des nullités postérieures à l'assignation.

Qu'on ne s'étaye pas des dispositions de l'art. 275 du C. de P., d'après lequel le commissaire doit, à peine de nullité, faire mention sur son procès-verbal que les formalités prescrites par les art. 261. 262. etc. ont été observées, pour prétendre que l'enquête serait nulle, quand même la nullité de l'assignation aurait été couverte, puisque le juge-commissaire n'aurait pas pu faire la mention que la formalité de l'art. 261 avait été remplie, sans attester un fait faux. Personne ne disconvient, sans doute, que les parties n'aient la faculté de renoncer expressément aux moyens de nullité tirés de l'inobservation des formalités prescrites par le C. de P., dans leur unique intérêt. Or si une enquête ne serait pas nulle, dans ce cas, faute de la mention exigée par l'art. 275 précité du C. de P., elle ne doit point l'être non plus dans celui où il existe, comme dans l'espèce, une renonciation tacite tirée d'un fait. — Ainsi, le juge a commis une erreur en annullant l'assignation et les dépositions des témoins de l'appelant.

Il en a commise une autre, qui est une véritable violation de la loi, en rendant son jugement sur le fond de la contestation, avant l'expiration de la huitaine depuis le jour du juge-

ment sur la validité de l'enquête. Ce dernier jugement était, sans contredit, un jugement définitif, sujet à appel, et non exécutoire par provision. Or, d'après l'art. 450 du C. de P., l'exécution des jugemens non exécutoires par provision doit rester suspendue pendant huit jours, pour laisser aux parties le tems d'en appeler. Dans l'espèce, le tribunal dont est appel n'a pas observé ce délai de rigueur ; donc son jugement définitif est nul.

L'intimé a répondu :

L'art. 173 du C. de P. n'est pas applicable à l'espèce ; car il n'y est question que de défenses ou exceptions, proposées devant le tribunal même. Cet article est plutôt favorable à l'intimé, en ce qu'il en résulte que, si les moyens de nullité sont proposés devant le tribunal avant toutes défenses ou exceptions, le tribunal doit y avoir égard. Or, l'intimé a proposé l'exception de nullité de l'assignation devant le tribunal dont est appel, préalablement à toute autre exception et défense ; donc le tribunal devait l'accueillir. C'est une erreur de prétendre qu'il aurait dû la proposer formellement devant le juge-commissaire ; ce juge n'aurait pas pu y statuer, ni refuser de recevoir les dépositions des témoins, l'exception devenait donc superflue, puisqu'il importe peu que le tribunal en ait connu sur le renvoi du juge-commissaire, ou sur la simple demande de l'intimé. D'ailleurs, et supposé qu'une exception aurait dû être faite à cet égard devant le juge-commissaire, ce qui n'est cependant prescrit par aucune loi, on ne doit point perdre de vue que, tout en consentant à l'audition des témoins, l'intimé s'est réservé tous ses droits et exceptions, réserve qui renferme nécessairement la faculté d'attaquer l'assignation.

Il est inutile d'examiner le mérite du moyen de nullité opposé au jugement définitif. Supposé que le tribunal eût dû attendre l'expiration de la huitaine, et que pour ne l'avoir pas attendue, son jugement fût nul, cette nullité se trouverait couverte, dans le propre système de l'appelant, puisqu'au lieu d'en exciper, il a plaidé au fond sans protestation ni réserve.

Pour ce qui touche le fond de la cause l'on se dispense d'en retracer la discussion; les moyens réciproques des parties résultant suffisamment des motifs de l'arrêt.

ARRÊT.

„ Attendu qu'il est de principe que les nullités d'assignations doivent être proposées devant le juge pardevant lequel l'assignation est donnée, et qu'elles sont couvertes par le silence de la partie assignée, qui comparait sans en exciper;
 „ Que l'intimé et son avoué sont comparus devant le juge-commissaire et ont consenti à l'audition des témoins de l'appelant, sans opposer la nullité de l'assignation donnée audit avoué pour comparaître à l'enquête, quoiqu'ils n'ignorassent pas qu'elle avait été signifiée un jour trop tard, en contravention à l'art. 261 du C. de P. ;

„ Que la réserve générale que cet avoué a faite, à l'ouverture du procès-verbal d'enquête, des droits et exceptions de l'intimé, ne peut pas être regardée comme renfermant une exception tacite contre la validité de l'assignation.

„ D'ailleurs, que cette exception aurait dû être expresse et consignée dans le procès-verbal du commissaire, ce qui s'induit des dispositions des art. 270. 282. 284 et 287 du C. de P., d'après lesquelles les reproches contre les té-

„ moins doivent être articulés et consignés dans
 „ ledit procès-verbal , quoique le juge-commissaire ne puisse pas connaître de leur mérite ,
 „ ni se dispenser de recevoir la déposition des
 „ témoins reprochés ; d'où il s'infère , par une
 „ parité de raison , qu'il en doit être de même
 „ des exceptions de nullité d'exploits , quoique
 „ le juge-commissaire ne puisse pas non plus y statuer ; et qu'en conséquence le premier juge a
 „ mal jugé en accueillant une nullité d'assignation qui n'était plus recevable , parcequ'elle
 „ avait été couverte par le fait de la partie , et
 „ que le jugement par lequel il a annullé les dépositions des témoins , par suite de cette nullité
 „ couverte , est susceptible d'être réformé .

„ Attendu que bien que le jugement sur le fond de la contestation n'aurait dû être rendu qu'après l'expiration de la huitaine , à dater du jugement qui avait statué sur l'exception de nullité de l'enquête , puisque le jugement sur le fond , ayant nécessité une plaidoirie particulière et l'intervention d'un nouveau juge , la cause n'était pas en état pour recevoir une décision sur les deux objets par un seul et même jugement , et la décision sur les moyens de nullité était par là devenue susceptible d'un appel particulier ; néanmoins il ne s'ensuit pas que le jugement définitif soit nul , dans l'espèce , l'appelant ayant renoncé à son exception de nullité , en plaidant de suite au fond , sans faire aucunes protestations ou réserves .

„ Attendu que parmi les témoins ouïs à la requête de l'appelant , il n'y en a qu'un seul qui a possédé sa maison comme propriétaire depuis 1776 jusqu'en 1786 ; que les autres , à l'except-

„ tion de Georges Fortenbach , qui en était loca-
„ taire pendant un an , sont ou des domestiques
„ qui étaient au service de l'appelant , ou des
„ ouvriers ou journaliers qui sont venus travailler
„ chez lui à certaines époques seulement.

„ Qu'il résulte en effet de la déposition du ci-
„ devant propriétaire , qu'il a exercé le passage en
„ question à pied et sans voiture et bétail pen-
„ dant le jour , et qu'il croyait en avoir le droit ,
„ parceque le beau-père de l'intimé ne s'était ja-
„ mais opposé à ce qu'il s'en servit de cette ma-
„ nière ; mais que ce témoin a aussi ajouté à sa
„ déclaration , que lui et le beau-père de l'intimé
„ étaient bons voisins et amis ;

„ Que les autres témoins n'ont pu dire , si le
„ passage à pied , sans voiture et bestiaux , avait
„ été exercé par suite d'un droit quelconque de la
„ part de l'appelant ; et qu'il ne résulterait d'ail-
„ leurs pas de leurs dépositions qu'il eût été exercé
„ sans interruption et pendant un tems suffisant
„ pour prescrire.

„ Enfin que Martin Riegler , l'un des ci-devant
„ propriétaires de la maison de l'appelant , té-
„ moin entendu en contre-enquête , a formellement
„ déclaré , que s'il a exercé le passage dont il s'a-
„ git , à pied seulement , pendant dix ans qu'il
„ habitait la maison , ce n'était pas qu'il eût ja-
„ mais cru en avoir le droit , mais parcequ'il exis-
„ tait une bonne harmonie et amitié entre lui
„ et l'intimé , et que lui déposant de son côté lui
„ avait pareillement accordé des facilités ;

„ Qu'en conséquence , il en résulte que l'appe-
„ lant n'a pas satisfait à l'interlocutoire du 3 mars
„ 1809 , et qu'il faut donc recourir à son titre
„ d'acquisition pour déterminer les droits qui lui
„ sont compétent.

A cet égard :

„ Attendu que quoiqu'il soit constant que ce
 „ titre lui assure l'entrée dans la cour de l'inti-
 „ mé avec voiture et bestiaux , à charge par lui
 „ de contribuer par moitié aux frais d'entretien
 „ de la porte cochère ; et que le passage avec voi-
 „ ture et bétail (via) renferme ordinairement le
 „ passage à pied sans voiture et bétail , (jus iti-
 „ neris) d'après la loi 1. ff. de servit. præd. rust. ,
 „ Cependant il est de principe aussi que ces
 „ deux servitudes peuvent subsister l'une sans
 „ l'autre ;

„ Que les servitudes sont de stricte interpréta-
 „ tion et ne doivent pas être étendues au-delà de
 „ leur destination ou de la nécessité qui les a fait
 „ constituer ; et que le passage à pied , sans voi-
 „ ture et bétail , quoique communément compris
 „ dans le passage avec voiture et bestiaux , n'est
 „ point censé concédé lorsqu'il devient plus oné-
 „ reux que ce dernier ; à moins qu'il ne soit d'ail-
 „ leurs d'une nécessité résultante de la destination,
 „ ou commandée par les localités. (*)

„ Que, dans l'espèce , où il s'agit plutôt d'une
 „ servitude mixte que purement rustique , puis-
 „ qu'il existe une porte close par laquelle ou en-
 „ tre , tout concourt à exclure le passage à pied
 „ sans voiture et bétail , et à faire présumer , même
 „ d'après les termes du titre , que la conces-
 „ sion de la servitude n'a eu pour objet que le
 „ seul passage avec voiture et bestiaux , ne pou-
 „ vant être contesté qu'il existe d'autres issues par
 „ lesquelles on peut arriver à pied à la maison et
 „ dans la cour de l'appelant , sans avoir besoin

(*) C'est ce qu'enseigne entr'autres. HEUFFELD, Ju-
 risp. for. §. 677.

„ de se servir de ce passage, qui serait d'ailleurs
 „ beaucoup plus gênant pour l'intimé que le pas-
 „ sage avec voiture et bétail, dont on use moins
 „ fréquemment.

„ Attendu, que si l'appelant ne peut jouir que
 „ du droit de passer avec voiture et bestiaux seu-
 „ lement, et à titre de servitude, il est hors de
 „ doute que le terrain qui y sert ne peut pas être
 „ regardé comme une propriété commune, et que
 „ l'appelant ne peut pas être autorisé à se faire
 „ faire une clef particulière.

Par ces motifs, — » La cour, donne acte
 „ à la veuve Müller de ce que, tant en son
 „ nom qu'en qualité de tutrice légale de ses en-
 „ enfans procréés avec l'appelant, elle reprend et
 „ poursuit en cause d'appel l'action originaire-
 „ ment intentée par feu son mari; et faisant droit
 „ sur l'appel du jugement du 5 janvier 1810,
 „ qui a annulé l'assignation du 24 mai 1809,
 „ et par suite l'enquête du 27 du même mois,
 „ met l'appellation et ce dont est appel au néant;
 „ émendant, déclare lesdites assignation et enquête
 „ valables, et néanmoins sans s'y arrêter, dit que
 „ l'appelant n'a pas satisfait à l'interlocutoire du
 „ premier juge du 3 mars 1809: en conséquence,
 „ et statuant sur l'appel du jugement définitif du
 „ 5 janvier 1810, met l'appel au néant, et or-
 „ donne que ce jugement sera exécuté selon sa
 „ forme et teneur. Condamne la veuve de l'ap-
 „ pelant, ez qualités qu'elle agit, aux deux tiers
 „ des dépens tant de cause principale que d'ap-
 „ pel, l'autre tiers compensé entre les parties.
 „ Ordonne la restitution de l'amende consignée. “
 Du 20 mars 1811. Plaid.^t M. M. GEORGEL
 et PAPÉ.

Tribunal de commerce. Question d'état.
Incident. Compétence.

(Ordonnance de commerce de 1673. art. 9. tit. XII.)

Les tribunaux de commerce sont ils compétens pour connaitre INCIDEMMENT d'une question d'état ? Rés. négat.

Pierre Christophe Arnspurger , natif de Heidelberg , dans le grand duché de Baden , mineur d'âge selon les lois de son pays , obtient , à la régence de Manheim , l'autorisation de se marier en France avec une française ; à charge par lui de retourner dans son pays natal , et d'y fixer son établissement après qu'il aura atteint sa majorité. Par le même décret , la régence charge les tuteurs d'Arnspurger de lui envoyer les deux tiers de ses revenus , pour fournir à sa subsistance et à celle de sa femme.

Le 15 août 1805 , après le mariage contracté , Arnspurger tire de Manheim deux lettres de change , chacune de 150 louis d'or , sur un négociant étranger au profit d'un sieur Weeber , marchand français.

Les lettres n'ayant pas été acquittées à leur échéance , protêt , et assignation à Arnspurger à comparaître devant le tribunal de commerce de Mayence , à l'effet de se voir condamner , même par corps , au paiement des effets et aux dépens.

Les tuteurs d'Arnspurger , instruits des poursuites dirigées contre lui , interviennent dans la cause , et demandent que le tribunal se déclare incompétent.

Jugement qui les déboute de leur exception d'incompétence et ordonne de plaider au fond.

Autre jugement par défaut qui condamne Arnsperger au paiement, même par corps, et aux dépens.

Voici les motifs de ces deux jugemens.

1.^o Les deux lettres de change étant faites au profit d'un français, le tireur Arnsperger, considéré même comme étranger, a pû être cité devant un tribunal de France, conformément à l'art. 14 du C. N., et par conséquent devant le tribunal de commerce, s'agissant de lettres de change relativement auxquelles les tribunaux de commerce peuvent connaître entre toutes personnes, Art. 2. tit. XII. ordonnance de 1673. (*)

2.^o Arnsperger se trouve émancipé par son mariage; il était donc capable de s'engager valablement. D'ailleurs, s'étant marié en France avec une française, et ayant établi son domicile en France, il doit être regardé comme français.

3.^o Le public n'a pas été averti qu'il était encore mineur; on devait donc le considérer comme majeur.

Arnsperger et ses tuteurs interjetèrent appel de ces jugemens.

Pour établir sa compétence, disait le défenseur des appelans, le tribunal de commerce s'est fondé sur l'art. 14 du C. N., et sur l'art. 2. du titre XII de l'ordonnance de commerce.

(*) D'après l'art. 637 du nouveau C. de C., les tribunaux de commerce sont de même compétens pour connaître de lettres de change ou billets à ordre, entre toutes personnes; mais ils ne peuvent pas prononcer la contrainte par corps contre les individus non négocians.

Le raisonnement du tribunal serait très juste, s'il ne s'était agi que du paiement des lettres de change ; mais les appelans avaient élevé un incident sur la qualité du tireur, et de cet incident, qui formait une question préjudicielle, dépendait la question principale. Le tribunal devait donc avant tout examiner sa compétence relativement à l'incident ; car bien que dans la règle ordinaire, tracée par la loi 3. *cod. de judiciis*, le juge qui est compétent pour décider la question principale, puisse aussi connaître de tous les incidens y relatifs, encore que ces incidens, proposés par forme d'action, ne seraient pas de sa compétence ; néanmoins les tribunaux de commerce ne peuvent pas s'autoriser de cette règle générale pour étendre leurs pouvoirs au-delà des bornes fixées par les lois particulières de la France. Or, l'art. 9 du titre XII de l'ordonnance de commerce de 1673, défend expressément aux juges-consuls de prononcer sur les incidens relatifs à l'état ou à la qualité des personnes.

Il suit delà, qu'au lieu de s'arrêter à la question de savoir, si Arnspéger devait être considéré comme français ou étranger, comme majeur ou mineur, le tribunal aurait dû renvoyer les parties devant les juges compétens pour être fait droit sur cette question préalable ; sauf à procéder ensuite devant lui sur l'action en paiement des lettres de change. Ayant lui même prononcé sur cette question préjudicielle, il a excédé sa compétence, et l'un et l'autre de ses jugemens sont par conséquent dans le cas d'être annullés.

Mais allons plus loin: supposons que le tribunal ait été compétent, ces jugemens n'en seraient pas moins susceptibles d'être réformés.

Arnsperger réside bien à la vérité en France ; mais il n'a jamais déclaré vouloir acquérir la qualité de français ; il ne peut donc pas être considéré comme tel. Son mariage en France, avec une française, ne lui a pas ôté la qualité d'étranger, puisque le mari ne suit pas la condition de la femme, mais la femme celle du mari, art. 12 et 19 du C. N. Si le mariage n'a pas fait qu'Arnsperger a cessé d'être étranger, les effets civils de son mariage, doivent, quant à la capacité de sa personne, être jugés d'après les lois de son pays ; or, loin que la régence de Manheim lui ait conféré l'administration de sa fortune, elle l'a, au contraire, laissé sous la tutèle, en chargeant ses tuteurs de pourvoir à sa subsistance par la délivrance des deux tiers de ses revenus.

La circonstance qu'Arnsperger se trouve dans un pays où les lois requièrent un moins grand nombre d'années pour la majorité que celles de sa patrie, ne peut rien changer à l'état des choses ; car il est de principe reconnu que les lois qui régissent les personnes et leur capacité, les suivent partout, même à l'étranger, art. 3. n.º 3 du C. N. VOET, *ad pandectas*, liv. I. tit. IV. part. 2. §. 3.

L'observation du tribunal de commerce, que le public devait regarder Arnsperger comme majeur, soit à raison de son âge, soit à raison de son mariage, puisqu'on ne l'avait pas prévenu que, quoique marié, il était encore mineur, ne mérite aucun égard, d'après l'adage du droit : *qui cum alio contrahit gnarus est aut debet esse conditionis ejus cum quo contrahit.*

Ainsi, Arnsperger ne pouvant s'engager valablement à cause de sa minorité, il en résulte

qu'il ne pouvait pas être condamné au paiement des lettres de change.

Le défenseur de l'intimé répondit, qu'il lui paraissait très superflu d'entrer dans aucune discussion sur l'état et la qualité de l'appelant Arnspërger, puisqu'en tout cas le tribunal de commerce était compétent pour décider la question principale; qu'il aurait pu la décider sans avoir besoin d'examiner, si Arnspërger était français ou allemand, majeur ou mineur; et que, de ce qu'il avait prononcé sur une question préjudicielle oiseuse, hors de sa compétence, il ne s'ensuivait pas qu'on dût annuler le jugement du fond, compétemment et bien rendu.

Nul doute, disait-il, que les tribunaux de commerce ne soient compétens pour connaître de lettres de change entre toutes personnes; ainsi entre mineurs comme entre majeurs.

D'ailleurs, la loi ne vient au secours des mineurs, qu'autant qu'ils sont lésés: *non tamquam minores, sed tanquam lesi restituuntur*. Arnspërger ne prétend pas être lésé, et ne peut pas le prétendre; car l'argent lui a été compté et nommé; il a été employé pour payer des dettes qu'il avait contractées, et pour lesquelles ses créanciers étaient sur le point de faire prononcer la contrainte par corps contre lui.

L'intimé a tiré de ce raisonnement la conséquence que, sans s'arrêter au jugement sur la compétence, qu'on devait regarder comme superflu, il y avait lieu de confirmer le jugement du fond.

Mais les appelans ont répliqué, que la question de savoir, si un mineur est lésé ou non, n'appartient pas plus au juge de commerce qu'il ne lui appartient de connaître de la capacité des per-

sonnes , surtout lorsque le mineur ne fait pas notoirement le commerce.

Que c'était , au surplus , une grande erreur de croire qu'une personne n'était pas lésée lorsqu'elle faisait , en minorité , des emprunts destinés à acquitter d'autres dettes ruineuses également contractées en minorité.

ARRÊT.

» Attendu que quoique l'action au fond ait pu
 » être portée devant le tribunal de commerce ,
 » néanmoins l'incident qui s'est élevé sur la ques-
 » tion de savoir , si la majorité du défendeur de-
 » vait être réglée d'après les lois de l'Empire fran-
 » çais , ou bien d'après les lois du pays où il est
 » né , ne pouvait être décidé par le même tribu-
 » nal , cette question étant d'ordre public , et ne
 » pouvant être jugée par des tribunaux d'excepti-
 » on , mais seulement par les tribunaux ordi-
 » naires ;

Par ces motifs , — » La cour dit , qu'il a été
 » incompétemment et nullement jugé par le juge-
 » ment du tribunal de commerce de Mayence du
 » 2.^e complémentaire an XIII , en ce qu'il a pro-
 » noncé sur la question relative à la majorité de
 » l'appelant ; en conséquence annulle le dit juge-
 » ment , et tout ce qui s'en est suivi ; renvoie
 » sur la dite question , les parties devant qui de
 » droit : sauf à revenir sur l'action principale ,
 » devant le tribunal de commerce , s'il y a lieu etc.

Du 10 juillet 1807. Plaidant M. M. RUPPEN-
 THAL ; GEORGEL , assisté de M. BÉGIN ,
 avoué.

Société. Commerce. Arbitres. Compé-
tence.

(C. de C. art. 51. 60. C. de P. art. 1017.)

Des arbitres nommés à la suite d'une contestation relative à une société, et après un jugement interlocutoire intervenu au tribunal de commerce, doivent-ils être considérés comme des arbitres ordinaires ? Rés. négat,

La compétence de pareils arbitres peut-elle excéder celle d'un tribunal de commerce ? Rés. nég.

Un tribunal de commerce est-il compétent pour prononcer sur la validité d'un acte qu'on prétend être prohibé par la loi comme contraire aux bonnes mœurs ? Rés. négat.

Les S.^{rs} Dagoreau, Wittus et Gorgen étaient en procès devant le tribunal de Trèves, siégeant comme tribunal de commerce, sur l'exécution d'un contrat de société relatif à une entreprise de réparation de routes adjugée à Gorgen.

Après un interlocutoire, Dagoreau et Wittus, demandeurs, firent signifier à Gorgen un acte par lequel ils lui proposèrent deux arbitres pour juger leur différent.

Gorgen accéda à cette proposition. En conséquence les défenseurs des parties retournèrent devant le tribunal et y demandèrent acte de la nomination des deux arbitres consentis réciproquement, et que, vu la discordance des parties sur le choix du tiers arbitre, il plût au tribunal le nommer d'office.

Acte octroyé par le tribunal; nomination du tiers arbitre.

Devant les arbitres assemblés, Gorgen excipa que le contrat de société était nul, comme renfermant une société *léonine* réprouvée par les bonnes mœurs, et prohibée par la loi 29. §. 2. *ff. pro socio*.

Les arbitres déclarèrent que la loi invoquée n'était pas applicable à l'espèce, maintinrent le contrat de société, et condamnèrent Gorgen à en remplir les conditions.

Appel.

L'appelant soutenait que les arbitres avaient commis un excès de pouvoir en prononçant sur l'exception de nullité opposée au contrat de société; et pour justifier cette assertion il disait:

D'après l'art. 51 du C. de C., sous l'empire duquel l'action a été intentée, la contestation qui divise les parties, étant entre associés et à raison de leur société, devait être portée devant des arbitres, au lieu de l'être devant le tribunal de commerce.

Peu importe, que les parties eussent d'abord saisi le tribunal de commerce, et que ce tribunal eût déjà rendu un jugement interlocutoire, lorsqu'elles nommèrent leurs arbitres.

Ces faits ne peuvent pas changer l'ordre de juridiction établi par le C. de C., ni faire considérer les arbitres comme des arbitres ordinaires; les parties devaient réparer l'erreur dans laquelle elles étaient tombées en saisissant le tribunal de commerce, et renoncer librement à une litispendance engagée mal à propos.

On peut d'autant moins considérer la nomination d'arbitres comme un compromis ordinaire, qu'il ne résulte pas des actes que les parties aient voulu s'écarter de la marche tracée par le C. de

C. , pour le jugement des affaires de société; qu'il en résulte, au contraire, qu'elles s'y sont parfaitement conformées, en s'adressant au tribunal de commerce pour la nomination du tiers arbitre: tandis qu'elles auraient dû s'adresser au président du tribunal de première instance, si elles avaient considéré les arbitres comme des arbitres ordinaires.

Si les arbitres étaient des arbitres de commerce, comme on n'en peut pas douter, il n'y a pas de doute non plus qu'il ne dussent se renfermer dans les limites des attributions du tribunal de commerce. Il serait déraisonnable de penser que la loi eût voulu donner une juridiction plus étendue à ces arbitres qu'au tribunal de commerce lui-même, dont ils ne sont, pour ainsi dire, que les délégués.

Or, le tribunal de commerce n'aurait pas été compétent pour prononcer sur une question qui regarde l'ordre public et les mœurs; les arbitres ne l'étaient donc pas non plus, et leur jugement doit être annullé.

Les intimés répondaient, que de la seule circonstance que les parties, après avoir porté leur différend pardevant le tribunal de commerce, avaient abandonné leurs poursuites et nommés des arbitres, il résultait assez que leur intention était de renoncer à la juridiction consulaire, et de se faire juger par des arbitres ordinaires. Que s'il en était autrement, elles se seraient d'abord adressées à des arbitres de commerce, ainsi que cela est prescrit par la 2.^e sect. du titre III. du livre I. du C. de C.

Qu'on pouvait d'autant moins supposer une autre intention aux parties, que dans les actes de

nomination des arbitres , il n'était pas dit que c'était pour se conformer aux dispositions du C. de C. qu'on en nommait.

Qu'il est loisible aux commerçans de renoncer à la juridiction consulaire et de plaider devant les juges civils ; mais qu'il ne leur est plus permis de retourner aux juges de commerce après avoir saisi les juges ordinaires , à moins que les deux parties ne soient d'accord.

Les intimés ont tiré de ce raisonnement la conséquence , que le jugement arbitral devait être considéré comme un jugement civil , et que comme tel , il ne pouvait pas être annullé pour cause d'incompétence ou excès de pouvoir , puisque la question de savoir : si la société qui avait existé entre les parties devait être regardée comme une société *léonine* réprouvée par la loi , n'entrant point dans les prohibitions portées par l'art. 1004 du C. de P. , pouvait être soumise à des arbitres ordinaires , comme toute autre question sur des intérêts privés.

La cour n'a pas partagé l'opinion des intimés.

Il lui a paru que , dans le doute , chacun doit être censé avoir voulu se conformer à la loi , et suivre les juges qu'elle lui assigne ; que ce n'était pas pour se faire juger par des arbitres ordinaires que les parties avaient dessaisi le tribunal de commerce , mais pour réparer l'erreur qu'elles avaient commise , en ne s'adressant pas d'abord à des arbitres de commerce ; et qu'on ne pourrait leur supposer une intention contraire , qu'autant qu'elle résulterait évidemment des actes , ce qui n'était pas le cas dans l'espèce. En conséquence le jugement fut annullé par l'arrêt suivant :

» Attendu 1.^o que les parties avaient , sur la

» société alléguée, dans l'espèce, pour entreprise
 » de travaux, porté l'affaire devant le tribunal de
 » première instance, siégeant en tribunal de com-
 » merce;

» Que le jugement préparatoire de ce tribunal,
 » du 9 mars 1809, fait mention que le fait de la
 » société, posé par les demandeurs, était avoué
 » par le défendeur:

» Que d'après l'art. 51 du C. de C., toute
 » contestation entre associés, et pour raison de la
 » société, doit être jugée par des arbitres;

» Que les circonstances de la cause annoncent
 » que c'est pour se conformer à cette disposition
 » de la loi que les demandeurs avaient fait signi-
 » fier au défendeur qu'ils nommaient deux arbitres
 » pour juger le différent existant entr'eux; puis-
 » que les défenseurs des parties, à l'appel de la
 » cause, devant le tribunal de commerce, sont
 » tombés d'accord sur les deux arbitres nommés,
 » et dont le tribunal leur a donné acte, et comme
 » ils ne s'étaient point accordés sur le tiers arbi-
 » tre proposé, le tribunal en a nommé un d'of-
 » fice;

» Qu'il résulte du jugement arbitral que les par-
 » ties ont agité, devant les arbitres, la question
 » de savoir: si l'engagement dont il s'agissait était
 » ou non prohibé par les lois, et s'il y avait lieu
 » à l'application de la loi 29. *ff. pro socio*;

» Que dès-lors que la dite nomination d'arbi-
 » tres n'avait été faite devant le tribunal de com-
 » merce que pour prononcer sur les effets de la
 » société alléguée; et étant de principe que les
 » arbitres n'ont, dans ce cas, d'autre compétence
 » que celle des tribunaux de commerce, qui ne
 » peuvent prononcer sur des questions de droit

» qui sont du ressort des tribunaux ordinaires ;
» il s'en infère que le jugement arbitral dont est
» appel , qui a statué sur la légalité des conven-
» tions des parties , a été incompétent , et sous ce
» rapport est susceptible d'être annullé.

Par ces motifs , — » La cour , faisant droit ,
» annulle le jugement arbitral , pour cause d'in-
» compétence absolue ; en conséquence , renvoye
» les parties et la cause devant les juges qui doi-
» vent en connaître.

Du 5. février 1800. Plaidant M.M. RUPPEN-
THAL et PAPÉ.

La cour a constamment jugé dans les mêmes principes.

Par arrêt du 27 juillet 1808, plaidant M. M. Aldenhoven et Ruppenthal , elle a décidé , que les tribunaux de commerce sont incompétens pour connaître de la validité de la forme d'un acte notarié portant un engagement commercial , et qu'ils doivent renvoyer devant les juges ordinaires.

Cet arrêt s'exprime en ces termes :

» Attendu que l'exception de nullité du contrat
» dont s'agit , proposée devant les premiers juges ,
» siégeant en tribunal de commerce , sortait des
» attributions accordées par la loi à ces tribu-
» naux d'exception ; d'où il suit , que , sur cette
» exception , les premiers juges auraient dû ren-
» voyer les parties devant qui de droit , avant de
» statuer sur le fond de la contestation ;

Par ces motifs , — » La cour met , quant à
» cette exception , l'appellation et ce dont est ap-
» pel au néant ; émendant , et faisant ce que les
» premiers juges auraient dû faire , renvoye , sur
» la même exception , les parties et la cause par-
» devant qui de droit etc.

Acte de vente. Simulation. Preuve testimoniale.

(C. N. art. 1341. 1353.)

L'action en nullité d'un acte simulé, fait au préjudice d'un tiers, peut-elle être exercée par la partie qui a concouru à l'acte? Rés. affirm.

La simulation d'un acte authentique peut-elle être prouvée par témoins? Rés. affirm.

La partie qui a participé à la simulation, dans le dessein de réclamer ensuite l'exécution de l'acte à son profit, a-t-elle commis un dol envers l'autre partie? Rés. affirm.

Le 20 thermidor an XII, acte devant notaire, par lequel Jacques Reineck et sa femme vendent deux pièces de vignes à Cerf Liebmann, pour la somme de 215 francs, payables en deux termes, chacun d'une année, sous la réserve de la propriété jusqu'au parfait paiement, et à charge par les vendeurs de supporter les frais de l'acte de vente.

Le 4 décembre 1806, autre acte notarié, par les mêmes époux, au profit du même Cerf Liebmann, portant vente d'une maison pour la somme de 1109 francs.

Les vendeurs devaient encore le prix de vente de cette maison.

Cerf Liebmann est porteur de quittances de payemens par lui faits, tant du prix de la maison que de celui des vignes; mais il est à observer que ces quittances ne sont pas délivrées par les époux Reineck, mais par celui qui leur avait vendu la maison, et par leurs autres créanciers.

En l'an 1808, décès du mari Reineck.

Dans la même année, sa veuve fait citer Cerf Liebmann, devant le tribunal de Mayence, à l'effet d'entendre prononcer la nullité des ventes, comme simulées et n'ayant eu d'autre objet que celui de frauder les créanciers des prétendus vendeurs ; en conséquence voir ordonner qu'il serait procédé à une liquidation, pour constater leurs prétentions respectives.

La demanderesse se bornait à alléguer les faits de la simulation, sans les articuler dans un acte de conclusions, au prescrit de l'art. 252 du C. de P.

Le défendeur prétendait que les actes de vente étaient sérieux, en ajoutant que si même ils étaient simulés entre lui et les vendeurs, et faits au préjudice des créanciers de ceux-ci, la demanderesse y ayant concouru, n'aurait pas qualité pour les attaquer ; qu'elle serait repoussée par la maxime du droit : *propriam turpitudinem confitens non est audiendus*, et que les créanciers seuls pourraient critiquer ces actes. D'ailleurs, disait-il, quand même la demanderesse aurait qualité pour revenir contre les actes par elle consentis, elle n'en pourrait pas prouver la simulation par témoins ; cette preuve serait prohibée par l'art. 1341 du C. N., qui défend d'entendre des témoins contre et outre le contenu aux actes ; et supposé qu'en thèse générale cette preuve fût admissible, elle ne le serait pas dans l'espèce, la demanderesse n'ayant pas articulé les faits de la prétendue simulation dans un acte de conclusions, conformément à l'art. 252 du C. de P.

Le 13 février 1809, jugement par lequel le tribunal, reconnaissant l'admissibilité de la preuve vocale, continue la cause à la huitaine ; à charge par la demanderesse de se conformer, pour la

preuve offerte, aux dispositions de l'art. 252 du C. de P.

La demanderesse ayant satisfait à cet interlocutoire, intervint le 14 février 1811, jugement définitif qui la débouta de sa demande, par le double motif, que s'agissant de ventes simulées faites au préjudice de tiers, ceux-ci avaient seuls qualité pour les attaquer, et non la demanderesse qui ne devait profiter de la fraude à laquelle elle avait concouru ; et que les faits allégués de simulation n'étaient d'ailleurs pas pertinens.

Il est à observer que dans l'intervalle de la demande formée en nullité des actes de vente au jugement définitif, Cerf Liebmann s'était à son tour porté demandeur en trouble de possession devant le juge de paix, mais qu'il fut renvoyé, soit parcequ'il n'avait pas prouvé avoir jamais été en possession, soit parcequ'il y avait litispendance sur le pétitoire.

Il ne conste pas que Cerf Liebmann ait interjeté appel du jugement du juge de paix ; mais la demanderesse se pourvut devant la cour impériale contre le jugement définitif du tribunal de Mayence, et y fit valoir les moyens suivans.

Le principe établi par le tribunal, dont est appel, qu'il n'y a que les tiers lésés par un acte simulé qui puissent l'attaquer, et non pas les parties contractantes, est à la fois faux et immoral ; car il en résulterait que de pareils actes devraient être maintenus, ce qui serait contraire aux lois, et que l'une des parties contractantes devrait profiter de la simulation au préjudice de l'autre, dont elle aurait trompé l'attente, ce qui serait contre la morale.

C'est envain que, pour colorer ce principe

étrange et dangereux, on invoque la maxime : *turpitudinem propriam confitens non est audiendus*. D'après l'opinion des auteurs les plus éclairés, cette maxime n'est pas applicable aux contrats simulés, par la raison qu'il est inexact de dire que de pareils contrats soient ce qu'on appelle en droit *contractus turpes* ; ils ne sont pas même des contrats, mais doivent être regardés comme nuls et non avenus : *habent colorem, substantiam vero nullam ; quippe nulla conventio inicitur, nullus contractus agitur, sed fingitur*, dit d'Argentré sur l'art. 270 de la coutume de Bretagne. *Allegare actum simulatum gestum, ideo licet*, dit Stryck *IN DISSERT. DE ALLEGAT. PROPR. TURPIT. CAP. 3. §. 16, quia actus est nullus, non quia turpis. Exceptionem simulationis opponit sive simulationis particeps, sive in fraudem tertii simulatum sit*, enseigne LAUTERBACH *in colleg. theor. pract. lib. 44. tit. 4. §. 17. His, quæ simulate geruntur, pro infectis habitis, frustra ficti pretii postulatur numeratio*, porte la loi 21. au code Justinien *de transact.* Ainsi, abstraction faite de l'opinion des auteurs, cette loi tranche seule la difficulté ; car en défendant de réclamer le prix fictif d'une vente simulée, elle défend nécessairement aussi de réclamer la chose vendue, et il s'ensuit que l'une et l'autre des parties contractantes peuvent opposer la nullité de la vente.

Ces principes établis par les lois romaines sont maintenus par la législation française actuelle.

En effet, l'art. 1108 du C. N. exige, pour la validité des conventions, le consentement réciproque des parties contractantes ; l'art. 1131 déclare nulles les obligations sans cause, et celles qui ont une cause fausse ou illicite, et l'art. 1133

range parmi les causes illicites, celles qui sont contraires aux bonnes mœurs.

Une vente simulée, faite dans l'unique dessein de frauder des tiers, ne permet pas de supposer un consentement sérieux de la part du prétendu vendeur d'aliéner la chose. Elle n'a pas une cause, bien moins une cause licite, parcequ'elle n'est que fictive entre les parties, et n'a d'autre but que celui de tromper des tiers, ce qui est sans doute très illicite.

Or comme il n'est pas douteux qu'il ne soit permis, à la partie elle même de revenir contre un engagement contracté sans cause, sur une fause cause ou sur une cause illicite, ou sans son consentement réel, il ne peut pas l'être non plus qu'elle n'ait le droit d'attaquer un acte simulé, si la simulation a été, comme dans l'espèce, l'ouvrage des deux contractans. Il en serait tout autrement si la simulation n'était que d'un côté, et qu'il y eût, de l'autre, bonne foi et intention sérieuse de faire un contrat réel.

Ayant démontré que l'appelante a, sous ce rapport, droit et qualité, pour attaquer les prétendus actes de vente, justifions aussi qu'elle peut en prouver la simulation par témoins, et que le serment de l'intimé n'est pas l'unique remède qui lui reste.

L'art. 1341 du C. N. défend, d'admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes; mais n'exclut pas pour cela ce genre de preuve contre les actes simulés. L'art. 2. du titre 20 de l'ordonnance de 1667 s'expliquait de même que l'art. du code que nous venons de citer, et la preuve vocale était néanmoins admise sous l'ancienne jurisprudence dans les espèces

semblables à la nôtre , par la raison qu'elle ne tend pas à prouver que les choses se soient passées autrement, devant le notaire, qu'il n'est dit dans l'acte, mais au contraire, à démontrer que les parties ont trompé le notaire et les témoins sur leur véritable intention, et que les engagements par elles contractés n'avaient rien de réel. Exclure la preuve testimoniale, dans ce cas, ne serait ce pas autoriser la fraude et l'immoralité ?

Mais, objecte-t-on ici, la partie qui s'est engagée seulement pour la forme et en apparence, aurait dû prendre une contre-lettre; si elle n'en a point prise, c'est de sa faute qu'elle est obligée de remplir son engagement; on peut lui opposer, avec succès, l'art. 1321 du C. N.

Que dit donc cet article? Il porte: » Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont point d'effet contre les tiers. «

N'est-il pas visible, que cette disposition n'est faite que dans l'intérêt des tiers? Certes, de ce que les contre-lettres doivent produire leur effet entre les parties contractantes, il ne s'ensuit pas, qu'à défaut de pareilles lettres, les parties soient obligées d'exécuter le contrat quoique simulé.

D'ailleurs, pour se convaincre que l'art. 1321 ne regarde en rien les conventions simulées proprement dites, on n'a qu'à lire les discussions qu'il a subies au conseil d'état, qui prouvent que le législateur n'a jamais entendu que les contre-lettres dussent servir de remède aux actes simulés, et que cet article n'a été inséré au C. N. que pour faire voir que, bien que les parties contractantes se fussent garanties par des contre-lettres, contenant d'autres stipulations que celles renfermées

dans le contrat, ces stipulations particulières ou modifications du contrat patent ne pourraient jamais être opposées à des tiers, ni faire loi qu'entre les parties contractantes; par conséquent l'art. 1321 précité suppose un contrat réel, modifié seulement par des contre-lettres entre les parties. Il résulte encore de cet article que, si les parties contractantes avaient même reconnu par des contre-lettres que le contrat patent ne dût produire aucun effet entr'elles, cette convention ne pourrait pas nuire aux droits acquis à des tiers par le contrat; mais il n'en résulte certainement pas que, dans ce dernier cas, le contrat doive aussi sortir son effet entre les parties contractantes, à moins qu'elles ne se soient munies de contre-lettres; cette conclusion n'est pas une conséquence nécessaire de la disposition de l'article.

Pour ce qui regarde le serment, il est bien vrai que la partie qui attaque l'acte comme simulé peut le déférer à sa partie adverse, sur la sincérité de la convention, soit qu'elle veuille s'en rapporter à la conscience de celle-ci, soit qu'elle n'ait aucun autre moyen de preuve; mais il n'est pas exact de dire que le serment soit le seul remède. D'ailleurs que peut-on se promettre du serment d'une partie qui ne craint pas de réclamer l'exécution d'un contrat simulé? N'est-ce pas la constituer dans la nécessité de choisir entre un parjure et sa honte.

Mais allons plus loin. Supposons que la simple simulation ne suffise pas pour autoriser une partie à attaquer un acte par elle souscrit, et que, sous ce rapport, la preuve testimoniale ne soit pas admissible dans notre espèce: le dol de la partie adverse la ferait sans doute admettre; car celle

des deux parties contractantes qui réclame l'exécution d'une convention simulée, commet certainement un dol envers l'autre, et un dol qu'elle a déjà préparé lors de la confection de l'acte.

Supposez que Pierre et Paul conviennent de faire un acte simulé, par lequel Paul vend sa maison à Pierre, pour la soustraire aux poursuites de ses créanciers. Si Paul n'était pas persuadé que Pierre ne ferait jamais usage de l'acte de vente contre lui, et si Pierre ne le laissait pas dans cette persuasion, il ne consentirait certainement pas à la vente. Ainsi, si Pierre, nonobstant l'assurance donnée à Paul, vient ensuite réclamer la maison comme sa propriété, on peut dire qu'il s'est rendu coupable d'un dol envers Paul, en employant une manœuvre trompeuse pour lui faire signer un contrat auquel il n'aurait pas consenti, s'il avait connu le dessein caché de Pierre; et sous ce rapport les art. 1116 et 1353 du C. N. autorisent Paul à attaquer l'acte de vente, et à en prouver, par témoins, la simulation avec le dol qui l'a accompagné.

La qualité de l'appelante et l'admissibilité de la preuve vocale justifiées, sous tous les rapports, voyons si les faits qu'elle articule sont pertinens.

Les voici :

1.) Les actes de vente ont été faits dans le dessein réciproque de frustrer la direction des douanes et un curateur, qui menaçaient le mari de l'appelante de le poursuivre en justice; celle-là pour obtenir l'effet de condamnations prononcées contre lui, et celui-ci pour récupérer une créance;

2.) L'intimé ne s'est pas fait inscrire sur les registres de mutations des propriétés;

3.) Il n'a pas payé les contributions publiques,

qui ont toujours été acquittées par le mari de l'appelante;

4.) Il n'a pas fait transcrire les actes de vente sur les registres hypothécaires, pour s'assurer la propriété des biens vendus contre des tiers;

5.) Il n'a jamais pris possession de ces biens;

6.) Il a déclaré lui même, à un particulier de l'endroit, que les ventes n'étaient pas sérieuses, mais simulées;

7.) Le prix est de beaucoup inférieur à la valeur réelle des objets prétendument vendus.

Personne ne niéra, sans doute, que le premier de ces faits ne soit positif et pertinent; et si les autres le sont moins, il résulte cependant de leur ensemble, surtout lorsqu'on considère la qualité de l'intimé, que, s'il avait regardé les ventes comme sérieuses, il n'aurait pas laissé les prétendus vendeurs dans la possession et jouissance, sans leur rien demander; qu'il se serait, au contraire, hâté de faire inscrire ses titres sur les registres des mutations et des hypothèques, pour se garantir contre des tiers; qu'il aurait acquitté les contributions; enfin, qu'il n'aurait pas annoncé lui même que les ventes n'étaient pas sérieuses.

L'appelante a, en conséquence, conclu à la réformation du jugement et à l'admission de la preuve des faits par elles articulés; subsidiairement, elle a déferé à l'intimé le serment sur la sincérité des actes de vente, à charge cependant par lui de le prêter *more mosaico*.

L'intimé a répondu:

Nul doute qu'un acte de vente simulée, fait dans le dessein de tromper des tiers, ne soit un contrat honteux; et que la partie qui, après avoir concouru à un pareil acte, en allègue ensuite la simulation, pour le faire annuler dans son inté-

rêt, ne se fasse un moyen de sa propre turpitude, qui la rend non recevable à être écoutée en justice. Sous ce rapport, le premier juge a donc bien jugé, en déclarant l'appelante sans qualité pour attaquer, sous prétexte de simulation, les actes de vente consentis par elle et feu son mari au profit de l'intimé.

Mais supposons même qu'elle eût qualité pour demander la nullité de ces actes, parceque la maxime, *propriam turpitudinem allegans non est audiendus*, ne serait pas applicable aux contrats simulés; du moins, elle ne pourrait pas prouver, par témoins, la simulation qu'elle allégué; car l'art. 1341 du C. N. défend ce genre de preuve contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qu'on alléguerait avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.

Or, vouloir prouver par témoins qu'un acte authentique ne contient pas une vente réelle, quoique le contraire résulte clairement de ses termes, c'est sans doute offrir une preuve contre et outre le contenu à l'acte, et sur ce qui avait été dit avant l'acte.

Le seul moyen qui resterait à l'appelante, pour prouver la simulation qu'elle oppose, serait donc une contre-lettre ou un autre écrit de l'intimé qui pût détruire la foi due aux contrats produits, ainsi qu'il résulte assez clairement des dispositions de l'art. 1321 du C. N. C'est au reste le sentiment de M.^r Merlin, lumineusement établi dans son *Répert. univ. à l'art. SIMULATION*. Et en effet, quel serait le sort des actes les plus authentiques, s'il était permis à chaque contractant de mauvaise foi d'en prouver la simulation par témoins? Il n'y aurait plus rien de certain, et les engagements les

mieux constatés deviendraient un jeu pour celle des parties qui trouverait des témoins disposés à dire des mensonges dans son intérêt.

Mais, dit-on, en excluant la preuve testimoniale, pour établir la simulation d'un acte, on pourrait souvent sanctionner le dol et la fraude et maintenir des conventions illicites. Cela peut être; cependant, en admettant cette preuve, n'en résulte il pas un plus grand inconvénient, celui d'exposer le sort des contrats aux caprices et à la mauvaise foi des parties?

En rejetant la preuve testimoniale, s'il en arrive un préjudice à l'une des parties, c'est de sa propre faute: *volenti non fit injuria*; pourquoi s'est-elle fiée à la bonne foi de sa partie adverse, et n'a-t-elle pas pris de contre-lettre? En admettant, au contraire, cette preuve, l'injustice à laquelle serait exposée l'autre partie ne pourrait être attribuée à sa négligence ou à sa crédulité; car elle avait pris le moyen le plus efficace pour assurer son droit. Cette seule considération justifie suffisamment l'opinion qu'on ne doit admettre que la délation du serment à l'appui de l'allégation de la simulation des actes.

En effet si, au lieu de traiter par écrit, je fais une convention purement verbale sur un objet excédant la valeur ou la somme de 150 francs, je n'ai d'autre moyen contre ma partie adverse que la délation du serment, pour lui prouver l'existence de la convention qu'elle nie; pourquoi aurais-je donc la faculté de lui prouver par témoins la simulation d'une convention écrite? Elle a cependant un acte en sa faveur, et je n'ai pour moi que mes simples dires.

Ne résulte-il pas de là, que, si la loi rejète la preuve vocale lorsqu'il n'existe pas d'acte consta-

tant la convention , on doit , à plus forte raison , la rejeter aussi lorsqu'il en existe un qui prouve précisément le contraire de ce que l'une des parties contractantes veut prouver par témoins ?

Après avoir cherché à démontrer que l'appelante n'avait pas qualité , et que , dans l'espèce , la preuve testimoniale n'était pas admissible , l'intimé a plaidé dans l'hypothèse contraire , et soutenu que les faits articulés ne seraient pas pertinens pour en induire la simulation.

Il observait , que le premier article n'était autre chose que la simple allégation de la simulation dénuée des faits dont l'appelante prétend la faire résulter.

Que le défaut d'inscription des titres de vente sur les registres hypothécaires n'était d'aucune importance ; cette inscription étant aujourd'hui purement facultative , et la vente étant parfaite entre les parties , et la propriété acquise à l'acquéreur par le seul consentement des contractans constaté par l'acte de vente.

Qu'il en était de même du défaut d'inscription sur les registres de mutations ; que l'intimé justifiait d'ailleurs de cette inscription par un certificat du maire , ainsi que du payement des contributions. Que si l'inscription et le payement des impositions n'avaient pas précisément eu lieu à l'époque fixée par les actes de vente , il n'en résultait pas du tout que l'intimé eût , par ce retard , entendu renoncer à la propriété des immeubles par lui achetés , ni regarder les ventes comme simulées ; d'autant moins , qu'il prouvait , par la production de quittances à lui délivrées par celui qui avait vendu la maison à crédit au mari de l'appelante , et par des contrats de créances acquittés

à la décharge de ce dernier, qu'il avait réellement payé la maison et les vignes.

Que l'appelante ne pouvait pas se faire un moyen de ce que l'intimé n'était pas en possession, puisque ce défaut de possession, outre qu'il ne prouverait rien par lui même, provenait encore de la résistance qu'elle avait opposée à ce qu'il entrât en jouissance des biens par lui acquis.

Que l'appelante ne pouvait pas non plus se prévaloir de ce qu'il aurait dit à un particulier que les ventes n'étaient pas sérieuses, soit parcequ'un seul témoin ne prouve rien, soit parcequ'un aveu extrajudiciaire de cette espèce ne mérite aucune considération et ne lie pas celui qui l'a fait; surtout lorsqu'on considère ici que l'intimé peut avoir eu ses bonnes raisons pour cacher la vérité à un individu qui n'était pas plus en droit de la lui demander, qu'il n'aurait été tenu de la lui dire.

Enfin que la modicité du prix, fût-elle prouvée, ne pouvait pas donner lieu à une action en nullité pour cause de simulation, mais seulement à une demande en paiement du supplément du juste prix, ou en rescision de la vente, conformément aux art. 1674 et 1681 du C. N.

Au mérite de ces moyens, l'intimé a conclu à la confirmation du jugement, si non par le motif que l'appelante était sans qualité et la preuve testimoniale inadmissible, du moins par celui que la preuve offerte pour établir la simulation n'était pas concluante.

ARRÊT sur délibéré en chambre du conseil.

„ Attendu qu'il est de principe que les actes
 „ simulés, lorsqu'ils ne cachent pas d'ailleurs une
 „ convention avouée par la loi et la morale, que
 „ les parties auraient eu réellement en vue, sont
 „ nuls et ne peuvent produire aucun effet;

„ Attendu que , bien qu'il soit de règle ordi-
 „ naire qu'on ne doit pas écouter celui qui allé-
 „ gue sa propre turpitude , et qu'en général les
 „ actes simulés faits au préjudice de tierces-per-
 „ sonnes puissent être attaqués par celles-ci , il
 „ ne s'ensuit cependant pas que les parties qui
 „ ont passé un pareil acte soient obligées de l'exé-
 „ cuter entr'elles , ce qui serait contraire au prin-
 „ cipe de nullité absolue de ces actes ; ni que la
 „ maxime : *propriam turpitudinem allegans non*
 „ *est audiendus* soit applicable aux contrats simu-
 „ lés , contre le sentiment des auteurs les plus
 „ accrédités ;

„ Que ce principe conduirait même trop loin ,
 „ en ce qu'il en résulterait , que , si deux per-
 „ sonnes s'étaient réunies pour frauder un tiers ,
 „ au moyen d'un acte simulé , l'une d'elle dût
 „ seule profiter de la fraude et de la simulation
 „ communes ; d'où il suit que le premier juge a
 „ erré , en déboutant l'appelante de sa demande
 „ en nullité des contrats de vente dont il s'agit au
 „ procès , par le motif que cette action ne pour-
 „ rait compéter qu'aux tiers lésés par ces contrats ;
 „ et qu'il est d'ailleurs tombé en contradiction
 „ avec lui même , en maintenant lesdits contrats
 „ à l'avantage de l'intimé , tout en établissant
 „ qu'une partie ne doit pas profiter de la fraude
 „ à laquelle elle aurait concouru.

„ Attendu que les dispositions de l'art. 1341
 „ du C. N. , qui exclut la preuve testimoniale
 „ contre et outre le contenu aux actes , n'est pas
 „ applicable aux actes attaqués pour cause de
 „ simulation , ainsi que le premier juge l'avait éta-
 „ bli par son jugement préparatoire du 13 févr.
 „ 1809 ;

„ Que ce principe, conforme à l'ancienne juris-
 „ prudence, est consacré par plusieurs arrêts de
 „ la cour de cassation rendus sous la législation
 „ actuelle, et notamment par un arrêt du 4 jan-
 „ vier 1808; (Voyez *Sirey*, an 1808 p. 249.)

„ Qu'il est d'ailleurs justifié par l'art. 1353 du
 „ C. N. qui admet la preuve testimoniale contre
 „ les actes argués de dol ou de fraude, et par les
 „ art. 1109. 1116. 1131 et 1133 du même code
 „ qui l'admettent lorsque les actes qui sont at-
 „ taqués pour défaut de consentement, ou parce-
 „ qu'ils contiennent une fausse cause ou une cause
 „ illicite; puisqu'on ne peut pas dire qu'il y ait
 „ consentement dans un acte simulé, ni qu'un
 „ contrat de vente entaché de simulation, et fait
 „ dans le dessein réciproque des deux parties
 „ contractantes de frauder des tiers, ait une cause,
 „ beaucoup moins une cause juste et licite; et qu'il
 „ y aurait, au reste, dol manifeste de la part de
 „ celui qui, ayant laissé la partie, avec laquelle
 „ il aurait contracté, dans la persuasion qu'il ne
 „ fera jamais usage du contrat simulé, voudrait
 „ ensuite en réclamer l'exécution; d'où il s'infère
 „ que, sous ces différens rapports la preuve vo-
 „ cale serait admissible dans l'espèce, où il s'agit
 „ de contrats simulés qui ne cacheraient rien de
 „ réel.

„ Mais attendu que les faits articulés par l'ap-
 „ pelante, pour en faire dériver la preuve de la
 „ simulation, ne sont pas concluans; le premier
 „ n'étant autre chose que la question de la simu-
 „ lation convertie en fait; et les autres, pris sépa-
 „ rément ou dans leur ensemble, n'étant pas de
 „ nature à présenter des présomptions assez graves
 „ pour en induire une simulation, il y a lieu de

„ rejeter la preuve offerte, et de confirmer, sous
„ ce point de vue, le dispositif du jugement atta-
„ qué, néanmoins à charge par l'intimé de prêter
„ le serment subsidiairement déferé par l'appelante.

Par ces motifs, — » La cour met l'appel au
» néant, à la charge cependant par l'intimé de
» prêter serment selon les rites de son culte, de-
» vant le tribunal dont est appel, que les contrats
» de vente dont il s'agit ne sont ni simulés, ni faits
» dans le dessein commun des parties contrac-
» tantes de frauder les créanciers des vendeurs;
» condamne l'appelante à l'amende, au coût de
» l'arrêt et aux dépens postérieurs au dit arrêt,
» ceux antérieurs demeurant compensés.

Du 5 juin 1811. Plaid.^r M.M. RUPPENTHAL
et PAPÉ.

Testament public. Témoins. Demeure.
Nullité. Notaire. Dommages-intérêts.

(C. N. art. 971. 985. 1001. Loi du 25 ventôse an XI,
sur le notariat, art. 12. 68.)

*Les formalités exigées par la loi du 25 ventôse
an XI, pour les actes notariés en général, doi-
vent-elles être observées dans la rédaction des tes-
tamens publics, indépendamment de celles pre-
scrites par le C. N. ? Rés. affirm.*

*Le défaut de l'indication de la demeure des té-
moins, est-il une cause de nullité d'un testament
public ? Rés. affirmat.*

Y a-t-il lieu à des dommages-intérêts contre le notaire qui a commis cette nullité ? Rés. négat.

La solution de ces trois questions est de la plus haute importance pour les héritiers testamentaires, les légataires et les notaires.

Les deux premières ont été décidées négativement par les cours d'appel de Bruxelles, Nismes et Riom. Leur décision est fondée sur ce que le C. N. est la seule loi qui régit la matière des testamens ; que la loi générale du 25 ventôse an XI, sur le notariat, ne regarde que les autres actes notariés ; que l'art. 980 du C. N. n'exige pas, comme la loi du 25 ventôse, l'énonciation de la demeure des témoins, mais seulement qu'ils soient mâles, majeurs et sujets de l'Empereur, jouissant des droits civils ; et qu'en conséquence le défaut de l'indication de la demeure des témoins appelés à un testament public ne peut pas être regardé comme une cause de nullité, l'art. 1001 du C. N., ne prescrivant, à peine de nullité, que l'observation des formalités établies par le même code.

Mais ceux qui sont de l'opinion que la loi du 25 ventôse doit être observée concurremment avec le C. N., objectent, qu'il est de principe que les lois spéciales, postérieures à la loi générale, ne dérogent à celle-ci qu'autant qu'elles le portent expressément, ou que leurs dispositions soient incompatibles avec la loi générale, ou contraires à son but ou à son esprit ; d'où ils infèrent que la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, doit être appliquée aux testamens publics, en tous points auxquels il n'y est pas dérogé expressément ou tacitement par le C. N. Or, disent-ils, la loi du 25 ventôse veut que la demeure des témoins soit énoncée dans les actes de notaires auxquels ils sont

appelés ; les testamens publics sont, sans contredit, des actes de notaires ; le C. N. ne contient aucune disposition qui dispense les notaires de faire mention de la demeure des témoins dans les testamens ; cette mention ne contrarie non plus aucune des dispositions du code ; au contraire, elle ne peut que contribuer à en assurer d'avantage l'exécution : en conséquence, le seul silence du C. N. ne peut pas être regardé comme une dérogation à la loi du 25 ventôse, et il reste vrai que l'indication de la demeure des témoins est nécessaire pour la validité d'un testament public.

Cependant, les partisans de l'opinion contraire ne sont pas sans réplique à ces objections. Ils trouvent dans les diverses dispositions du C. N., une dérogation, si non expresse, au moins implicite à la loi du 25 ventôse.

On remarque, disent-ils, dans la loi du 25 ventôse, que les témoins appelés aux actes ne peuvent pas être pris parmi les clercs du notaire instrumentant ; la même disposition se retrouve dans l'art. 975 du C. N. D'après la loi de ventôse, les témoins doivent être mâles, majeurs et regnicoles ; cette disposition est aussi littéralement répétée dans l'art. 980 du C. N., et beaucoup d'autres, qu'il serait trop long de citer.

Si l'intention du législateur avait été de faire concourir la loi du 25 ventôse avec le C. N., pour ce qui regarde la forme des testamens, aurait-il eu besoin de transporter dans ce code, des dispositions déjà renfermées dans cette loi ? N'aurait-il pas, par une disposition générale, renvoyé à la loi de ventôse, sur le notariat, pour tout ce à quoi il n'a pas dérogé expressément par le code ? On doit le présumer, avec d'autant plus de raison

qu'il y a renvoyé par l'art. 931, pour ce qui regarde les donations entre vifs, en ordonnant qu'elles seront faites dans la forme ordinaire des contrats. S'il avait voulu que la demeure des témoins fût indiquée dans les testamens publics, comme dans les autres actes notariés, n'aurait-il pas exigé cette indication par l'art. 980 du C. N., comme il l'exige par la loi de ventôse, au lieu de se borner à demander simplement que les témoins appelés aux testamens soient mâles, majeurs et sujets de l'Empereur, jouissant des droits civils? Ne doit-on pas conclure de la manière dont il s'est énoncé, qu'il a transporté dans le C. N. toutes celles des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, qu'il a jugées nécessaires pour la validité des testamens; que celles qu'il n'y a pas transportées ne sont pas de l'essence des testamens, et qu'en conséquence leur inobservation ne peut pas en entraîner la nullité?

Enfin, le texte même des art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ne prouve-t-il pas, qu'ils ne sont pas applicables aux testamens? Ils parlent de parties contractantes: il n'y a pas de parties contractantes dans un testament; donc ces articles ne regardent pas les testamens.

D'ailleurs, remarquons bien sur tout, que l'art. 68 de la loi précitée ne prononce la nullité des actes dont il parle, qu'autant, qu'indépendamment du défaut de l'indication de la demeure des témoins instrumentaires, l'acte ne porte pas la signature des parties contractantes. Si cette signature s'y trouve, la peine de l'omission de l'énonciation de la demeure des témoins consiste simplement en ce que l'acte ne peut pas valoir comme authentique, mais seulement comme acte sous signa-

ture privée. Un testament public signé du testateur, quoique n'énonçant pas la demeure des témoins, devrait donc, aux termes précis de cet article, valoir comme testament privé. Or, les dispositions du C. N. s'opposent à ce qu'il vaille comme tel, parcequ'il n'est pas olographe. Annuler un testament pareil n'est-ce donc pas prononcer une peine plus forte que celle établie par la loi? N'est-ce pas créer une nullité pour un cas que la loi n'indique pas? Mais si la loi défend, par l'art 1030 du C. de P., aux juges d'annuler de simples actes de procédure, hors les cas qu'elle a formellement exprimés, peut-on croire qu'elle leur permette d'annuler arbitrairement des testamens, qui sont des actes de la plus haute importance dans la société civile.

Ainsi, en supposant que les art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI soient applicables aux testamens publics, en résulterait-il que la formalité prescrite par ces articles dût être observée à peine de nullité? Où est la disposition formelle de la loi qui prononce cette nullité?

Ne peut-on pas conclure de là, qu'un testament public ne doit être annulé, faute d'énoncer la demeure des témoins, qu'autant que l'héritier testamentaire ne puisse pas prouver que les témoins réunissent les qualités requises par l'art. 98 du C. N.? N'est-il pas permis de penser que cette preuve peut être faite par un autre acte que par le testament même; par exemple, au moyen d'un certificat du maire, et même d'une enquête; parcequ'il ne s'agirait pas de prouver contre ou outre le contenu du testament; et qu'en admettant la preuve testimoniale, sur le fait de la demeure des témoins, on ne contreviendrait pas à l'art. 1341 du C. N.?

Sans hasarder une réponse à ces questions, j'observerai simplement que la jurisprudence adoptée par les cours d'appel de Bruxelles, Nismes et Riom, a été condamnée par l'arrêt suivant de la cour de cassation.

» La cour : — vû les art. 12 et 68 de la loi du
 » 25 ventôse an XI, sur le notariat ; et attendu
 » que cette loi est une loi générale qui embrasse
 » tous les actes notariés ; que les testamens pu-
 » blics sont des actes notariés, ainsi qu'il résulte
 » des art. 969 et 971 du C. N. ; que, par suite,
 » les formalités prescrites par la loi du 25 ven-
 » tôse an XI, sont applicables aux testamens
 » publics, comme aux autres actes notariés ; qu'on
 » ne peut pas tirer une induction contraire de ce
 » que l'art. 68 porte qu'à défaut des formalités
 » prescrites pour valoir comme acte public, l'acte
 » notarié vaudra comme écrit sous signature pri-
 » vée, lorsqu'il sera revêtu de la signature de
 » toutes les parties contractantes ; qu'il en résulte
 » seulement que cette disposition est particulière
 » aux contrats, et doit être restreinte à son cas ;
 » que si le C. N. a établi des formalités parti-
 » culières aux testamens publics, il n'a eu en gé-
 » néral pour objet que d'entourer ces actes de
 » plus de solennités ; que par conséquent, loin
 » de déroger à celles prescrites par la loi du 25
 » ventôse, il en a voulu de plus l'exacte observa-
 » tion en tout ce à quoi il n'a point dérogé d'une
 » manière formelle ; que s'il en était autrement,
 » il en résulterait les inconveniens les plus graves,
 » et le C. N. n'aurait pas manqué d'y pourvoir ;
 » que suivant les art. 12 et 68 de la loi du 25
 » ventôse an XI, les actes de notaires doivent
 » contenir l'énonciation de la demeure des té-

» moins instrumentaires, à peine de nullité; qu'il
 » en est donc de même des testamens publics;
 » que l'art. 980 du C. N. ne déroge point spé-
 » cialement à cette formalité, en exigeant que les
 » témoins soient sujets de l'Empereur; que ces
 » deux conditions sont distinctes, et la première
 » est d'autant plus indispensable, que sans l'in-
 » dication de la demeure des témoins, il serait
 » souvent impossible de vérifier s'ils réunissent
 » les qualités requises; qu'ainsi, en jugeant que
 » le testament public en question est valable, quoi-
 » que la demeure des témoins n'y soit pas énon-
 » cée, la cour d'appel de Bruxelles a violé les
 » art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI;
 » — casse etc. »

Dans l'espèce soumise à la cour de Trèves, l'a-
 vocat du notaire n'a pas douté que les deux pre-
 mières questions ne dussent être jugées conformé-
 ment aux principes établis par la cour de cassa-
 tion. Mais, tout en convenant que le testament
 rédigé par son client était nul, pour ne pas conte-
 nir l'énonciation de la demeure des témoins, il
 a soutenu qu'il ne devait pas être condamné en
 des dommages-intérêts envers l'héritier testamen-
 taire.

L'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, disoit-
 il, ne porte pas que le notaire est indistinctement
 tenu des dommages-intérêts résultant de l'omis-
 sion de l'indication de la demeure des témoins
 dans un acte; il l'y assujettit seulement, *s'il y*
a lieu. D'après les principes du droit, il n'y a
 lieu à des dommages-intérêts, dans ce cas,
 qu'autant que le notaire s'est rendu coupable de
 dol ou de fraude, ou d'une faute ou erreur
 grossière équipollente à dol. Partager l'opinion,

quoique déclarée erronée , de trois cours d'appel, ce n'est sans doute pas commettre une erreur grossière , ou se rendre coupable d'une négligence grave , beaucoup moins d'un dol ou d'une fraude. Or les cours de Bruxelles, Nismes et Riom ont pensé que l'indication de la demeure des témoins n'était pas requise pour la validité d'un testament public. Si l'on ne peut pas reprocher à ces trois cours une ignorance crasse , équipollante à dol , ou d'avoir agi de mauvaise foi , comment pourrait-on adresser ce reproche à un notaire , auquel seul on ne peut cependant raisonnablement supposer autant de connaissances et de lumières qu'à tous ces juges ensemble. Il en a conclu que le jugement devait être réformé en ce point , et le notaire déchargé des condamnations contre lui prononcées.

L'avocat de l'héritier testamentaire a répondu :

Quelqu'ait été l'opinion des cours d'appel de Bruxelles, Nismes et Riom , sur la question qui divise les parties , la cour de cassation a reconnu que l'omission de l'énonciation de la demeure des témoins dans un testament public , en opère la nullité. La forme du testament est l'ouvrage du notaire ; s'il commet une faute à cet égard , il doit la réparer à ses frais ; l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI est formel sur ce point. On prétend que le notaire n'est tenu à la réparation du tort qu'il a causé , qu'autant qu'il y aurait dol ou fraude , ou erreur ou ignorance grossière de sa part , et l'on appuie cette opinion de l'expression *s'il y a lieu* , qui se trouve dans l'article que nous venons de citer. Mais c'est bien mal à propos ; les mots *s'il y a lieu* , doivent naturellement s'entendre du cas , où l'acte serait d'ailleurs nul ou inopérant par le fait des parties : c'est-à-dire ,

que , dans ce cas , il n'y aurait pas lieu à des dommages-intérêts contre le notaire , parceque les parties n'auraient pas pu profiter de l'acte , quand même il aurait été valable dans sa forme. Ainsi, lorsque l'acte n'est nul que parcequ'il pêche par la forme , il y a lieu à des dommages-intérêts. S'il en était autrement, l'art. précité, au lieu de s'exprimer de cette manière , aurait dit : *en cas de dol ou de fraude de la part du notaire.*

Au reste , n'est-ce pas commettre une erreur ou faute grossière que d'omettre d'énoncer la demeure des témoins dans un acte public quelconque ? Si cette énonciation est de rigueur dans un contrat de la moindre importance, est-il permis seulement de penser qu'elle ne le soit pas dans un testament ? Ne pas remplir, par pure précaution, cette formalité, dans le doute même si elle peut être nécessaire ou non, n'est-ce pas déjà une négligence caractérisée ? Enfin peut on remplir le vœu de l'art. 980 du C. N. sans énoncer la demeure des témoins dans un testament public ? Comment donc vérifier, si les témoins sont majeurs et sujets de l'Empereur, jouissant des droits civils, quand le testament n'indique pas leur demeure ?

L'avocat de l'intimé en a tiré la conséquence que le jugement devait être confirmé, si non par ces raisons, du moins en vertu de l'art. 1383 du C. N., qui rend chacun responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

ARRÊT.

„ Attendu 1.° en ce qui touche l'appel inter-
 „ jeté au principal par Chrétien Brendel et Sa-
 „ lomé Dietra, femme de Rudolphe Bohrmann,
 „ du jugement du 30 août 1810, que l'on ne

„ peut sérieusement proposer des griefs contre
 „ ce jugement pour avoir annulé le testament
 „ dont il s'agit, faute de mention de la demeure
 „ des témoins, puisque la jurisprudence de la cour
 „ de cassation sur ce point, a consacré que cette
 „ omission devait opérer la nullité de l'acte, d'a-
 „ près les art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse
 „ an XI, sur l'organisation du notariat. (*)

„ 2.° En ce qui concerne l'appel du notaire
 „ Lembert, contre le jugement du 7 novembre
 „ dernier, qui, statuant sur la garantie exercée
 „ contre lui par les parties ci-dessus dénommées,
 „ l'a condamné à indemniser celles-ci de la perte
 „ qu'elles éprouvent par l'annulation dudit tes-
 „ tament ;

„ Que l'on doit remarquer d'abord que le no-
 „ taire, en rédigeant ce testament en l'an 13, a
 „ pu croire que la mention de la demeure des té-
 „ moins n'était point de rigueur, d'après les dis-
 „ positions du C. N., qui, en prescrivant, au
 „ chap. 5. sect. 1., plusieurs formalités, et no-

(*) Dans l'espèce il s'agissait d'un testament fait
 avant l'arrêt de la cour de cassation du 4 octobre
 1811. La question serait beaucoup plus difficile,
 ce me semble, si le testament était postérieur à
 cet arrêt; car bien que les arrêts de cette cour ne
 fassent loi qu'entre les parties, et qu'ils ne soient
 pas publiés officiellement; néanmoins s'il pouvait
 être prouvé à un notaire qu'il eût eu connaissance
 de l'arrêt, il paraît qu'on en pourrait argumenter
 contre lui. Nouveau motif pour les notaires de
 bien se pénétrer de leurs devoirs, et de s'en ten-
 nir, dans le doute, plutôt à la sage maxime: *su-
 perflua non nocent*, que de s'exposer à des dom-
 mages-intérêts, par l'omission d'une formalité que
 les juges pourraient regarder comme essentielle.

» tamment à Part. 980, sur les qualités que doit
 » avoir les témoins appelés aux testamens,
 » n'ordonne point la mention de la demeure, et
 » que l'art. 1001 ne prononce la nullité que des
 » testamens dans lesquels les formes prescrites
 » dans la section précitée n'auraient pas été ob-
 » servées ;

» Que l'erreur reprochée, dans la circonstance,
 » au notaire Lemberg est d'autant plus excusable,
 » qu'elle a été partagée par plusieurs cours d'ap-
 » pel, entr'autres par celles de Bruxelles, Nismes et
 » Riom ; et que ce n'est que postérieurement au
 » testament attaqué que la cour de cassation a fixé
 » la jurisprudence sur cette question ;

» Que l'on ne peut pas dire avec fondement,
 » pour assujettir ce notaire à des dommages-in-
 » térêts, qu'il avait commis une faute grave, et
 » encore moins un dol : toutes les circonstances
 » de la cause écartant absolument cette idée ; que
 » l'on ne peut pas non plus, par la même rai-
 » son, invoquer contre lui l'art. 1383 du C. N.,
 » cet article n'ayant rapport qu'aux délits et quasi
 » délits, et étant par conséquent inapplicable à
 » l'espèce : d'où il s'infère qu'il y a lieu de réfor-
 » mer les condamnations prononcées contre ce no-
 » taire.

Par ces motifs, — » La cour, statuant d'après
 » la jonction d'instance, met sur l'appel, au prin-
 » cipal, desdits Chrétien Brendel et Salomé Dietra,
 » femme Bohrmann, du jugement du 30 août
 » dernier, l'appel au néant avec amende et dé-
 » pens ;

» Et sur l'appel du notaire Lemberg, du jugement
 » du 7 novembre aussi dernier, met l'appellation
 » et ce dont est appel au néant, émendant ren-

» voie le notaire Lembert de la demande en
» dommages-intérêts contre lui formée etc.

Du 1.^{er} mars 1811. Plaid.^t MM. GEORGEL et
ALDENHOVEN.

Serment. Appel. Acquiescement. Fin de
non recevoir. Assignation. Délai.

(C. N. art. 1362. 1366. C. de P. art. 61. §. 4. 72.
456.)

Le serment prêté, en présence de la partie adverse, et sans protestation ni réserve de sa part, en exécution d'un jugement portant condamnation à charge d'affirmer, est-il à regarder comme un acquiescement au jugement, qui en rend l'appel postérieur non recevable? Rés. affirm.

Un arrêt rendu par défaut, contre l'appelant, avant l'expiration du délai indiqué par l'acte d'appel, mais à l'échéance du délai fixé par la loi, et sur un avenir donné par l'intimé à l'avoué de l'appelant, est-il nul pour être rendu prématurément? Rés. négat.

Proces entre Razella et Nack, fils de l'épouse Razella, du premier lit, sur l'exécution d'un contrat fait à la suite de la dissolution d'un société de commerce qui avait existé entr'eux; par lequel contrat Razella s'était engagé à payer à Nack une somme de 12,000 florins, et à lui en prêter une autre de 20,000 florins, sous le cautionnement de la mère de Nack.

Les 12,000 florins payés , Nack ne put obtenir le prêt promis, quoique sa mère se fût rendue caution, sous l'autorisation du mari Razella, et que celui-ci eût accepté la caution au bas du contrat même.

En conséquence, Nack fit citer Razella devant le tribunal de Mayence, à l'effet de le faire condamner à lui fournir le prêt.

Razella, prétendant que le contrat était nul *ob turpem causam*, pour avoir été fait sous la condition verbale que la mère du demandeur consentirait au divorce ou à une séparation de corps et de biens, ne refusa pas seulement de fournir le prêt des 20,000 florins, mais redemanda même reconventionnellement la somme payée des 12,000 florins.

Par jugement du 30 août 1810, le tribunal de Mayence, sans s'arrêter aux exceptions de Razella, le condamna à effectuer le prêt promis par le contrat; à charge néanmoins par le demandeur Nack d'affirmer que le dit contrat n'avait pas été fait sous la condition que sa mère consentirait au divorce ou à la séparation de biens avec le défendeur.

Signification du jugement, tant à l'avoué de Razella qu'à Razella lui même.

Le 26 septembre suivant, Nack fit sommer Razella de comparaître à l'audience du 29 du même mois, aux fins d'entendre fixer le jour pour la prestation du serment.

On ne sait pas trop si Razella comparut; mais ce qu'il y a de certain, c'est que le 6 octobre, Nack prêta le serment ordonné par le jugement, en présence de Razella assisté d'un avoué.

Le jugement qui donne acte de la prestation du serment atteste ce fait, et que les avoués ont

été entendus dans leurs observations, sans cependant s'expliquer sur la nature de ces observations.

Appel de la part de Razella en date du 16 octobre, avec constitution d'avoué dans la personne de M. Papé, et assignation à comparaître le 16 novembre suivant.

L'intimé ayant constitué avoué dans la personne de M. Aldenhoven, celui-ci fit sommer l'avoué adverse de venir à l'audience du 12 novembre, pour plaider sur l'appel.

L'avoué Papé ne s'étant pas présenté à l'audience du 12 novembre, arrêt par défaut qui déclare l'appel non recevable et condamne l'appelant défaillant aux dépens.

Opposition par requête signifiée d'avoué à avoué, conformément à l'art. 160 du C. de P., et par suite plaidoirie contradictoire.

L'avoué de l'appelant commença par prétendre, que l'arrêt par défaut n'avait pas été régulièrement obtenu, et qu'il devait être considéré comme non avenu, pour avoir été rendu avant l'échéance du délai d'assignation indiqué par l'acte d'appel.

Passant au fond, il disait que la fin de non recevoir qu'on opposait à son appel, et qu'on faisait résulter d'un prétendu acquiescement de sa part au jugement, en ce qu'il avait laissé prêter par l'intimé le serment déferé d'office par le juge, n'était pas fondée.

Qu'il n'en était pas du serment déferé d'office, comme du serment déferé ou référé par la partie; que d'après les art. 1363 et 1364 du C. N., la partie qui a déferé ou référé le serment, ne peut, à la vérité, plus se rétracter, lorsque la partie

adverse a déclaré qu'elle est prête à faire le serment ; que ce serment une fois prêté, on ne peut plus être admis à en prouver la fausseté ; mais que le code ne s'expliquait pas de même à l'égard du serment déféré d'office par le juge : d'où il suivait, d'après lui , que l'offre de prêter serment, et même la prestation d'un serment déféré par le juge, ne peuvent pas nuire à la partie contre laquelle il a été prêté.

Qu'on avait d'ailleurs trois mois pour interjeter appel ; et qu'aussi longtems que ces trois mois n'étaient pas encore écoulés, on ne pourrait être déclaré non recevable à appeler, encore que la partie qui avait obtenu le jugement l'eût fait exécuter dans cet intervalle, par la raison toute simple, que le fait d'une partie ne doit pas nuire à l'autre ; et que la faculté d'appeler étant réservée pendant trois mois, la partie condamnée ne peut être forcée à anticiper ce terme, quand même on voudrait exécuter le jugement ; et qu'en conséquence le silence qu'elle garde sur cette exécution ne doit pas être considéré comme un acquiescement au jugement ou comme une renonciation à l'appel, étant de principe que les renonciations sont de stricte interprétation, et ne peuvent résulter que d'actes écrits ou de faits tels qu'ils n'admettent d'autre explication que l'intention formelle de renoncer.

Faisant application de ces principes à l'espèce, l'appelant a prétendu qu'il ne pouvait être censé avoir acquiescé au jugement, puisqu'il n'avait fait aucun acte duquel il résultât qu'il eût voulu s'y soumettre ; et que la circonstance qu'il avait assisté à l'affirmation faite par l'intimé, n'était rien moins qu'un fait qui dût être regardé comme un acquiescement, étant susceptible d'une toute autre interprétation.

Que le jugement qui donne acte de la prestation du serment ne prouvait pas davantage qu'il eût consenti à l'affirmation, puisqu'il ne porte pas qu'il eût déclaré vouloir s'en tenir au serment de l'intimé ; et que bien qu'il fût fait mention dans ce jugement des observations faites par les avoués des parties, on n'en pouvait tirer aucun argument, le juge n'ayant pas dit en quoi consistaient ces observations ; qu'en supposant même gratuitement que l'avoué de l'appelant eût déclaré consentir au serment, ce consentement, donné sans une procuration spéciale, ne pourrait nuire aux droits de la partie.

Au reste, continuait l'appelant, le jugement qui me condamnait, à charge par le demandeur d'affirmer, ne me faisait pas encore préjudice ; cette condamnation était purement conditionnelle. Ainsi, je ne fus réellement grévé que par le jugement qui reçut le serment et rendit par là la condamnation définitive ; je ne pouvais et ne devais donc interjeter appel qu'après ce dernier jugement.

Indépendamment de ces divers moyens, l'appelant s'est étayé du C. de P., et de la jurisprudence de la cour de cassation.

L'art. 121 du C. de P. veut que dans tous les cas le serment soit fait en présence de l'autre partie ; la loi tendrait donc un piège à la partie qui assisterait à la prestation du serment, si elle permettait à la partie adverse de lui opposer cette assistance comme un acquiescement au jugement.

Un arrêt de la cour de cassation du 21 therm. an 8 (*), a cassé un arrêt de la cour d'appel de Metz, par lequel cette cour avait déclaré un ap-

(*) Quest. de droit de Mr. Merlin. T. 1. page 213.

pelant non recevable , parceque le serment déféré par le juge de première instance avait été prêté par l'intimé en présence du mandataire de l'appelant, et sans réserve ni protestation de la part de ce dernier. Ainsi rien n'empêche d'interjeter appel après le serment fait en présence de la partie.

L'appelant s'est encore fondé sur la jurisprudence de la cour même.

En effet, la cour avait rejeté plusieurs fois cette fin de non recevoir, mais dans des circonstances toutes autres que celles de la cause actuelle.

L'intimé a répondu :

L'arrêt par défaut a été réellement obtenu avant l'expiration du délai d'assignation indiqué par l'acte d'appel ; mais il n'en est pas moins valablement rendu.

L'appelant avait excédé le délai d'assignation fixé par la loi. Au lieu de demander la nullité de son acte d'appel, ce que j'aurais peut être pu faire, j'ai fait sommer l'appelant au domicile de son avoué, constitué dans l'acte d'appel, de venir plaider à l'échéance du délai légal. (*) Certes, j'ai pu abréger le délai qu'il lui avait plu de fixer à une époque trop éloignée, et j'ai pu le faire par un simple avenir, puisqu'il y avait constitution d'avoué, et que l'avoué avait accepté sa constitution, ce qui résulte de la circonstance que c'est lui qui a formé opposition par requête, et non l'appelant par acte extrajudiciaire.

(*) La cour d'appel de Bruxelles a jugé que l'acte d'appel contenant assignation à un délai plus long que celui fixé par la loi, n'est pas nul; que l'intimé peut abréger le délai par un acte d'avenir

L'exception de nullité opposée à l'arrêt par défaut n'est donc point fondée.

Il s'agit maintenant de savoir, si la fin de non recevoir proposée contre l'appel l'est davantage.

Si le serment avait été prêté avant l'expiration de la huitaine à dater du jour du jugement qui l'imposait à l'intimé, la fin de non recevoir que j'oppose à l'appelant ne serait pas fondée, encore qu'il eût assisté à l'affirmation, sans y consentir expressément, puisque l'appelant n'aurait eu aucun moyen d'empêcher que le serment ne fût prêté, étant défendu par la loi d'interjeter appel avant l'expiration de huit jours à compter de celui du jugement.

Mais le jugement avait été signifié à l'appelant en personne; il avait été sommé de comparaître à l'audience pour voir prêter le serment; et il est comparu et a assisté à l'affirmation, sans y former le moindre obstacle; le tout longtems après l'expiration des huit jours dont il vient d'être parlé.

L'appelant avait le moyen d'arrêter l'exécution du jugement; il devait donc empêcher qu'il ne passât en force de chose jugée, et comme il ne l'a pas fait en tems utile, l'appel qu'il en a interjeté postérieurement à son acquiescement est non recevable.

C'est envain qu'on oppose qu'il suffit qu'il ait interjeté appel dans les trois mois, n'ayant pas été obligé de le faire plutôt. Il est clair que l'appelant ne conserve cette faculté, pendant tout le délai de trois mois, qu'autant qu'il n'est pas forcé d'en user

signifié à l'avoué de l'appelant, constitué dans l'acte d'appel. L'arrêt est du 8 août 1810. *Décis. not. de la cour de Bruxelles*, Vol. XXI. pag. 16.

plutôt par l'exécution du jugement. Cette assertion n'est pas hasardée ; elle est justifiée par le C. de P., et par la jurisprudence même de la cour de cassation invoquée contre l'intimé.

En effet l'art. 449 du C. de P. porte que l'exécution des jugemens non exécutoires par provision sera suspendue pendant huit jours.

Pourquoi ? parcequ'il est défendu d'appeler pendant le même délai, et que la partie condamnée n'aurait pas le moyen d'empêcher cette exécution. Dès que l'exécution peut avoir lieu, la partie condamnée court risque de perdre la faculté de l'appel, si elle attend jusqu'au moment où l'exécution du jugement est consommée ou avancée au point de le faire considérer comme passé en force de chose jugée par l'acquiescement donné à cette exécution.

Ces principes sont confirmés par l'arrêt même de la cour de cassation qu'on oppose à l'intimé. Voici dans quelle espèce il a été rendu.

Le tribunal de première instance, saisi d'une contestation entre une commune et un particulier, condamna la commune, à charge par le défendeur d'affirmer.

L'affirmation eut lieu à la même audience, en présence de l'avoué de la commune, qui ne s'y opposa point.

La commune ayant ensuite interjeté appel, la cour de Metz déclara cet appel non recevable ; mais son arrêt fût cassé, par le motif, entr'autres, » que la prestation du serment supplétoire, faite » avant la signification du jugement qui l'avait ordonné n'emportait pas même un acquiescement » tacite à ce jugement, puisqu'il ne s'était écoulé » aucun intervalle de tems pendant lequel la par-

» tie intéressée à empêcher cette prestation, eût pu s'y opposer. « Donc si le jugement avait été signifié, et s'il s'était passé un intervalle de tems suffisant pour que le maire de la commune eût pu s'opposer à l'affirmation, le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Metz aurait été rejeté.

Dans notre espèce, l'appel doit être déclaré non recevable, conformément aux principes même établis par la cour de cassation.

L'objection que ce n'était que par le jugement qui a reçu le serment que l'appelant aurait été grevé, repose sur une erreur.

Le jugement qui déférait le serment à l'intimé, était vraiment définitif; car il prononçait la condamnation de l'appelant, en la faisant seulement dépendre du serment de l'intimé. L'appelant devait donc appeler de ce jugement, et il devait en appeler avant la prestation du serment, pour empêcher que la condition de la condamnation ne s'accomplît; ayant souffert que cette condition s'accomplît en sa présence, il a par cela même consenti à sa condamnation, et la seule différence qu'il peut y avoir entre le serment déféré ou référé par la partie, et le serment déféré d'office par le juge, est que le serment déféré par le juge et prêté par la partie peut être attaqué comme faux; tandis que la fausseté du serment déféré ou référé par la partie ne peut pas l'être, parcequ'il tient lieu de transaction entre les parties. Mais inférer des dispositions du code, qu'on peut appeler du jugement qui a déféré d'office le serment, même après que ce serment a été prêté, en présence de la partie adverse, sans protestation aucune, quoiqu'elle eût pu s'y opposer, c'est chercher dans la loi ce qui ne s'y trouve pas; au

contraire, l'esprit de la loi fait assez connaître, que, comme la partie qui a déféré le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'autre partie est prête à le faire, de même la partie contre laquelle le juge a déféré le serment, ne doit pas non plus pouvoir revenir contre le jugement, lorsqu'elle a souffert que le serment se fasse en sa présence.

Ainsi disait l'intimé, il résulte de toutes les circonstances, que l'appelant a acquiescé au jugement, puisqu'il serait impossible de donner une autre explication à sa conduite, à moins qu'on ne voulût admettre qu'il lui aurait été permis de se jouer de l'intimé et de la justice, en ne consentant au serment que pour le rendre ensuite illusoire.

L'intimé a encore observé qu'il y avait consentement exprès de la part de l'appelant, et il a fait résulter ce consentement de la mention qui se trouve dans l'acte de prestation du serment, que les avoués avaient été entendus dans leurs observations. Si l'observation de l'avoué de l'appelant eût eu pour but d'empêcher le serment, le juge aurait nécessairement dû prononcer sur cet incident élevé devant lui, et sa décision devrait se trouver dans le jugement. On n'y trouve rien de semblable; par conséquent il n'y a pas eu d'obstacle opposé, à la prestation du serment; l'appelant présent en personne y a, au contraire, consenti par l'organe de son avoué.

Il a fini par remarquer que l'art. 121 du C. de P. prouve bien que la partie doit être appelée au serment; mais qu'il n'en résulte pas qu'elle ne doive pas, sur cette assignation, appeler du jugement qui ordonne le serment, au cas qu'elle ne veuille pas en faire dépendre la décision de la

cause ; d'où il concluait que cet article n'avait aucun trait à la question.

ARRÊT, après un long délibéré, en chambre du conseil, et *multis contradicentibus*. (*)

(*) Le nouveau C. de P. n'a aucune disposition expresse sur les jugemens qui doivent être considérés comme passés en force de chose jugée.

Cependant cet objet n'est point échappé au législateur ; et s'il n'en a pas fait la matière d'une disposition formelle, nous trouvons du moins le principe général énoncé dans les discours des orateurs » Il n'était pas besoin « disait Mr. Bignon de spécifier les autres cas où » un jugement aura la force de la chose jugée ; il » résulte évidemment des dispositions du code que » tout jugement en premier ou en dernier ressort » a cette force, lorsqu'il n'est point encore attaqué, ou lorsqu'il ne peut plus l'être. L'énumération que présente l'art. 5. du tit. XXVII de l'ord. de 1667 serait incomplète, ou au moins elle laisserait encore à désirer beaucoup d'explications. « Cet art. de l'ordonnance de 1667, dont parle l'orateur du Gouvernement portait : » Les sentences et jugemens qui doivent passer » en force de chose jugée, sont ceux rendus en » dernier ressort, et dont il n'y a appel, ou dont » l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y » eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en » eussent interjeté appel dans le tems, ou que » l'appel eût été déclaré péri. « Quoique l'ordonnance exigeât un acquiescement formel, néanmoins, d'après l'usage et la jurisprudence des tribunaux, il suffisait que la partie eût exécuté le jugement en quelque manière que ce fût, pour la faire regarder comme ayant acquiescé, conformément à la loi 5. Cod. de re judicat. Voyez Jousse, SERPILLON, sur l'ord. de 1667. Pothier, traité de la proc. civ. III. part. 1. sect. art. 1. §. 2. n.º 2.

» Attendu 1.^o que l'opposition à l'arrêt par
» défaut a été faite dans la forme et dans le dé-
» lai de la loi ;

» Qu'en ce qui concerne la question de savoir ,
» si le dit arrêt a été obtenu , ainsi que le prétend
» l'appelant , avant l'expiration du délai porté par
» l'acte d'appel et assignation , qu'il est à remarquer
» que d'après le C. de P. art. 72 et 1033 , l'as-
» signation sur l'appel devait être donnée à hui-
» taine , et en outre un jour par trois myriamè-
» tres de distance ; que l'appelant Razella ayant
» néanmoins assigné l'intimé au mois pardevant
» la cour , il avait excédé le délai légal ; qu'il a
» donc été libre à l'intimé de se rétablir dans ce-
» lui fixé par le C. de P. ; qu'ayant déclaré par
» acte fait à l'avoué constitué par l'appelant de
» comparaître à l'audience de la cour du 12 no-
» vembre , et celui-ci n'y étant pas comparu , il
» a pu requérir et obtenir le dit arrêt par défaut.

2.^o En ce qui touche le fond ,

» Qu'il conste que le jugement du 30 août der-
» nier , rendu entre les parties par le tribunal de
» première instance , avait été signifié à l'appelant
» le 15 sept. suivant ; par où il avait acquis une
» parfaite connaissance et de la condamnation
» prononcée contre lui par le dit jugement et du
» serment qui avait été mis à la charge de l'in-
» timé.

» Qu'il conste également , que par acte d'avoué
» à avoué , du 26 du même mois de septembre ,
» sommation avait été faite à l'appelant Razella
» de se trouver à l'audience du 29 dudit mois ,
» aux fins d'y voir fixer le jour pour la dite pres-
» tation de serment.

» Que le jugement du 6 octobre suivant , du-

» quel il résulte que l'intimé Nack a fait le ser-
 » ment à lui imposé par le premier jugement du
 » 30 août, fait mention de la présence de l'appe-
 » lant Razella et de l'avoué Groubenthal, rempla-
 » çant l'avoué Versin qui avait occupé pour lui
 » dans l'instance ; que rien n'annonce que ni an-
 » térieurement, ni à l'audience de ce jour, ce der-
 » nier se soit opposé à la dite prestation de ser-
 » ment, ni ait fait aucune espèce de réserve à
 » cet égard.

» D'où il suit de la part d'Antoine Razella un
 » acquiescement au jugement dont est appel ; et
 » qu'ainsi la fin de non recevoir opposée à cet
 » égard est susceptible d'être accueillie.

Par ces motifs, — » La cour, en recevant
 » l'appelant Razella opposant, pour la forme, en-
 » vers l'arrêt par défaut du 12 novembre dernier,
 » l'en déboute néanmoins quant au fond ; en
 » conséquence ordonne que le dit arrêt par dé-
 » faut, qui déclare l'appelant non recevable en son
 » appel, sortira son plein et entier effet, et
 » condamne l'opposant aux dépens,

Du 3 décembre 1810. Plaid.^r M. M. ALDEN-
 HOVEN et PAPÉ.

Divorce. Année d'épreuve. Appel. Fin de non recevoir.

(C. N. art. 259. 260. 262.)

L'avant faire droit par lequel le tribunal de première instance ordonne l'année d'épreuve, est-il sujet à l'appel? Rés. négat.

Catherine Zerban, femme de Martin Mehlmann, charron demeurant à Creutznach, ayant formé demande en divorce pour cause d'injures, d'excès et de sévices, le tribunal de Simmern, saisi de la connaissance de la contestation, après s'être certioré de la vérité des faits allégués par la demanderesse, l'autorisa à quitter la compagnie de son mari, et à se retirer dans une maison honnête.

Par un jugement subséquent, le tribunal désigna la maison où elle devait se retirer, et fixa la pension que le mari devait lui fournir; en ordonnant néanmoins que cette pension serait prise sur la fortune de la femme.

Le mari interjeta appel de l'un et de l'autre jugement, sans attendre la décision définitive sur l'action en divorce.

L'appel du jugement portant désignation de la maison de retraite et fixation de la quotité de la pension, fut reçu sans difficulté par la cour; mais il n'en fut pas de même de l'appel du jugement concernant l'année d'épreuve. La femme soutint cet appel non recevable; et quoique le mari fit tous ses efforts pour prouver que la fin de non recevoir qu'on lui opposait était mal fondée, la cour accueillit l'exception proposée par la femme.

Pour établir que l'appel est non recevable, disait l'appelant, on s'étaye de l'art. 259 du C. N., selon lequel le jugement qui autorise la femme à quitter la compagnie de son mari est à considérer comme un simple préparatoire ou interlocutoire, puisque le dit article le qualifie d'*avant faire droit*.

Delà on tire la conséquence qu'on ne peut en appeler qu'avec le jugement définitif, conformément à l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2, publié par le règlement du Commissaire-général, du 4 pluviôse an 6.

Mais c'est aller trop loin et faire une fausse application de ce principe, qui perd sa force chaque fois qu'un préparatoire ou interlocutoire, qualifié d'*avant faire droit*, préjuge le fond de la cause, puisqu'un pareil *avant faire droit* présente les caractères d'un véritable jugement définitif, et devient par cela même susceptible d'être attaqué par l'appel.

Cela posé, examinons la nature du jugement, qualifié *avant faire droit*, qui autorise la femme à quitter la compagnie de son mari.

Ce jugement ne peut être rendu qu'après que la demande en divorce formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, a été bien établie; cela résulte clairement des termes de l'art. 259 du C. N., et plus particulièrement encore de la disposition de l'art. 260, selon laquelle le défendeur en divorce, après l'expiration de l'année d'épreuve, n'est pas cité de nouveau devant le tribunal pour continuer l'instruction du procès, mais pour entendre prononcer le jugement définitif, qui pour lors doit nécessairement admettre le divorce.

Ainsi, le jugement qui ordonne l'année d'épreuve, encore qu'il soit qualifié *avant faire droit*, est

un véritable jugement définitif, dont celui qui prononce le divorce n'est plus qu'une conséquence nécessaire, puisque le juge ne peut plus revenir sur son avant faire droit, mais doit nécessairement admettre le divorce.

Si cet *avant faire droit* porte, dans le sens même de la loi, tous les caractères d'un jugement définitif, nul doute que l'appel n'en soit recevable.

Une autre raison nécessite d'ailleurs l'admission de l'appel.

Supposez que le défendeur en divorce n'interjete appel du jugement qui autorise la femme à se retirer, qu'après le jugement définitif, la demanderesse ne pourrait-elle pas lui opposer son silence, comme un acquiescement au jugement qualifié *avant faire droit*? Vous saviez, lui dirait-elle, qu'en m'autorisant à quitter votre compagnie et à me retirer dans une autre maison que la vôtre, le juge avait implicitement reconnu que les faits sur lesquels je fonde ma demande en divorce étaient suffisamment prouvés, et que le divorce devait être admis après l'expiration de l'année. Cependant vous n'avez pas interjeté appel de cet *avant faire droit*, dans les trois mois à dater de la signification que je vous en ai fait faire; vous avez, au contraire, plaidé sur l'assignation que je vous ai fait donner pour obtenir jugement définitif. Vous ne pouvez donc plus attaquer l'*avant faire droit* auquel vous avez formellement acquiescé; il reste donc irrévocablement jugé que la demande en divorce est fondée sur des faits suffisamment justifiés, et qu'il doit être admis.

Si ce raisonnement de la demanderesse est juste, ne s'ensuit-il pas qu'on doit nécessairement ad-

mettre l'appel de l'*avant faire droit* ? et que, si l'on renvoyait cet appel au jugement définitif, la chose irrévocablement jugée par l'*avant faire droit* rendrait l'appel du jugement définitif illusoire ?

Cependant, l'art. 262 du C. N. admet l'appel contre l'admission non seulement de la demande en divorce, mais contre l'admission du divorce même. Or, à quoi servirait cette dernière faculté, si le jugement définitif devait nécessairement être confirmé, par suite de l'*avant faire droit* acquiescé ?

Donc, s'il est incontestable que l'*avant faire droit* peut passer en force de chose jugée, soit par l'omission de l'appel dans les trois mois de la signification de ce jugement, soit par l'acquiescement du défendeur résultant de sa plaidoirie lors du jugement définitif, il est certain aussi que l'on doit pouvoir en interjeter appel, sans être obligé d'attendre le jugement définitif.

Enfin, une dernière circonstance, quoiqu'elle ne se rencontre pas dans l'espèce, démontre la nécessité absolue d'adopter le système de l'appelant.

Par le même *avant faire droit* qui ordonne l'année d'épreuve, le tribunal de première instance peut adjuger la pension que la loi permet d'accorder à la femme.

Personne ne prétendra sans doute qu'il soit défendu d'appeler du chef de la condamnation relatif à la pension ; car renvoyer cet appel à celui du jugement définitif, ce serait accorder un remède à un mal irréparable. Vainement le juge d'appel réduirait-il une pension excessive qui se trouverait payée, ou augmenterait-il une pension trop modique, lorsqu'elle devrait cesser d'avoir lieu.

Sa décision qui , dans l'un et l'autre cas , ne pourrait porter que sur un avenir où le mal n'existerait plus , laisserait subsister le mal du passé dont on se plaindrait.

Mais s'il est permis d'appeler du chef de la condamnation concernant la pension ; encore qu'elle soit prononcée par un *avant faire droit* , parceque cette condamnation serait irréparable en définitif ; il doit l'être également d'appeler du chef relatif à l'année d'épreuve , ordonnée par le même *avant faire droit* , par la raison que cette disposition est également irréparable en définitif.

En effet , si l'année d'épreuve doit avoir lieu chaque fois que le tribunal de première instance le juge à propos , sans qu'on puisse s'en plaindre au juge supérieur , il peut en résulter les suites les plus facheuses. Pendant la séparation des époux , la femme peut contracter des liaisons ou des habitudes dangereuses ; et supposez que le juge d'appel envisage la chose autrement que ne l'avait envisagé le premier juge , et qu'il ordonne à la femme de rejoindre son mari , au lieu de confirmer le jugement qui avait admis le divorce , les effets de la séparation d'une année entière n'empoisonneront-ils pas , peut être , la vie des époux pour le reste de leurs jours ? Sans parler des obstacles qu'une pareille séparation doit apporter à la réconciliation , même entre des personnes raisonnables , ni prendre en considération l'abandon des enfans , et le désordre dans le ménage , dont la séparation sera presque toujours accompagnée.

Par toutes ces raisons l'appelant conclut au rejet de la fin de non recevoir , et à ce qu'il fût ordonné de plaider au fond.

L'intimée répondit :

S'il s'agissait d'une affaire civile ordinaire, le raisonnement de l'appelant serait à l'abri de toute critique. Mais il s'agit d'une cause de divorce; et relativement à ces causes, les règles ordinaires de la procédure ne peuvent être appliquées qu'autant qu'il n'y soit pas dérogé par le C. N.

En consultant l'art. 262 de ce code, on trouve que, quelque soit le nombre des jugemens intervenus dans une action en divorce pour cause déterminée, il ne peut y avoir appel que de deux, savoir : du jugement qui admet la demande, et de celui qui admet le divorce. De là il résulte que l'appel des jugemens intermédiaires, s'il en est rendu, ne peut être interjeté qu'avec l'appel du jugement définitif.

L'art. 259 dudit code qualifie d'*avant faire droit* le jugement qui autorise la femme à quitter la compagnie de son mari.

Il est notoire qu'on ne peut appeler d'un *avant faire droit* qu'avec l'appel du jugement définitif. Ce n'est pas sans raison que le législateur a choisi l'expression *avant faire droit* : il a employé ce terme pour écarter toute idée d'appel. Si l'on pouvait douter de cette intention, on en trouverait la preuve dans l'art. 262 précité, qui doit nécessairement servir d'explication à l'art. 259.

Mais ce prétendu *avant faire droit*, dit-on, préjuge tellement le fond que le juge qui l'a rendu doit nécessairement admettre le divorce, après l'expiration de l'année d'épreuve, si l'époux demandeur persiste dans sa demande : prononcer cet *avant faire droit*, c'est déclarer que la demande est bien établie. Dès-lors un semblable jugement, quelqu'en soit le nom, est un véritable jugement définitif susceptible d'appel.

Admettons tout cela ; en résulte-t-il que le législateur ait voulu permettre l'appel de ce jugement avant l'appel du jugement définitif ? Non certainement ; mais il en résulte que par des considérations puisées dans la morale et dans la connaissance du cœur humain , il a jugé convenable de s'écarter de la règle ordinaire de la procédure, pour arriver à un grand but , qui est celui , de ne permettre la dissolution du mariage , que lorsqu'il n'y a plus aucun espoir de rapprocher les époux.

Ce but serait-il atteint en admettant l'appel de l'*avant faire droit* qui ordonne l'année d'épreuve ? Non certes ; car si l'on peut en appeler , et qu'il arrive que le juge d'appel confirme le jugement , les époux sauront d'avance que le divorce devra de même être admis par le juge supérieur ; et dès lors il ne restera plus aucun espoir de rapprochement à celui des époux qui le désirera : tandis que , si l'appel de l'*avant faire droit* n'est recevable qu'avec l'appel du jugement définitif , l'époux demandeur , ayant toujours à craindre que le juge supérieur ne le déboute de sa demande , quoiqu'elle ait été accueillie par le premier juge , trouvera dans cet état d'incertitude même , un motif de conciliation de plus ; et c'est là que se manifeste toute la sagesse qu'a montrée le législateur en défendant l'appel de l'*avant faire droit*.

La chose considérée sous ce point de vue , on peut même soutenir que le jugement qui ordonne l'année d'épreuve ne fait pas positivement grief à l'autre époux , et ne préjuge pas irrévocablement le fonds. En effet , l'époux demandeur peut ne pas persister dans sa demande , et alors où est le grief ? En tout cas ce n'est qu'un grief éventuel.

Mais , dit on encore , il n'est plus possible de

faire que l'année d'épreuve n'ait pas eu lieu : on doit donc permettre l'appel du jugement qui l'a ordonnée , avant le jugement définitif ; d'autant plus que la séparation des époux pendant une année peut répandre l'amertume sur leur vie entière, au cas que le divorce ne soit pas admis par le juge d'appel, comme il l'avait été par le premier juge.

A la vérité, il n'est pas possible de faire que la séparation n'ait pas existé, ni d'empêcher les suites qu'elle peut produire dans certains cas.

Cependant, ce ne sont pas là des raisons pour admettre l'appel avant l'appel du jugement définitif.

Le législateur a dû permettre ici un petit mal, pour en faite résulter un grand bien. La séparation pendant une année amenera bien plus souvent l'oubli des torts réciproques et la réconciliation entre les époux, qu'elle ne produira le mal qu'on craint.

C'est pourquoi, la loi a laissé à la discrétion du tribunal de prononcer, ou ne pas prononcer immédiatement le divorce, selon qu'il le juge convenable ; c'est pourquoi, elle veut que, dans aucun cas, il ne puisse y avoir appel de cette disposition discrétionnaire, dont le juge supérieur n'est jamais si bien à même que le juge de première instance d'apprécier les résultats, puisqu'il ne voit et n'entend pas les époux en personne.

La faculté d'empêcher l'année d'épreuve par la voie d'appel, aurait, au contraire, presque toujours des suites funestes, en ce que la vie commune entre des époux exaspérés, comme le sont ordinairement ceux qui sont en procès de divorce pour cause déterminée, renouvelerait sans cesse l'idée de l'offense et deviendrait par là même un obstacle à la réconciliation ; tandis que l'absence,

le tems et la réflexion peuvent contribuer à la faire opérer. Ainsi, dans le premier cas, la séparation qui a existé est justifiée par ses effets : dans l'autre, elle est commandée par la prudence et la morale.

L'objection qu'on propose que, si l'appel n'est pas recevable du chef de l'*avant faire droit*, qui concerne l'année d'épreuve, il ne doit pas l'être non plus du chef qui regarde la pension, est facile à réfuter, de même qu'il est facile de dissiper la crainte que l'intimée pourrait tirer une fin de non recevoir contre l'appelant du silence qu'il aurait gardé sur l'*avant faire droit* jusqu'après le jugement définitif.

Tout le monde sait qu'il y a autant de jugemens qu'il y a de dispositions particulières et distinctes, quoique contenues dans un seul jugement ; qu'on peut appeler de celles qui sont définitives, sans être obligé d'attendre jusqu'à ce que le juge ait aussi prononcé définitivement sur celles qui ne sont qu'interlocutoires.

L'art. 159 du code dit que les juges condamneront le mari à payer une pension à la femme : la loi ne s'explique pas de même sur la demande en divorce ; au contraire, elle dit que, quoique cette demande soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce, mais autoriser, avant faire droit, la femme à quitter le domicile du mari. Ainsi, la disposition sur la pension est définitive, tandis que celle sur le divorce ne l'est pas ; et la fin de non recevoir qui s'oppose à l'appel de la dernière ne peut pas être opposée à l'appel de la première, encore que les deux dispositions soient prononcées par un seul et même jugement.

Enfin, par cela même que l'appel de l'*avant faire droit* sur le divorce n'est recevable qu'après le jugement définitif, les réserves sont de droit, et l'exécution de cet *avant faire droit* ne peut pas être regardée comme un acquiescement.

L'intimée a par conséquent persisté à soutenir l'appel non recevable sous tous les rapports.

ARRÊT.

» Attendu que ce jugement est prononcé par
» *avant faire droit*, par application de l'art. 259
» du C. civil.

» Qu'il résulte de cet article, ainsi que de l'art.
» 262 du C. civ., que l'on ne peut pas considérer
» ce jugement, sous le rapport du divorce, comme
» susceptible d'appel ;

» Par ces motifs, et le Ministère public en-
» tendu ; — La cour déclare Martin Mehlmann,
» *quant à présent*, non recevable dans son appel
» du jugement du 4 fructidor an XIII, avec dé-
» pens. (*)

Du 6 mars 1806. Plaid. MM. GEORGEL,
et PAPÉ.

(*) D'autres cours d'appel ont depuis adopté la même jurisprudence, entr'autres celle d'Angers qui a décidé, par arrêt du 5 mai 1808, qu'en matière de divorce il ne peut y avoir appel que du jugement d'admission et du jugement définitif, et non des jugemens intermédiaires. *Bibliothèque du barreau. II. Part. T. V. n.° X. page 580.*

Divorce. Séparation d'habitation.

(C. N. art. 235-241. 268.)

La faculté accordée à la femme de quitter le domicile du mari, peut-elle être donnée sur la simple remise de la requête en divorce entre les mains du président du tribunal, ou seulement après la citation de comparaître à l'audience ? Rés. Sur la remise de la requête.

Dans la cause précédente, il s'est agi de l'autorisation à accorder à la femme, en vertu de l'art. 259 du C.N., de quitter la compagnie de son mari; dans la présente, il est question d'une autorisation semblable fondée sur l'art. 268 du même code.

Il faut prendre garde de confondre ces deux dispositions, essentiellement distinctes. L'art. 259 a, comme on a vu, pour but d'opérer le rapprochement des époux, au moyen d'une séparation assez longue pour amener, avec la réflexion, l'oubli des torts et le désir de la réunion. La disposition de cet article suppose une instruction achevée sur la demande en divorce. Lorsque le juge a une fois ordonné cette séparation, il doit nécessairement admettre le divorce, si l'époux demandeur y persiste après l'expiration d'une année. L'art. 268 tend, au contraire, à prévenir les inconvéniens qui pourraient résulter de l'obligation pour la femme de rester avec le mari pendant le procès sur le divorce. Cette disposition ne contient qu'une mesure de précaution, qui ne préjuge absolument rien, et laisse le juge absolument maître d'admettre ou rejeter le divorce, selon que

les faits lui paraissent suffisans ou non pour dissoudre le lien conjugal.

Sous ce rapport, la question ne paraît pas embarrassante ; cependant elle présente des difficultés sérieuses.

La crainte de favoriser l'abus des divorces, en accordant, avec une trop grande facilité, l'autorisation à la femme de quitter le domicile du mari, semble être un motif assez puissant pour refuser cette autorisation, aussi longtems que le procès en divorce n'est pas porté devant le tribunal, c'est-à-dire, avant que les préliminaires de conciliation prescrits par les art. 235-240 du C. N. ne soient remplis, et la citation donnée pour venir plaider à l'audience.

La première démarche pour obtenir le divorce, dit-on, peut souvent n'être que l'effet de l'humeur, ou d'un sentiment irréfléchi, suivi d'un prompt regret. Autoriser de suite la femme à quitter le domicile marital, ce serait en quelque sorte justifier ses espérances, et alimenter le germe de la discorde, au lieu de chercher à l'étouffer. Le premier pas fait ; la maison commune une fois quittée ; les dissensions intérieures éclatent au dehors ; l'amour propre et la fausse honte ne permettent plus de revenir sur un faux pas ; on ne veut pas avoir tort aux yeux du public, et les mauvaises insinuations étrangères opèrent le reste : tandis qu'en ne précipitant rien, en ne cédant pas trop vite à la demande de la femme, tendante à quitter le domicile du mari, les époux ont un intérêt de se ménager, du moins de ne pas rendre le public trop tôt témoin de leurs querelles ; le tems, la raison, le point d'honneur et les représentations, soit de leurs parens, soit du juge-conciliateur, peu-

vent amener une réconciliation, qu'on attendrait envain, si la femme avait déjà quitté son mari; sans parler des autres inconvéniens qui sont presque toujours la suite de la moindre séparation des époux.

D'ailleurs, l'art. 268 permet seulement à la femme de quitter le domicile du mari pendant la poursuite. La remise de la demande en divorce, les tentatives de conciliation qui suivent cette remise, ne constituent pas encore la poursuite. Elle ne commence réellement que par la citation de venir plaider à l'audience, à huit clos. Ainsi, aussi longtems que cette citation n'est pas donnée, la femme ne peut pas être autorisée à quitter le domicile du mari; elle doit rester avec lui.

Mais ce raisonnement est-il bien fondé sur la connaissance du cœur humain?

Forcer la femme de rester avec le mari jusqu'à ce que les préliminaires prescrits par les art. 236-240 du C. N. soient remplis, ne serait-ce pas toujours entretenir les querelles, souvent occasionner du scandale, et, dans bien des cas, exposer la vie de la femme?

Les premiers momens de l'effervescence sont les plus orageux et les plus dangereux; c'est donc dès la remise de la demande en divorce qu'on doit chercher à prévenir le mal, en permettant à la femme de se retirer de la maison maritale. Les tribunaux doivent d'ailleurs cette protection au sexe faible; et loin de pouvoir espérer le rapprochement des époux par une communion forcée, on aurait plutôt à craindre que le souvenir des peines souffertes, renouvelé sans cesse par la vue de l'objet qui en est la cause, n'éloignât d'avantage les époux, et ne finit par les rendre à jamais irréconciliables.

A ces considérations , se joint le texte de la loi, pour autoriser la femme à quitter le domicile du mari aussitôt après la remise de la demande en divorce entre les mains du président du tribunal de première instance. En effet, on n'a qu'à lire l'intitulé de la 2. section du tit. VI, du livre I. du C. N. , dont fait partie l'art. 268, pour s'en convaincre ; il porte : *des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée.*

Or, si ce n'est qu'une mesure provisoire, à laquelle la demande seule peut donner lieu, il suffit que la demande soit présentée au président pour que la mesure puisse être ordonnée ; et dès-lors la phrase de l'art. 268 : la femme pourra quitter le domicile du mari *pendant la poursuite*, doit être expliquée dans ce sens, que la poursuite est réputée commencée par la présentation de la demande en divorce, comme cette demande est aussi en effet le premier acte et la base de la procédure.

Cette dernière opinion a prévalu dans la cause qui suit :

Marie Elisabeth Ubel, née Petry, forma demande en divorce pour cause de sévices et d'injures.

Peu de tems après la remise de cette demande entre les mains du président de Conseil, et même avant qu'elle n'eût été signifiée au mari, elle présenta requête au tribunal, aux fins de faire condamner le mari à lui payer une pension alimentaire, et d'être autorisée à quitter le domicile conjugal, et à se retirer chez son père pendant la poursuite.

Le tribunal lui adjugea les fins de sa requête.

Sur la signification du jugement faite avant la

notification de l'ordonnance du président, prescrite par l'art. 238 du C. N., le mari forma opposition et demanda le rapport du jugement, tant sur le chef de l'autorisation accordée à la femme de quitter le domicile commun, que sur celui de la pension alimentaire, parceque selon lui l'une et l'autre disposition étaient prématurées.

Mais par jugement contradictoire rendu sur l'opposition, le jugement sur requête fût confirmé dans la disposition concernant l'autorisation de quitter la maison maritale, et sur l'autre disposition touchant la pension alimentaire, le tribunal ordonna une plus ample instruction.

Appel du mari sur le premier point, et de la part de la femme sur l'autre point.

Celui-là prétendit que le premier juge avait mal jugé, en autorisant la femme à quitter le domicile commun avant le commencement de la poursuite, c'est-à-dire avant la citation donnée pour plaider à l'audience, et même avant que la demande en divorce ne lui eût été communiquée par l'ordonnance de comparution personnelle devant le président; et celle-ci soutint que ce juge avait commis un vrai déni de justice, en ordonnant une plus ample instruction sur la pension alimentaire; tandis que cette demande, ne souffrant pas de retard, aurait dû être adjugée sur la première plaidoirie sommaire.

Sur ce arrêt, contraire à l'avis du Ministère public, suivant lequel il y aurait eu lieu de déclarer la femme, *quant à présent*, non recevable dans l'une et l'autre de ses demandes.

» Attendu 1.^o qu'il conste que Marie Elisabeth Ubel, née Petry, avait formé demande
» en divorce pour excès et sévices.

2.° » Que l'art. 268 du C. civ. (sect. 2. des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce pour cause déterminée) porte, que la femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et que le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider ;

» Que dès-lors le premier chef du jugement dont est appel rentre dans l'application de l'art. du code précité ; qu'ainsi il y a lieu de déclarer l'appel principal mal fondé.

3.° » En ce qui touche l'appel incident, qu'il ne résulte pas du second chef du même jugement un déni de justice relativement à la demande en provision ; puisque les premiers juges, en ordonnant que les parties proposeraient respectivement leurs moyens et défenses à cet égard, n'ont voulu que s'éclairer davantage sur les facultés respectives et les besoins de la demanderesse en divorce ; d'où il suit que le second chef du jugement ne fait pas de grief à celle-ci, et qu'il doit être confirmé.

» Par ces motifs, — La cour, statuant sur les appels principal et incident, met lesdits appels au néant, avec amende ; compense les dépens.

Du 4 févr. 1807. Plaid. M.M. RUPPENTHAL
et PAPÉ.

Avantages matrimoniaux. Coutumes. Code Napoléon.

(C. N. art. 1390.)

Est-ce la loi ou la coutume sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté, ou celle sous laquelle il a été dissous qui règle les droits de l'époux survivant ? **RÉS. QUE C'EST LA PREMIÈRE.**

Deux époux, domiciliés dans le ci-devant comté de Reifferscheid, s'étaient mariés, longtems avant la réunion de ce pays à la France.

Ils n'avaient fait ni contrat de mariage ni aucunes autres dispositions, soit entre-vifs, soit à cause de mort.

Après le décès de la femme, arrivé sous l'empire du C. N., son héritier collatéral s'empara de toute la succession.

Le mari survivant réclama la propriété de tous les membles et des choses réputées mobilières, ainsi que l'usufruit viager de tous les biens immeubles délaissés par sa femme. en vertu de la coutume existante à l'époque de la célébration de leur mariage.

L'héritier collatéral de la femme prétendit que ce n'était point l'ancienne coutume qui devait régler les droits de l'époux survivant; mais bien le code Napoléon, attendu que toutes les ordonnances, coutumes générales et locales avaient cessé d'avoir force de loi, à compter de la publication de ce code, suivant l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12. — Subsidiairement, il soutenait que

la coutume invoquée par le mari n'avait jamais existé dans le comté de Reifferscheid.

Par jugement du tribunal de première instance de Prüm, les conclusions du mari lui furent adjugées, par le motif que le mariage avait été contracté sous l'empire de la coutume, et que l'existence de cette coutume avait été prouvée dans une autre cause absolument semblable.

Appel de la part de l'héritier de la femme.

On ne peut pas contester, disait l'appelant, que ce ne soit la loi ou la coutume qui doit régir les effets civils du mariage, lorsque les époux n'y ont pas dérogé par des conventions particulières.

Mais est-ce la coutume qui a existé à l'époque de la célébration du mariage, ou la coutume existante à sa dissolution ?

Les auteurs sont divisés sur cette question ; mais la jurisprudence des tribunaux est fixée. *Louet* cite plusieurs arrêts par lesquels il a été formellement décidé, qu'à défaut de conventions particulières faites entre les époux, c'est la loi sous laquelle le mariage a été dissous qui règle le droit du survivant, et non la loi sous le régime de laquelle le mariage a été contracté.

Ces décisions sont fondées sur la raison très simple que la loi peut enlever ce qu'elle n'avait donné qu'éventuellement ; que les droits assurés à l'époux survivant sont en tout semblables aux droits successifs, puisqu'ils ne s'ouvrent réellement qu'à la mort de l'un des époux ; et qu'en conséquence, le dernier vivant ne peut se fonder sur la coutume qui a existé lors du mariage, qu'autant qu'elle soit encore en vigueur lors de sa dissolution, étant de principe incontestable que l'ordre de succéder est réglé par les lois qui

sont en vigueur à l'époque de l'ouverture de la succession.

Ainsi, la coutume locale, supposé qu'elle ait existé, ayant été abolie par le C. N., avant la mort de l'épouse de l'intimé, ne peut plus être invoquée ; le C. N. seul doit régler les droits des parties.

Quant à l'existence de la coutume, l'appelant se borna à la contester, et prétendit que l'intimé devait la prouver, la preuve de son existence établie dans une autre cause devant être regardée comme *res inter alios acta*.

L'intimé répondait :

Suivant l'art. 1390 du C. N., les anciennes coutumes qui réglaient l'association conjugale continuent d'avoir force de loi, pour les époux mariés antérieurement à sa publication ; ce code ne peut donc régler que les effets civils des mariages contractés postérieurement.

Pour rendre le code applicable à l'espèce, l'on prétend que les avantages matrimoniaux doivent être assimilés à des droits successifs ou à des donations ; mais cette prétention est fondée sur une erreur.

Les avantages matrimoniaux ne ressemblent en rien à ces droits ; car ce n'est ni comme héritier de l'époux décédé, ni comme donataire que l'époux survivant exerce ses droits ; c'est comme associé, comme membre de la société conjugale qui a existé entre lui et l'époux défunt.

Nul doute que s'il existait un contrat de mariage, ce contrat ne dût être exécuté ; que l'intimé ne dût recueillir, dans cette supposition, les avantages qu'il lui assurerait, sans que la loi ancienne ou nouvelle y portât la moindre atteinte,

De cette vérité seule, il résulte déjà que les avantages matrimoniaux doivent être rangés dans la classe des droits conventionnels.

Or il est de principe, qu'à défaut de stipulations expresses, les contrats sont régis par la loi existante au moment où ils sont passés, parceque les parties contractantes sont censées s'y être soumises tacitement; et il est connu en droit, qu'un contrat tacite a la même force, qu'un contrat exprès: *eadem est vis pacti taciti quam expressi.*

D'après un autre principe, les droits des parties leur sont irrévocablement acquis par le contrat exprès ou tacite, et ne peuvent plus leur être enlevés; car c'est en considération de ces droits qu'elles ont contracté. Vouloir soutenir que les époux, en contractant mariage, se soient soumis à la loi qui existerait lors de sa dissolution, c'est avancer une absurdité, et prétendre qu'ils ont abandonné leurs droits au hasard: il ne tombe pas sous le sens qu'on contracte sous la foi d'une loi qu'on ne connaît pas. Ainsi, lorsqu'on contracte par le fait, sans faire d'acte écrit, c'est à la loi existante qu'on se soumet tacitement.

C'est envain qu'on objecte que les droits de l'époux survivant ne peuvent être exercés qu'à la mort de l'autre époux, pour en faire dériver la conséquence que la loi existante à cette époque doit seule les régler.

Ce raisonnement serait juste, si les droits de l'époux survivant commençaient alors seulement à naître; mais il a été démontré que ces droits sont irrévocablement acquis par le fait du mariage: dès-lors, peu importe que l'exercice en soit différé jusqu'à la dissolution de l'association conjugale.

Au reste, la loi a nettement décidé la question de savoir: si c'est la loi en vigueur à la dissolution du mariage, ou celle existante à l'époque où il a été contracté, qui doit régler les droits de l'époux survivant.

L'art. 16 de la loi du 22 ventôse an 2 porte, en termes formels: » les dispositions *même statutaires* sous la foi desquelles les époux s'étaient engagés sont maintenus; « et c'est en vertu de ce principe que la convention nationale, par un décret du 24 frimaire an 3, n'autorisa pas seulement la femme Claye, divorcée de son mari, à prendre part dans les meubles et immeubles conquêts de son mariage, *conformément au statut de Reims*, sous lequel elle s'était mariée; mais ordonna en outre que les femmes mariées suivant cette coutume, jouiraient du même avantage, en cas de divorce.

Cependant, la loi du 17 nivôse an 2, avait déjà introduit un autre ordre de succéder; et l'art. 61 de cette loi prononçait l'abolition de toutes les anciennes lois et coutumes relatives à la transmission des biens par donation ou succession.

Certes, si le législateur avait regardé les avantages matrimoniaux comme des droits de cette espèce, il aurait déclaré la coutume de Reims sans application, comme comprise dans l'abolition générale prononcée par la loi de nivôse an 2.

A l'appui de ces moyens, l'intimé a conclu à la confirmation du jugement attaqué.

Sur ce, il a été rendu, contre l'avis du ministère public, l'arrêt suivant:

» Attendu, qu'il est reconnu que la coutume
 » de Reifferscheid attribuait au survivant des
 » époux la propriété du mobilier de la commu-

nanté et l'usufruit des immeubles de l'époux prédécédé ?

» Que le fait de l'existence de cette coutume se
 » trouve consacré par arrêt de cette cour du 24
 » thermidor an XIII, et que l'appelant n'offre
 » aucune preuve contre l'existence de la dite
 » coutume ;

» Qu'il conste aussi en fait que l'intimé avait
 » contracté mariage avec Catherine Klinghammer
 » sous l'empire de la dite coutume, avant la publi-
 » cation des lois nouvelles ; d'où il s'infère qu'il
 » avait irrévocablement acquis les droits dont il
 » s'agit ;

Par ces motifs, » La cour (le jugement fut
 » annulé pour vice de forme) statuant au prin-
 » cipal, condamne l'appelant, au nom qu'il agit,
 » à délaisser à l'intimé le mobilier de feu Cathe-
 » rine Klinghammer et l'usufruit des immeubles
 » de celle-ci etc.

Du 5 janvier 1807. Plaid.^t M. M. RUPPEN-
 THAL et PAPÉ.

Nota. La cour a constamment jugé d'après les mêmes principes dans les contestations où il s'agissait d'avantages résultant de mariages contractés avant la publication de la loi du 17 nivôse an 2. La jurisprudence de la cour de cassation est conforme, sur ce point, à celle de la cour d'appel de Trèves. Mais la cour de cassation a néanmoins décidé que les anciennes coutumes ont cessé d'avoir force de loi, pour ce qui regarde les mariages contractés sous le régime de la loi de nivôse. Voyez Sirey. An 1807. p. 549. An 1811. p. 105.

Cette dernière question devant ce présenter sous peu devant la cour impériale de Trèves, je m'empresserai de publier la décision qu'elle aura reçue.

Délit. Réparation civile. Solidarité. Intérêts.

Un enlèvement de bois, fait en délit, par plusieurs particuliers séparément, mais d'un commun accord, donne-t-il lieu à une réparation civile solidaire ? Rés. affirm.

Les intérêts des restitutions sont-ils dûs depuis l'époque du délit ? Rés. affirm.

Ces questions ont été décidées d'après le droit romain, puisque la cause avait une origine antérieure à l'introduction des lois françaises dans le pays. On les comprend dans ce recueil, parceque le nouveau droit français ne s'opposerait pas à ce qu'elles fussent jugées de la même manière. (*)

Schoppmann et Klein, de Neustadt, se rendirent adjudicataires d'une coupe de bois dans la forêt communale de N.N., à charge par eux d'en finir l'exploitation, et de vider la forêt à la S.^{te} Georges de l'année suivante.

Ils payèrent comptant le prix d'adjudication. Avant l'époque fixée pour la vidange de la forêt, il fut tiré un cordon militaire de troupes autrichiennes et prussiennes, qui empêcha les adjudicataires d'entrer dans la coupe, du moins d'en achever l'exploitation et le transport du bois dans le tems convenu.

Outre cet empêchement, ils éprouvèrent un autre obstacle ; Schoppmann fût enlevé comme otage

(*) L'art. 55 du nouveau code pénal établit également la solidarité pour les restitutions civiles.

par les troupes françaises, et conduit en France, d'où il ne revint que longtems après la S.^{te} Georges.

Les habitans de la commune de N. N. profitant de ces circonstances, enlevèrent le bois façonné, et s'en servirent pour leur usage; de manière que lorsque les adjudicataires voulurent en disposer, ils n'en trouvèrent plus une buche.

Cités en justice, les particuliers indiqués par le garde forestier comme ayant enlevé du bois, avouèrent indirectement le fait de l'enlèvement, en déclarant que, comme la forêt n'avait pas été vidée par les adjudicataires de la coupe à l'époque déterminée par le cahier de charges, ils avaient cru pouvoir regarder le bois gissant comme abandonné et retombé à la commune par droit de confiscation.

On conçoit aisément que cette exception, eût-elle même été fondée, était une exception de *jure tertii*, qui n'appartenait pas aux particuliers.

Plusieurs années s'étant écoulées en propositions d'arrangement, qui furent rejetées par les délinquans, les adjudicataires firent assigner dix d'entr'eux devant le tribunal de Deux-Ponts, à l'effet de les faire condamner solidairement à la restitution du prix du bois et aux dépens.

Les défendeurs opposèrent différentes exceptions, dont on se dispense de parler, parcequ'ils ne les reproduisirent pas en cause d'appel, se bornant pardevant la cour à plaider uniquement la question de la solidarité, et celle des intérêts.

Jugement du tribunal de Deux-Ponts, qui condamne les défendeurs, chacun pour sa part et portion, à la restitution du prix du bois enlevé, et aux intérêts à compter du jour du jugement; et qui admet, en conséquence, les deman-

deurs à prouver la quantité du bois soustrait par chacun des défendeurs.

Appel de la part des demandeurs.

Les premiers juges, disait leur avocat, sont tombés dans une contradiction avec leurs propres principes. Ils ont supposé que l'enlèvement du bois ne s'était pas fait conjointement par les défendeurs, parceque les appelans n'en avaient pas fourni la preuve ; mais les défendeurs n'avaient pas plus prouvé qu'il se fût fait séparément. Dès-lors, le tribunal, s'il avait eu des doutes, aurait du charger les appelans de prouver que l'enlèvement avait eu lieu en commun, d'après l'axiome : *ei incumbit probatio qui ait*, puisque c'était sur ce fait que les appelans fondaient leur action solidaire.

Le tribunal s'est déterminé par la règle que la solidarité ne se présume pas ; qu'elle doit résulter d'une stipulation. Ce principe est juste, lorsqu'il s'agit d'une solidarité dérivant d'un contrat civil. Mais l'appliquer, dans sa rigueur, à une solidarité fondée sur un délit, c'est aller trop loin et favoriser le crime.

Dans l'espèce, tout concourt à faire admettre la solidarité, même sans autre preuve que celles résultant du procès.

En effet, les intimés ne disconviennent pas d'avoir enlevé le bois. Ils ne pouvaient pas ignorer qu'ils n'y avaient aucun droit ; donc c'était en délit qu'ils s'en sont emparés.

Le bois était exposé à la foi publique : chacun allait en prendre : aucun ne pouvait ignorer le délit des autres : il existait par conséquent un commun accord entr'eux ; et dès-lors il importe peu qu'ils aient enlevé le bois séparément ou conjointement ; tous ces actes différens ne consti-

taient ici qu'un seul et même fait. En conséquence, ils sont tous à regarder comme auteurs ou complices du même délit ; et comme tels, responsables solidairement de la réparation civile, aux termes de la loi 1. au *Cod. just. de act. furtiv.*

Le défenseur des appelans a cité plusieurs auteurs français et allemands, qu'on se dispense d'alléguer, puisque ce point de jurisprudence n'a pas besoin d'être justifié, et que la difficulté consistait seulement dans la question de savoir : si l'enlèvement du bois pouvait être regardé comme un délit commis en commun.

A l'égard des intérêts, il a observé, qu'il n'était pas douteux qu'ils ne fussent dûs depuis l'époque de l'enlèvement, s'agissant d'une action *ex delicto*, et étant de principe, *quod fur in perpetua mora esse videatur.* (*)

Il a fini par remarquer, que si la cour confirmait le jugement attaqué, la réparation due aux appelans deviendrait illusoire, en ce qu'il leur serait impossible de faire la preuve ordonnée par ce jugement ; et qu'en conséquence ce serait le cas de l'axiome de droit : *summum jus, summa injuria.*

L'avocat des intimés a commencé par poser en fait, que tout le bois n'avait pas été enlevé par les habitans ; qu'une bonne partie en avait été extraite de la forêt par les appelans eux mêmes, et une autre partie très considérable consommée par les gens de guerre.

(*) D'après l'art. 1378 du C. N., les intérêts sont dûs depuis le jour du payement, lorsqu'il s'agit seulement de sommes recues de mauvaise foi : donc à plus forte raison lorsqu'il est question de choses enlevées en délit.

Pour soutenir ensuite le bien jugé, il a dit, qu'il ne pouvait pas être contesté qu'il y eût solidarité entre les auteurs du même délit ; mais qu'il fallait par cela qu'ils l'eussent commis en commun, et non séparément les uns des autres.

Que dans l'espèce, rien n'annonçait que le bois eût été enlevé conjointement par les défendeurs ou partie d'iceux ; et qu'il y avait par conséquent autant de faits isolés commis par un seul, qu'il y avait d'enlevemens particuliers ; d'où il résultait, sans contredit, qu'il n'y avait pas lieu à la solidarité.

Que si l'on voulait considérer l'enlèvement du bois comme un seul fait commis conjointement, parcequ'on prétend qu'aucun des intimés ne peut avoir ignoré que les autres en faisaient autant que lui, il en résulterait qu'un particulier qui aurait coupé du bois en délit dans une forêt domaniale, serait solidairement obligé avec tous ceux qui pourraient en avoir coupé dans la même forêt et à son vu et su ; que cependant, ce système de rigueur et d'absurdité n'était encore venu dans l'idée de personne ; au contraire, que les forestiers impériaux, auxquels on ne peut pourtant reprocher la moindre négligence dans la poursuite des délinquans, n'avaient pas encore jusqu'à présent fait usage d'un pareil moyen, pour faire retomber la condamnation d'un délinquant insolvable sur un délinquant solvable ; qu'ils poursuivent chacun pour son propre délit, quand même d'autres commettent le même délit dans le même district ; et qu'ils n'intentent d'action solidaire, qu'autant qu'il existe des *socii delicti*, c'est-à-dire, que deux ou plusieurs personnes ont été trouvées ensemble et faisant cause commune.

A l'égard des intérêts, il a également soutenu qu'ils n'étaient pas dûs depuis l'époque des enlevemens, par la raison que les habitans, ayant cru que le bois était à regarder comme abandonné, ne pouvaient pas s'imaginer qu'ils commettaient un délit en l'enlevant ; et qu'en conséquence on ne pouvait pas dire qu'il s'agit d'une action civile *ex delicto*.

Il a conclu à la confirmation du jugement.

ARRÊT, après un long délibéré en chambre du conseil :

» Attendu 1.^o que l'appel dont il s'agit remplit,
 » quant aux formalités, suffisamment le vœu de
 » la loi.

» 2.^o Quant au fond, qu'il n'est point contesté,
 » dans le fait, que les défendeurs aient enlevé des
 » bois, dont le payement est réclamé par les ap-
 » pelans ;

» Que sur cette demande, les intimés ont dé-
 » claré formellement sur le barreau devant la
 » cour, par l'organe de leur avoué, qu'ils n'éle-
 » vaient de contestation que sur la solidarité qui
 » avait été requise contr'eux devant les premiers
 » juges, et que les appelans requièrent encore en
 » cause d'appel.

» Qu'à ce sujet, les principes applicables à l'es-
 » pèce de la cause écartent les exceptions des in-
 » timés, puisqu'il s'agit d'enlèvement de bois par
 » voies de fait ; qu'il résulte du procès qu'à cet
 » égard, ils étaient d'accord, et qu'il est hors
 » de doute que les délits donnent lieu à des
 » condamnations solidaires contre ceux qui les ont
 » commis.

» Que, sous ce rapport, le jugement dont est
 » appel, qui n'a condamné les intimés chacun

» que pour sa part et portion ne peut donc se
 » soutenir ;

» Qu'il n'est pas non plus susceptible d'être
 » confirmé en ce qui concerne les intérêts qui
 » doivent être alloués du jour de l'enlèvement
 » des bois dont il s'agit, en remontant à l'époque
 » où les appelans ont été privés par voie illicite
 » de leur propriété ;

» Qu'il est néanmoins juste de réserver aux in-
 » timés la faculté de prouver les allégations, qu'ils
 » n'ont pas enlevé, à beaucoup près, tout le bois
 » dont les appelans s'étaient rendus adjudicataires,
 » et dont ils demandent le paiement ; que ceux-
 » ci en avaient fait exploiter et sortir de la forêt
 » une certaine quantité pour leur propre compte ;
 » et que d'ailleurs les gens de guerre en avaient
 » brûlé beaucoup ; qu'ils ne peuvent être garans
 » d'une force majeure ;

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter à
 » la fin de non recevoir opposée pas les intimés,
 » et statuant au principal, met l'appellation et ce
 » dont est appel au néant, émeudant et faisant
 » ce que les premiers juges auraient dû faire,
 » condamne les intimés solidairement à payer aux
 » appelans 1.^o pour prix de 3,825 stères ou 765
 » cordes de bois de chauffage, enlevés par les
 » intimés et consorts en l'an 1794, la somme de
 » 4,235 francs 96 cent. ; 2.^o pour frais de façon
 » à raison d'un franc 40 cent. par corde, la
 » somme de 1,071 francs. 3.^o Les intérêts de ces
 » deux sommes à cinq pour cent par an, à comp-
 » ter du 1.^{er} janvier 1795, jusqu'à parfait paye-
 » ment ; sauf aux intimés à prouver ce qu'ils allé-
 » guent avoir été brûlé par les gens de guerre, et
 » ce qui selon eux a été enlevé de la forêt pour

» le compte des appelans ; laquelle preuve ils sont
 » tenus de faire dans le délai d'un mois à comp-
 » ter de la signification du présent arrêt, parde-
 » vant le président du tribunal de Kayerslautern
 » à ces fins commis ; la preuve contraire réservée
 » aux appelans , dans un semblable délai et parde-
 » vant le même commissaire : les procès-verbaux
 » du tout seront envoyés en minute clos et cachetés
 » au greffe de la cour , et il sera ultérieurement
 » statué ce qu'il appartiendra , dépens réservés.

Du 22 mars 1811. Plaid.^t M. M. GEORGEL et
 PAPÉ.

COUR DE CASSATION.

Appel. Assignation. Délai.

(C. de P. art. 61. n.º 4. 456.)

L'acte d'appel contenant simplement assignation pour comparaître DANS LE DÉLAI DE LA LOI, sans préciser le délai de la comparution, est-il valable ?

Résolu affirmativement par un arrêt de la section civile du 18 mars 1811 , portant cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Turin , qui avait jugé le contraire.

Par deux arrêts précédens , dont l'un est du 21 nov. 1810 , et l'autre du 8 janv. 1811 , la section des requêtes avait prononcé dans le même sens que la section civile , en rejetant le pourvoi contre deux

arrêts qui avaient décidé que l'acte d'appel contenant assignation *dans le délai de la loi* était valable ; néanmoins les praticiens continuaient d'être divisés sur la question , et les cours de la juger diversement , sans doute parceque les dernières ne regardaient pas les arrêts de la section civile comme établissant jurisprudence.

La question ne s'est présentée qu'une fois devant la cour de Trèves , où elle a reçu une décision conforme à celle que la sect. civ. de la cour de cassation vient de lui donner.

La jurisprudence étant enfin fixée sur ce point par un arrêt de cassation , on doit croire que la même difficulté ne se renouvelera plus.

Juif. Créance. Acte authentique.

(Décret impér. du 17 mars 1808. art. 4.)

Le juif créancier en vertu d'une obligation authentique n'énonçant pas que les deniers ont été comptés et nombrés en présence du notaire et des témoins , est-il obligé de prouver que la valeur a été fournie entière et sans fraude ?

Résolu affirm. par un arrêt de la section des requêtes du 28 févr. 1811 , portant réjet d'un pourvoi contre un arrêt de la cour de Trèves.

L'arrêt de la cour de cassation est motivé comme il suit :

» Attendu que l'art. 4 du décret imp. du 17 mars
 » 1808 , en obligeant tout porteur de lettre de change,
 » de billet à ordre , d'obligation ou de promesse sous-
 » critte par un débiteur non commerçant , au profit
 » d'un juif , à prouver que la valeur en a été four-
 » nie entière et sans fraude , ne distingue point entre

» l'obligation sous signature privée et celle qui est
 » contractée par acte public ; que , dans le cas même
 » où l'attestation d'un notaire et de deux témoins ,
 » sur la numération réelle et effective de la somme
 » prêtée , pourrait , par interprétation du décret , ex-
 » cepter de la disposition portée en cet article, les ob-
 » ligations contractées par un acte authentique, cette
 » exception ne saurait avoir lieu lorsque l'acte même,
 » énonçant que le notaire et les témoins n'ont pas vu
 » compter la somme , ne fait que rappeler des obliga-
 » tions antérieures et sans titre « ect.

La cour rejete.

N. B. Cet arrêt ne décide pas positivement que le décret imp. soit sans application, lorsque l'acte authentique porte que les deniers ont été comptés et nombrés en présence du notaire et des témoins, et que, dans ce cas, il n'y ait d'autre remède que l'inscription de faux. Il décide seulement que la simple déclaration d'un débiteur faite dans un acte authentique, d'avoir reçu la somme, ou la mention d'obligations antérieures en vertu desquelles elle serait due, ne peut pas dispenser le juif de prouver qu'il a fourni la valeur entière et sans fraude. Et en effet un pareil acte authentique ne prouve pas plus qu'un acte sous seing privé la certitude de la numération ; car ce n'est pas le fait de la numération qui est constaté par l'acte, mais seulement celui de la déclaration du débiteur. Ainsi, la question de savoir : si le juif porteur d'une obligation authentique, énonçant que les deniers ont été comptés et nombrés en présence du notaire et des témoins, est dispensé de faire la preuve exigée par le décret, reste entière ; tout ce qu'on peut induire des motifs de l'arrêt de la cour de cassation, c'est que cette question présente plus de doute que l'autre en faveur du créancier juif.

Servitude. Fossé. Mitoyenneté. Preuve testimoniale. Égout.

(C. N. art. 666. 667. 668. 701.)

A l'absence d'un titre ou d'une marque annonçant la non mitoyenneté d'un fossé, peut-elle être prouvée par témoins ? Rés. affirm.

La circonstance que l'égout du toit d'un bâtiment est tombé dans un fossé qui se trouvait dans une propriété voisine, fait elle présumer une servitude, dans ce sens que le propriétaire du fossé doit le laisser subsister pour continuer à recevoir les eaux provenant de l'égout du bâtiment voisin ? Rés. négat.

Joseph Clohr et Henri Gædel possèdent des propriétés contiguës.

Sur le terrain de Clohr il se trouve une grange bâtie sur la limite.

L'égout du toit de la grange se jete dans un fossé qui se trouve dans le terrain de Gædel, et qui a existé avant que la grange de Clohr n'eût été construite.

Dix-huit ans s'étaient écoulés depuis la construction de la grange, lorsque Gædel, faisant des changemens à son terrain, fit convertir le fossé ouvert en un canal souterrain couvert de terre.

Clohr, prétendant que le fossé était mitoyen; qu'il avait du moins acquis la servitude d'y faire tomber les eaux du toit de sa grange, assigna Gædel devant le tribunal de Kayserslautern, à l'effet de le faire condamner à rouvrir le fossé et à lui donner son ancienne forme.

Gædel excipa que le fossé était sa propriété ex-

clusive ; offrit d'en faire la preuve, et conclut en conséquence, à ce que Clohr fût débouté de sa demande et condamné aux dépens.

Jugement interlocutoire qui admit la preuve offerte, tant par titres que par témoins.

Il résulta de l'enquête, que le fossé se trouve sur la propriété exclusive de Gædel ; qu'il est destiné à recevoir les eaux provenant d'une rue du village ; que Gædel a toujours joui des arbres fruitiers plantés sur les deux côtés du fossé, et les a fait couper même, le tout sans la participation de Clohr ; enfin qu'il y a vingt ans environ que Gædel et les autres propriétaires, dont le fossé traverse le terrain, en ont changé la direction, en le transportant à l'endroit où il se trouve à présent.

En conséquence, jugement définitif qui déboute Clohr de sa demande et le condamne aux dépens.

Appel.

Les premiers juges, disait l'appelant, ont contrevenu aux art. 666, 667, 668 et 701 du C. N.

La contravention aux art. 666, 667 et 668 consiste en ce qu'ils ont admis la preuve testimoniale pour établir la non mitoyenneté du fossé ; tandis que cette preuve ne peut résulter que d'un titre ou d'une marque. Dans l'espèce, il n'existe ni titre ni marque qui annoncent une non mitoyenneté ; par conséquent le fossé doit être regardé comme mitoyen.

La contravention à l'art. 701, il la faisait consister en ce que, quand même le fossé, objet du procès, ne pourrait pas être regardé comme mitoyen, il aurait du moins acquis la servitude d'y faire tomber les eaux du toit de sa grange ; et qu'en conséquence Gædel ne pourrait plus changer

les lieux , pour le priver de l'exercice de cette servitude , sans violer les dispositions de cet article.

Il a conclu à la réformation des jugemens tant interlocutoire que définitif.

L'intimé a répondu :

Les dispositions des art. 666 , 667 et 668 du C. N. ne sont applicables qu'au cas où le fossé se trouve entre les deux héritages.

Dans l'espèce, le fossé ne se trouve pas entre l'héritage de l'appelant et celui de l'intimé ; au contraire , l'intimé soutient qu'il existe tout entier sur son terrain.

Le premier juge a donc pu , sans contrevenir à la loi , admettre la preuve testimoniale du fait allégué par l'intimé.

Il aurait pû admettre cette preuve quand même il existerait une marque de mitoyenneté du fossé.

En effet, si d'après l'art. 667 le rejet de la terre qui se trouve d'un côté seulement, est une marque de la non mitoyenneté du fossé; et si, d'après l'art. 668, le fossé n'est cependant que censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve , il s'ensuit que cette marque n'est pas à regarder comme une présomption *juris et de jure* de la non mitoyenneté, mais seulement comme une présomption *juris* qui n'exclut pas la preuve du contraire.

Dès-lors donc qu'on peut prouver la mitoyenneté malgré l'existence d'une marque du contraire ; on doit par un argument *à contrario* , et à plus forte raison , être autorisé à prouver la non mitoyenneté, lorsqu'il n'existe aucun signe de mitoyenneté.

Quant à l'objection de l'appelant, qu'il aurait du moins acquis une servitude, au cas même que

le fossé appartiendrait tout entier à l'intimé, celui-ci a observé qu'il ne pouvait être question d'une servitude, surtout d'une servitude telle que l'appelant entendait l'exercer.

Qu'il faut, pour acquérir une servitude continue et apparente, ou un titre ou une possession de trente ans; art. 690 du C. N.

Que l'appelant n'a pas de titre, et que sa possession ne remonte qu'à dix-huit ans;

Que s'il avait même une possession suffisante pour prescrire, il n'aurait tout au plus prescrit que le droit de faire tomber les eaux du toit de sa grange sur le terrain de l'intimé; mais qu'il ne pourrait pas prétendre pour cela que l'intimé fût tenu d'entretenir le fossé, parceque sa destination n'était pas de recevoir ces eaux; qu'elles n'y tombaient qu'accidentellement, puisque le fossé se trouvait déjà exister à l'époque de la construction de la grange, et n'avait été établi que pour recevoir et éconduire les eaux de la rue.

En conséquence, l'intimé a conclu à la confirmation des jugemens.

ARRÊT TEXTUEL.

„ Attendu 1.^o qu'il ne peut pas y avoir lieu à
„ l'application des articles du C. N. invoqués par
„ l'appelant, en ce que rien n'annonce que le
„ fossé en question soit mitoyen, et que l'alléga-
„ tion de mitoyenneté ne présente pas même un
„ doute sérieux dans l'espèce.

2.^o „ Que la servitude prétendue par l'appelant pour l'égout de sa grange, ne doit pas faire
„ supposer le droit dont il réclame l'exercice,
„ puisqu'il conste du procès, et de l'enquête faite
„ devant les premiers juges, qu'il existait un fossé
„ dans le jardin de l'intimé antérieurement à la

„ construction de la grange de l'appelant, et dont
„ on ne fait remonter l'époque qu'à 18 ans ;

„ Que ce fossé a principalement pour destina-
„ tion l'issue des eaux pluviales et des fontaines
„ qui découlent de la rue appelée Schlossgass ;

„ Que dès-lors qu'il est prouvé que le dit fossé
„ existe en entier sur la propriété de l'intimé, et
„ que rien ne justifie d'aucune entreprise sur celle
„ de l'appelant, il s'en infère que la réclamation
„ de celui-ci ne peut être accueillie ;

„ Que quand bien même l'égout de la grange
„ ne pourrait donner dans un fossé qui n'avait
„ pas été creusé pour cet objet, l'appelant ne se-
„ rait pas pour cela privé de faire écouler les eaux
„ pluviales de toute autre manière.

„ Que sous tous ces rapports, les jugemens
„ attaqués doivent donc être confirmés.

„ Adoptant, au surplus, les motifs des premiers
„ juges ;

„ La cour, sans s'arrêter aux conclusions prin-
„ cipales ni subsidiaires de l'appelant, met l'ap-
„ pel au néant avec amende et dépens.

Du 7 janv. 1811. Plaid.^s M. M. RUPPENTHAL
et PAPÉ.

**Déclinatoire. Domicile. Résidence. Fonc-
tionnaire révocable.**

(C. N. art. 106. C. de P. art. 50. 59.)

*Un fonctionnaire temporaire ou révocable peut-
il, en matière personnelle, être valablement cité
au bureau de paix de sa résidence, et par suite*

au tribunal de première instance de l'arrondissement, quoique dans l'intervalle de sa comparution au bureau de paix à l'assignation devant le tribunal, il ait changé de résidence par ordre du gouvernement ? Rés. affirm.

Athanase B., natif du département de la Haute Saone, demeurait depuis trois ans dans la commune de Treiss, département de Rhin-et-Moselle, en qualité de receveur à cheval des droits réunis, et y payait les contributions publiques.

Pendant son séjour, la demoiselle W. devint enceinte de ses œuvres.

Par acte notarié, dans lequel il se dit résidant à Treiss, il se reconnut auteur de la grossesse de la dite demoiselle, et s'obligea à lui payer les frais de couches et 12 francs par mois, pour l'entretien et l'éducation de l'enfant à naître.

La demoiselle W. accoucha le 8 août 1809, d'un enfant vivant, dans une commune de l'autre rive du Rhin, où elle s'était retirée.

Athanase B. n'ayant pas rempli son engagement, la demoiselle W. le fit citer à comparaître le 27 sept. 1809 au bureau de paix du canton de Treiss, à l'effet d'essayer la conciliation sur la demande qu'elle se proposait de former contre lui en paiement des frais de couches, et de la pension de l'enfant.

Il comparut en personne, et demanda à ce qu'elle eût préalablement à justifier de son accouchement et de l'existence d'un enfant, par la production d'un extrait de naissance. Il déclara ensuite qu'il était sur le point de quitter Treiss; qu'il devait partir dans le jour même pour se rendre à Lure, département de la Haute Saone, et y exercer les mêmes fonctions de receveur à cheval des droits

réunis, en vertu d'un ordre du Conseiller d'état, directeur général; que la demanderesse pourrait l'assigner devant les juges de son nouveau domicile.

En conséquence, procès-verbal de non conciliation; et le 10 octobre suivant assignation au S.^r Athanase B. de comparaître devant le tribunal de première instance de Coblenz.

L'avoué du défendeur déclina la juridiction de ce tribunal.

D'après l'art. 59 du C. de P. disait-il, en matière personnelle, le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile; et à défaut d'un domicile, devant le tribunal de sa résidence.

Le 10 octobre, jour de l'assignation, Athanase B. n'était ni domicilié ni résidant dans l'arrondissement de Coblenz; car pour ce qui regarde le domicile, il n'en a jamais eu à Treiss, n'y ayant exercé que des fonctions temporaires, essentiellement révocables, et étant de principe établi par l'art. 106 du C. N., que le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable, conserve le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire, ce que le défendeur n'a jamais fait; et pour ce qui concerne la résidence, quoique le défendeur l'eût eue dans la commune de Treiss, il ne l'y avait plus au moment de l'assignation devant le tribunal, puisqu'il avait formellement déclaré au bureau de paix, qu'il devait partir dans le jour, en vertu d'ordres supérieurs, qu'il a exhibés; et qu'il est réellement parti plusieurs jours avant que la citation devant le tribunal lui eût été notifiée à son ancienne résidence.

Le défendeur a fait sentir les inconveniens qu'il

y aurait à assigner un fonctionnaire révocable devant les juges du lieu d'une résidence qu'il aurait eue longtems auparavant, au lieu de le poursuivre devant le tribunal de son domicile ordinaire ou devant celui de sa résidence actuelle; et il en a tiré la conséquence que le tribunal devait se déclarer incompétent.

L'avoué de la demanderesse a répondu :

Le défendeur a eu sa résidence à Treiss; il en est convenu lui même devant le bureau de conciliation, et dans l'acte notarié. D'ailleurs, ce fait est notoire, et se constate par les registres des contributions publiques, et par les journaux de recette de l'administration des droits réunis.

Au surplus, le défendeur n'a pas décliné le bureau de conciliation; au contraire, il a répondu au fond de la demande, et par-là il a reconnu la juridiction du tribunal de Coblenz.

En conséquence conclusions au rejet du déclinatoire.

Sur ce, jugement du 20 juin 1810, par lequel, le tribunal de Coblenz,

» Considérant en fait, que le défendeur, sur
» l'assignation à lui donnée, est comparu le 27
» sept. 1809, au bureau de conciliation du cau-
» ton de Treiss, et y a répondu à la demande
» qui, par exploit du 10 octobre fut portée de-
» vant le tribunal, et que le 1.^{er} du même mois,
» il a quitté le dit endroit.

» Considérant que par la dite comparution, il
» a reconnu son domicile à Treiss, et que par
» conséquent il a pu légalement y être assigné;
» Déboute le défendeur de son exception d'in-
» compétence et ordonne de plaider au fond etc.

Appel.

La cause ayant été plaidée contradictoirement, et les juges étant rentrés en chambre du conseil, la balance pencha longtems du côté de l'appelant, et si elle s'est fixée ensuite en faveur de l'intimée, ce ne fût qu'à la majorité d'une seule voix, et contre l'avis du ministère public. — En effet, la question nous paraît être des plus difficiles, et nous devons convenir que la solution qu'elle a reçue semble plutôt se justifier par les circonstances de la cause et des raisons d'équité, que par une disposition de la loi, qui est muete sur ce point, du moins trop peu précise pour ne pas prêter appui aux deux opinions.

Sous ce rapport, et puisque la question est absolument neuve, une discussion qui l'épuise entièrement ne sera pas déplacée, quoiqu'elle puisse paraître un peu longue.

Aux moyens que le défenseur de l'appelant avait fait valoir en première instance, son avocat, en appel, a ajouté les suivans.

L'épreuve de conciliation est un préalable indispensable, et requis sous peine d'amende.

Il est libre à tout le monde de paraître devant un juge de paix convenu, surtout lorsqu'il ne s'agit que de concilier les parties.

Si le juge de paix parvient à les arranger, tout est dit : le procès est fini.

Mais s'il n'y parvient pas, il dresse procès-verbal de non conciliation, et renvoie les parties à se pourvoir devant les juges *qui doivent* connaître de la cause.

Prétendre que le renvoi ne puisse porter que sur le tribunal de première instance d'où ressortit le bureau de paix, ce serait soutenir une erreur ; car s'il s'agit d'une demande personnelle, l'as-

signation doit être donnée devant le tribunal du domicile du défendeur ; et s'il est question d'une affaire réelle, devant celui du lieu de la situation de l'objet litigieux ; art. 59 du C. de P.

Ainsi, ce n'est que pour autant que le tribunal de première instance, dont ressortit la justice de paix devant laquelle la conciliation a été essayée, se trouve être le juge du domicile du défendeur, ou de la situation de l'objet litigieux, qu'on peut saisir ce tribunal de la connaissance de la contestation. S'il n'est ni le juge du domicile du défendeur, ni celui de la situation de l'objet en litige, la demande ne doit pas être portée devant lui, quoique la conciliation ait été essayée devant un bureau de paix de son ressort.

Dans l'espèce, le tribunal de Coblenz n'avait jamais été le juge du domicile du défendeur, et avait cessé d'être le juge de sa résidence, puisque le défendeur ne se trouvait plus dans son ressort au moment de l'assignation donnée sur la non conciliation ; en conséquence ce tribunal était incompétent.

Confirmer son jugement, ce serait reconnaître qu'il dépend de la volonté du demandeur, et surtout d'un juge de paix, de fixer arbitrairement la compétence des tribunaux, qui est cependant d'ordre public.

Il suffit d'ailleurs de lire le *Répert. univers. de jurisprudence de Mr. MERLIN*, au mot : *DÉCLINATOIRE* p. 336, pour se convaincre que d'après la jurisprudence adoptée par la cour de cassation, le bureau de paix ne détermine pas la compétence du tribunal de première instance.

Il en serait autrement, peut être, si l'intimée n'avait pas été avertie du changement de rési-

dence de l'appelant. Ignorant son vrai domicile, elle aurait été autorisée à le citer devant le tribunal de son ancienne résidence ; mais ayant déjà appris au bureau de conciliation, que l'appelant allait fixer sa résidence dans l'arrondissement de son domicile de naissance, et qu'il y serait rendu au bout d'un mois, elle devait nécessairement, l'assigner devant le juge de son domicile, puisque ce domicile était connu, et ne pouvait plus le traduire devant le juge de son ancienne résidence ; art. 59 du C. de P.

L'appelant a fini par observer 1.° q'en adoptant le système du tribunal de Coblenz, il s'ensuivrait qu'un fonctionnaire temporaire pourrait être traduit devant les juges de son ancienne résidence, même dix ans après qu'il l'aurait quittée, ce qui serait le comble de l'absurdité ; 2.° que quand même il serait généralement vrai de dire que le défendeur, en répondant sur le fond de la demande formée au bureau de paix, reconnaît la compétence du tribunal de première instance d'où ressortit cette justice de paix, le premier juge aurait encore erré dans l'espèce, puisque l'appelant avait formellement déclaré qu'il allait partir et qu'on pourrait le citer devant ses nouveaux juges, ce qui annonçait manifestement que loin de vouloir reconnaître la juridiction du tribunal de Coblenz, il entendait plutôt la décliner expressément.

L'avocat de l'intimée a répondu :

Le grand et unique moyen de l'appelant consiste à dire, que n'ayant exercé que des fonctions temporaires à Treiss, il a, d'après l'art. 106 du C. N., conservé son ancien domicile ; d'où il tire la conséquence que c'est devant les juges de cet

ancien domicile qu'il aurait dû être assigné, puis-que la citation, en matière personnelle, doit être donnée devant le tribunal du domicile du défendeur ; art. 59 du C. de P.

Cependant, si l'on recherche l'esprit de cet art. 106 du C. N., on demeure persuadé qu'il n'y est parlé du domicile que sous le rapport de l'exercice des droits civils des fonctionnaires temporaires ou révocables, ainsi que cela résulte de l'art. 102 précédent.

S'il s'agissait de publications de mariage, d'affaires de successions etc., certes, ce serait l'art. 106 du C. N. qu'on devrait consulter.

Mais, en matière d'actions judiciaires, *Mr. MERLIN*, *Répert. univ. de jurisprudence*, au mot: *DÉCLINATOIRE* §. 1. p. 336. 2.^e colonne, nous enseigne la doctrine à suivre. » Il est un grand prin-
 » cipe « dit-il, » qu'on ne doit jamais perdre de
 » vue: c'est qu'en fait d'assignation et de com-
 » pétence, il ne faut pas de preuves aussi posi-
 » tives, que s'il était question de déterminer sous
 » quelle loi un homme était domicilié à l'époque
 » de sa mort, et par quelle loi doit en consé-
 » quence être régie sa succession mobilière etc. —
 Le *nouveau DÉNIZART*, *voce*: domicile §. 7, professe la même doctrine, en affirmant » qu'il suf-
 » fit, pour la validité d'une assignation, que le
 » domicile véritable soit apparent. «

Quoi de plus apparent, dans l'espèce, que le domicile de l'appelant à Treiss? Il y demeurerait depuis l'organisation de l'administration des droits réunis, en qualité de receveur à cheval; il y payait les contributions publiques; dans l'acte notarié, portant reconnaissance de l'enfant de l'intimée, il se dit résidant dans la commune de Treiss;

et dans le procès-verbal de non conciliation, signé de lui, il est qualifié *résidant* dans la dite commune. — Jamais il n'a indiqué un autre domicile.

Où, l'intimée pouvait-elle donc l'assigner si ce n'est devant le tribunal de Coblentz, juge du domicile connu ?

Mais supposez que Treiss ne pût être considéré comme le domicile réel de l'appelant, il serait du moins le lieu de sa résidence ; et comme son véritable domicile était ignoré par la demoiselle VV., qui n'était pas tenu de le croire sur sa simple déclaration, elle a pu l'assigner devant le juge de sa résidence, conformément aux art. 59, et 69 n.º 8 du C. de P.

Au reste, l'appelant est comparu au bureau de paix, et y a répondu sur le fond de la demande : c'était reconnaître son domicile à Treiss. — Ces faits, et la circonstance qu'il ne constait en rien qu'il eût conservé son ancien domicile, suffisaient pour saisir le tribunal de Coblentz, suivant le sentiment des rédacteurs *des pandectes françaises* ; art. 166.

En effet, que deviendrait le C. de P. entre les mains de juges qui adopteraient le système de l'appelant ? Un moyen de chicanes et de vexations contre les demandeurs.

Un boulanger, un marchand aurait une demande à former contre un fonctionnaire temporaire ou révocable, étranger à l'arrondissement qu'il habite à raison de ses fonctions, il ne pourrait pas le citer devant le tribunal de sa résidence ; il devrait l'assigner devant un tribunal éloigné. Il ne pourrait même l'assigner devant aucun tribunal, s'il ne connaissait pas son ancien domicile,

et si dans l'intervalle des informations qu'il prendrait, peut être, sans succès, pour le découvrir, le débiteur était appelé ailleurs, et partait sans indiquer à son créancier le lieu de sa nouvelle résidence.

Ce système est à la fois trop absurde et trop injuste pour obtenir l'approbation de juges éclairés.

Enfin, l'appelant, en déclarant au bureau de paix, que l'intimée pourrait le citer dans le lieu où il aurait son domicile, est convenu par-là que jusques alors il n'en avait point d'autre que celui de Treiss. Aussi n'a-t-il jamais déclaré son intention de changer de domicile, devant le maire de l'endroit ; d'où il suit qu'il est censé y être domicilié encore dans ce moment-ci.

L'intimée a conclu à la confirmation du jugement.

La cour s'étant retirée en chambre du conseil, il s'y est engagé une longue discussion.

Pour ce qui regarde l'art. 106 du C. N., on était assez généralement d'accord, qu'il a moins pour objet de déterminer la compétence des tribunaux qui doivent connaître des actions personnelles et mobilières dirigées contre des fonctionnaires temporaires ou révocables, que de fixer le lieu de l'exercice de leurs droits politiques et civils ; et où ils doivent, par conséquent, agir, soit en demandant, soit en défendant lorsqu'il s'agit de contestations relatives à ces droits proprement dits. Pour ce qui regarde les actions purement personnelles et mobilières dirigées contre ces fonctionnaires, on a reconnu que c'est uniquement au code de procédure qu'on doit avoir recours pour régler la compétence des tribunaux.

On n'a pas non plus pensé, qu'en général, la comparution du défendeur devant le bureau de paix, et ses réponses sur le fond de la demande pussent être regardées comme une reconnaissance tacite de la compétence du tribunal dans le ressort duquel est placé le bureau de paix ; à moins que, s'agissant d'une action purement personnelle, le juge de paix ne soit d'ailleurs le juge du défendeur.

Mais on a établi en principe que la citation devant le bureau de conciliation, est le commencement de l'action ; et l'on a fait résulter ce principe de ce que 1.° aucune demande sujete à l'épreuve de conciliation ne peut, d'après l'art. 65 du C. de P., être portée devant le tribunal, si le demandeur n'a pas signifié la copie du procès-verbal du juge de paix avec l'exploit introductif d'instance ; et 2.° de ce que, suivant l'art. 57 du même code, la citation en conciliation interrompt la prescription et fait courir les intérêts, à l'instar d'un exploit introductif d'instance, si la demande est formée dans le mois, à compter du jour de la comparution ou non comparution devant le bureau de paix ; d'où l'on a tiré la conséquence que, comme le changement de domicile arrivé après le commencement des poursuites judiciaires ne peut plus changer la juridiction, (*ubi lis principium habuit, ibi finem accipere debet*) une demande personnelle formée devant le bureau de paix du canton du défendeur, et introduite en justice par une assignation donnée dans le mois, doit être nécessairement portée devant le tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve placé le bureau de paix, encore que dans l'intervalle de la citation ou de la comparution devant ce bureau à

l'assignation devant le tribunal , le défendeur ait quitté son domicile ou sa résidence.

D'après ce système , la question se réduisait au point de savoir : si le bureau de paix du canton de Treiss était celui du domicile ou de la résidence du défendeur au moment qu'il y fut appelé et qu'il s'y présenta sur la citation.

Or, nul doute que d'après les faits ci-dessus relatés , l'appelant n'ait eu à cette époque sa résidence dans le canton de Treiss ; par conséquent, s'agissant d'une action purement personnelle , il pouvait être valablement assigné devant le bureau de paix de ce canton , quoique l'art. 50 n.° 1 du C. de P. indique seulement le bureau de conciliation *du domicile* du défendeur ; cet article devant être appliqué de manière qu'il puisse s'accorder avec l'art. 59 , suivant lequel le défendeur peut aussi être appelé devant le tribunal de sa résidence.

Cependant ceux de Messieurs qui soutenaient l'opinion contraire , étaient loin de reconnaître la justesse de ce raisonnement.

Tout en admettant , disaient-ils , que l'appelant ait été valablement cité devant le bureau de paix de Treiss , puisqu'il avait encore sa résidence dans ce canton , et qu'il ne s'agissait que d'une matière purement personnelle ; néanmoins il ne s'ensuit pas que la demande ait dû être aussi portée devant le tribunal dans le ressort duquel est situé ce bureau de paix ; d'abord parcequ'il n'existe pas de loi positive qui l'ordonne ainsi , et en second lieu parceque , dans les affaires réelles , le défendeur doit , d'après l'art. 50 n.° 1 du C. de P. , être assigné devant le bureau de paix de son domicile , quoique d'après l'art. 59 ce soit le juge

du lieu de la situation de l'objet litigieux qui doit connaître de la contestation, ce qui démontre clairement que le bureau de paix ne détermine pas généralement la compétence du tribunal.

C'est donc la lettre, et non pas le but apparent de la loi qu'on doit consulter lorsqu'il s'agit de régler la compétence.

Or, en matière personnelle, la loi dit que l'assignation doit être donnée devant le juge du domicile du défendeur, ou s'il n'en a pas de connu, devant le juge de sa résidence; art. 59 du C. de P.

Delà résulte, sans contredit, que si le défendeur n'a plus de domicile ni de résidence dans l'arrondissement du tribunal où il l'avait eu à l'époque de la tentative de conciliation, il ne doit pas être cité devant ce tribunal, mais devant celui de son nouveau domicile ou de sa nouvelle résidence, malgré que l'assignation lui soit donnée dans le mois à dater de la comparution ou non comparution au bureau de paix, puisque la loi est générale et ne fait pas de distinction.

Ainsi, dans l'espèce, l'appelant ayant fait connaître son nouveau domicile, c'était devant les juges de ce domicile qu'il aurait dû être assigné, d'autant plus que ce sont en même tems les juges de son domicile de droit.

Cette manière d'argumenter, serait sans réplique, si les autres dispositions des art. 50 et 59 n'y paraissaient pas contraires.

Mais remarquons bien que, les n.^{os} 2 et 3 de l'art. 50, combinés avec les dispositions de l'art. 59, en en retranchant celles qui sont applicables aux actions réelles ou mixtes, paraissent justifier la thèse qu'en général la juridiction du tribunal se détermine par la compétence du bureau de paix;

c'est-à-dire , que la demande doit être portée devant le tribunal dans le ressort duquel est placé le bureau de paix chargé de l'épreuve de conciliation. S'il en est autrement à l'égard des affaires réelles ou mixtes , il paraît que c'est par une exception à la règle , parceque le législateur a , sans doute, pensé que le juge de paix du domicile du défendeur le disposerait plus facilement à un arrangement que le juge de paix de la situation de l'objet litigieux, qui lui est étranger , ou parcequ'il n'a pas voulu mettre le défendeur dans la nécessité de s'absenter de son canton pour essayer simplement la conciliation.

Ce qui vient d'ailleurs à l'appui de l'opinion suivant laquelle la compétence du bureau de paix détermine celle du tribunal , c'est que cette marche est plus conforme à la hiérarchie judiciaire et présente moins de difficultés et d'arbitraire dans l'exécution.

Pour ce qui regarde la jurisprudence de la cour de cassation , attestée par Mr. le comte MERLIN, dans son Répert. univ. *art. : Déclinatoire*, page 336 , et que l'on invoque à l'appui du sentiment contraire, elle n'a aucun rapport avec la question , puisque, dans l'espèce jugée par la cour suprême, le défendeur avait été appelé devant un bureau de paix qui n'était ni celui de son domicile ni celui de sa résidence , et qu'on n'avait fondé la juridiction du tribunal que sur la circonstance que le défendeur , en comparaisant devant un bureau de paix autre que celui de son domicile, et en y répondant sur le fond de la demande, avait par celà même reconnu la compétence du tribunal de ce bureau de paix ; tandis que dans notre espèce le défendeur a été assigné et a comparu devant le bureau de paix de sa résidence.

ARRÊT.

» Attendu qu'il conste du procès-verbal du
 » bureau de conciliation du canton de Treiss du
 » 27 sept. 1809, que le défendeur, appelant, avait
 » alors, en qualité de receveur des droits réunis,
 » sa résidence audit lieu de Treiss ; que loin d'a-
 » voir contesté ce fait, et la demande pour la-
 » quelle il était cité en conciliation, qui avait
 » pour objet l'exécution d'un engagement par lui
 » pris, par un acte notarié, de payer les frais de
 » couches de la demanderesse, et les frais d'en-
 » tretien et d'éducation de son enfant, il s'est
 » borné d'abord à dire que l'acte de naissance de
 » l'enfant devait lui être présenté ; et ensuite qu'en
 » cas qu'il s'en allât, on pourrait toujours, lors-
 » qu'on aurait les pièces nécessaires, le citer dans
 » le lieu où il aurait son domicile ; qu'il devait
 » partir dans le jour même pour la résidence de
 » Lure, département de la haute Saone, où il
 » serait rendu dans un mois ;

» Qu'il conste également ; que par suite de la
 » non conciliation, l'intimée fit signifier à l'ap-
 » pelant, le dix octobre suivant, ledit acte de
 » naissance, et le fit assigner par exploit du même
 » jour, devant le tribunal de Coblenz, aux fins
 » exprimées par la citation dont il vient d'être
 » parlé ;

» Que l'exception d'incompétence proposée par
 » l'appelant devant les premiers juges, sous le
 » prétexte que l'exploit d'assignation n'avait été
 » signifié ni à sa personne, ni à son domicile,
 » n'était pas susceptible d'être accueillie, soit par-
 » ce que l'art. 106 du C. N. par lui invoqué, est
 » inapplicable à l'espèce, cet article n'ayant rap-
 » port qu'à l'exercice des droits civils, ainsi que

» l'annonce l'art. 102 qui le précède ; soit parce-
 » que les dispositions du C. de P., art. 59, 60,
 » 61 et 70 dont il s'est aussi autorisé, au lieu de
 » favoriser son exception, concourent à la faire
 » écarter, puisque les formalités qu'ils prescri-
 » vent, quant au *domicile*, ou à la résidence,
 » qu'avait reconnu l'appelant au bureau de paix,
 » ont été observées ; et que d'ailleurs à l'époque
 » du 10 octobre, l'appelant ne pouvait pas être
 » considéré comme rendu à sa nouvelle résidence,
 » ayant déclaré le 27 sept., ainsi qu'il a été dit,
 » qu'il n'y serait que dans un mois ;

» D'où il suit que le défendeur, appelant, à été
 » légalement assigné, et que le jugement dont est
 » appel, qui, sans s'arrêter aux moyens d'incom-
 » pétence proposés par le défendeur, a ordonné
 » que les parties plaideraient au fond, doit être
 » confirmé.

» Par ces motifs, — La cour met l'appel au
 » néant, avec amende et dépens.

Du 6 févr. 1811. Plaid.^t MM. GEORGEL,
 et RUPPENTHAL.

Rente. Féodalité. Preuve. Déchéance.

(C. de P. art. 252, 253 et 257. Décret impérial du
 9 vendém. an 9.)

*Les jugemens portant admission à une preuve,
 rendus sous l'empire du code de procédure, mais
 sur une assignation antérieure au 1.^{er} janv. 1807,
 doivent-ils être signifiés à partie ou domicile pour
 faire courir le délai de l'enquête ? Rés. affirm.*

Pour être admis à prouver, par témoins, qu'une rente est féodale, doit-on, au lieu d'offrir simplement la preuve de la féodalité, préciser et articuler les faits dont on entend la faire dériver ?

Rés. affirm.

Le décret impérial du 9 vendém. an 13, rendu à Mayence ; sur l'avis d'un comité de jurisconsultes du pays, contient une nomenclature de rentes et redevances réputées foncières ou féodales dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, sauf la preuve du contraire.

Le refuge ordinaire des plaideurs est toujours d'offrir la preuve testimoniale, pour détruire la présomption résultante de la dénomination des rentes ou redevances. Ce sont principalement les redevables qui usent de ce moyen, pour s'affranchir d'une obligation qui contrarie leurs intérêts.

La cour n'admet jamais à la preuve, à moins que le débiteur n'articule et ne spécifie les faits et les circonstances dont il veut faire résulter la féodalité.

Cette jurisprudence est conforme à la disposition expresse de l'art. 252 du C. de P., d'après laquelle les faits dont une partie demande à faire preuve doivent être articulés succinctement par un simple acte de conclusion.

En effet, les témoins doivent déposer sur des faits, et la foncièreté ou féodalité d'une redevance n'est pas à proprement parler un fait ; elle n'est qu'une qualité que l'on reconnaît aux faits ou circonstances qui la caractérisent. Par conséquent, des témoins qui déposeraient qu'une redevance est féodale ou foncière, sans indiquer les faits qui constituent leurs raisons de science, s'érigeraient en juges ; tandis que c'est au tribunal ou à la

cour même d'apprécier les faits déclarés, pour en tirer le résultat.

Il est important pour les avoués près les tribunaux de première instance ressortissant à la cour de connaître cette jurisprudence, pour ne pas exposer leurs parties aux frais d'enquêtes inutiles. Il est d'autant plus nécessaire pour eux de se conformer à la règle établie par la cour, qu'elle ne s'en écarterait pas lors même que la partie adverse ne ferait aucune exception à cet égard ; ainsi qu'on peut s'en convaincre par le second des arrêts rapportés ci-après. Dans cette espèce, l'avoué de la commune débitrice avait conclu à ce qu'elle fût admise à prouver la féodalité de la rente dont on lui demandait le paiement, et qu'en conséquence il fût nommé un commissaire devant lequel il serait procédé à l'enquête ; et quoique l'avoué de la partie adverse ne critiquât ce mode de preuve, mais se bornât à répondre au fond, néanmoins la cour rectifia d'office cette partie des conclusions de la commune appelante.

Première espèce.

Kirsch, condamné par un jugement de première instance à continuer le service d'une rente envers Fürstenwerther, en appela et offrit de prouver que la rente était de nature féodale.

L'avoué de Fürstenwerther demanda à ce que la preuve, telle qu'elle était offerte fût déclarée inadmissible, puisque l'appelant n'articulait et ne précisait pas les faits dont il prétendait faire résulter la féodalité, ce qui était cependant nécessaire, en tant que la preuve serait faite par témoins.

ARRÊT.

» La cour, sans rien préjuger et tous moyens des

» parties saufs et réservés , ayant égard aux conclu-
 » sions subsidiaires de Papé, lui donne acte de
 » ses offres , de prouver , tant par titres que par
 » témoins , que la redevance en question est féo-
 » dale , et dans ce dernier cas de preuve par
 » témoins , ordonne qu'il articulera et précisera
 » les faits desquels il prétend faire résulter que
 » la dite redevance est féodale ; lesquels faits ,
 » Ruppenthal avouera ou dénierá , conformément
 » au code de procédure . et à ces fins la cause est
 » continuée à la 15^e ; dépens réservés. «

Du 26 nov. 1810. Plaid.^t M. M. RUPPEN-
 THAL et PAPÉ.

Deuxième espèce.

Le maire de la commune d'Urmitz , poursuivi en paiement d'une rente , devant le tribunal de première instance de Coblenz , sur une assignation du 3 juillet 1806 , conclut à ce que le demandeur fût déclaré non recevable , pour avoir intenté l'action contre la commune en nom collectif , au lieu de la diriger contre les particuliers des biens grévés de la rente ; subsidiairement , il offrit de prouver que la rente était entachée de féodalité.

Par jugement du 8 mars 1808 , le tribunal , sans rien prononcer sur les conclusions principales , admit la commune à prouver , tant par titres que par témoins , que la rente réclamée était féodale.

Le jugement fût signifié à l'avoué de la commune . Celle-ci resta dans l'inaction et n'entreprit pas de faire la preuve qu'elle avait offerte.

Le 4 janvier 1809 , jugement rendu , en présence de l'avoué de la commune et faute de plaider , qui prononce la déchéance du bénéfice de la preuve , par application du code de procédure , et

condamne la commune à la continuation du service de la rente. Appel,

Et sur les moyens respectifs des parties, dont on se dispense de faire l'analyse, parcequ'ils résultent suffisamment des faits et des motifs énoncés dans la décision, arrêt en ces termes :

Sur l'appel du jugement du 8 mars 1808 :

» Attendu qu'il appert par les titres produits,
 » et notamment par le livre terrier de la commune appelante de l'an 1719, que les particuliers grevés de la rente, appelée seigle de S.^t Paulin, l'ont toujours acquittée à la dite commune, et que la commune en a ensuite délivré tant à l'intimé et à ses auteurs, qu'aux autres personnes qui y avaient droit, la part et portion revenant à chacun des participans ; qu'en conséquence l'action en prestation de la dite rente, intentée par l'intimé, a pu être dirigée contre la commune appelante en nom collectif.

Sur l'appel du jugement du 4 janv. 1809 :

» Attendu que s'agissant, dans l'espèce, d'une cause intentée par exploit du 3 juillet 1806, antérieurement à la mise à exécution du nouveau code de procédure, elle a dû être instruite conformément aux réglemens sur l'ordre judiciaire existant avant le dit code, encore qu'elle n'ait été jugée que depuis le 1. janv. 1807, époque à laquelle ce code est devenu obligatoire ; ce qui est ainsi formellement disposé par le décret impérial du 24 févr. 1807 ;

» Que d'après ces anciens réglemens, la signification d'un jugement devait être faite à personne ou domicile, pour faire courir les délais et mettre la partie adverse en demeure ;

» D'où il s'infère, que le jugement du 8 mars
 » 1808, qui a admis la commune appelante à
 » prouver la féodalité de la rente réclamée, n'ayant
 » été signifié qu'à l'avoué de la dite commune,
 » le délai pour faire enquête n'a pas commencé
 » à courir par cette signification; et que par consé-
 » quent, le jugement définitif du 4 janvier 1809,
 » qui a prononcé la déchéance du bénéfice de la
 » preuve, fondé sur l'expiration du délai, est
 » susceptible d'être réformé.

» Mais attendu que le code de procédure doit
 » être appliqué en instance d'appel, puisque l'ap-
 » pel est postérieur au 1.^{er} janv. 1807; et que
 » d'après les art. 252 et 253 dudit code, les faits
 » dont une partie demande à faire preuve doivent
 » être articulés succinctement, pour en juger s'ils
 » sont admissibles, et si la loi n'en défend pas
 » la preuve; d'où il suit que l'acte de conclusion
 » de la commune appelante, contenant simple-
 » ment offre de prouver la nature féodale de la
 » rente en question, sans préciser et articuler les
 » faits dont elle entend faire dériver cette nature,
 » ne satisfait pas à ces articles du C. de P.

Par ces motifs, — » La cour, sans s'arrêter
 » aux conclusions principales de la commune ap-
 » pelante, dont elle est déboutée; ayant égard à
 » ses conclusions subsidiaires, met l'appellation
 » et ce dont est appel, concernant le jugement du
 » 4 janv. 1809, au néant; émendant, et avant
 » de prononcer sur l'admission de la preuve of-
 » ferte, charge la commune appelante de se confor-
 » mer aux dispositions de l'art. 252 du C. de P.,
 » pour ce fait, ou à faute de ce faire, être ulté-
 » rieurement statué ce que de droit; dépens ré-
 » servés. «

» Ordonne la restitution de l'amende consignée.«
Du 4 févr. 1811. Plaid.^r M. M. RUPPENTHAL
et ALDENHOVEN.

**Mandataire. Tiers lésé. Dommages-inté-
rêts.**

(C. N. art. 1382. 1383. 1997. 1998.)

Le tiers qui se prétend lésé par le fait d'un mandataire, a-t-il une action en dommages-intérêts contre lui ? Rés. négativ.

Pour répandre plus de clarté sur la discussion de cette question, il ne sera pas déplacé de parler des rapports juridiques existant entre un mandataire et la partie avec laquelle il a contracté en cette qualité, avant de nous occuper des obligations qu'il peut avoir envers des tiers avec lesquels il n'a fait aucun contrat, et qui se prétendent néanmoins lésés par l'exécution qu'il a donné à son mandat.

D'après le sentiment des auteurs les plus accrédités qui ont commenté le droit romain, il est au choix de la partie qui a contracté avec un mandataire en cette qualité, de le poursuivre directement, ou de s'adresser au mandant *per actionem quasi institoriam*.

Leur opinion est fondée sur les lois 7 §. 1. *ff. de act. instit.* et 7 §. 11. *ff. ad senatusc. maced.*, qui paraissent décisives.

Néanmoins, il en est d'autres suivant l'avis

desquels la partie qui a contracté avec un mandataire en cette qualité, peut, dans nos mœurs, seulement attaquer le mandant, et n'a d'action contre le mandataire que lorsqu'il a excédé les bornes de son mandat, agi par dol ou fraude, commis un délit ou quasi délit, ou lorsqu'il s'est engagé personnellement, soit expressément, en se rendant caution ou garant pour le mandant, soit tacitement, en ne lui donnant pas une connaissance suffisante de ses pouvoirs, ou enfin lorsque l'action a pour objet un paiement à prendre sur des deniers appartenant au mandant, et que le mandataire tient en mains.

Voyez *VOET*, *ad pandectas.*, L. XIV. T. III. §. 6. *HOEPNER*, *Comment. sur les instit.* §. 932. *HEINECCIUS*, *Comment. sur les instit.* §. 932. *HERTIUS*, *in Dissert. de obligat. mandant. et mandat. contemplatu tertii.* §. 18 et 20. Ce dernier auteur a traité cette matière *ex professo*.

L'on voit par-là que la question est susceptible d'être controversée d'après le droit romain, selon qu'on le regarde comme modifié ou non par les mœurs ou l'usage du tems.

Elle n'est pas non plus exempte de difficulté suivant le nouveau droit français; les art. 1997 et 1998 du C. N., les seuls qui y aient traité, paraissant susceptibles de diverses interprétations.

Ces articles portent, savoir le premier :

» Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement engagé; «

Et l'autre :

» Le mandant est tenu d'exécuter les engage-

mens contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. »

Si de ce que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément à son pouvoir; et de ce que le mandataire n'est obligé à aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il a donné une parfaite connaissance de sa procuration et ne s'est pas personnellement engagé, on infère qu'il n'existe à sa charge aucune obligation personnelle lorsqu'il s'est renfermé rigoureusement dans les limites de son mandat, on doit nécessairement admettre aussi que la partie avec laquelle il a contracté ne peut pas le poursuivre, mais seulement le mandant, par la raison que toute action suppose un droit, et qu'il n'y a pas de droit sans qu'il y ait une obligation qui y corresponde.

Mais si l'on regarde la disposition de l'art. 1997 comme une simple modification du principe général, d'après lequel le mandataire est responsable de ce qu'il fait au-delà de son pouvoir, en ce que le législateur aurait voulu faire cesser cette responsabilité dans le cas où la partie avec laquelle le mandataire aurait contracté eût eu une connaissance exacte de l'étendue de ses pouvoirs, et eût néanmoins consenti à ce qu'il les excédât, sans se faire stipuler une garantie personnelle; alors on peut prétendre que les dispositions de cet article doivent être restreintes à leur cas, et qu'elles ne sont pas applicables lorsqu'il s'agit de régler les rapports généraux existant entre le mandataire et la partie avec laquelle il a contracté en cette qualité.

Pour donner plus de vraisemblance à ce raisonnement, on peut ajouter que le C. N. n'a aucune

disposition expresse qui défende d'actionner le mandataire aux fins de le faire condamner à procurer les moyens d'exécution du contrat qu'il a passé en vertu de son mandat ; et que de ce que l'art. 1998 précité déclare le mandant tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire en conformité de ses pouvoirs , il ne s'ensuit pas que le mandataire ne puisse pas être poursuivi aux mêmes fins par la partie avec laquelle il a contracté , mais seulement que le mandant peut y être contraint directement par cette partie, ou par le mandataire poursuivi par elle.

Je laisse à mes lecteurs d'apprécier le mérite de l'une et de l'autre de ces deux interprétations ; et pour n'être pas obligé de manifester mon opinion particulière, j'examinerai, dans les deux hypothèses, la question de savoir : si le tiers lésé par le fait du mandataire a une action contre lui, ou seulement contre le mandant, sous les points de vue sous lesquels elle a été discutée à l'audience et en chambre du conseil, dans l'espèce suivante.

Le 20 mars 1807, convention entre la maison Kurtz et fils, de Rheindiebach, et la maison de Frédéric Chrétien Finck, de Cologne, portant établissement d'un dépôt de vins chez ce dernier.

Suivant cette convention, Finck devait avoir l'administration du dépôt, et vendre les vins aux prix indiqués par Kurtz et fils, au moyen d'un certain bénéfice.

Kurtz et fils devaient, à leur tour, avoir la faculté de tirer jusqu'à 6,000 florins de lettres de change sur Finck, cependant à charge par eux de faire des provisions suffisantes ; et au cas qu'ils ne les feraient pas, et que le produit des vins vendus

par Finck au prix fixé ne suffirait pas non plus pour le couvrir des effets par lui acceptés, il était autorisé à vendre les vins existans au dépôt, à tel prix qu'il pourrait, jusqu'à concurrence du montant des lettres acceptées.

Par des arrangemens postérieurs, confirmatifs de cette convention, il fut donné à Finck un privilège et droit de gage sur les vins existans en dépôt chez lui, pour toutes les sommes qu'il payerait pour le compte de Kurtz et fils.

Ceux-ci ayant tiré quantité de lettres acceptées par Finck, firent faillite en l'an 1809.

Finck décéda peu de tems après. Sa veuve se croyant créancière de fortes sommes, se détermina à vendre, par adjudication publique, des vins en dépôt dans ses caves, pour se couvrir de sa créance, conformément aux traités.

En conséquence, elle donna procuration à Jean David Herrstadt, Salomon Oppenheimer et Frédéric-Guillaume Charles Merten, tous trois négocians à Cologne, de procéder à cette vente, qui eut lieu publiquement.

Le prix des vins vendus fut en partie versé dans la caisse de la veuve Finck.

Le syndic de la masse Kurtz et fils, instruit de la vente des vins, fit citer, tant la veuve Finck que ses trois mandataires, devant le tribunal de première instance de Simmern, siégeant comme tribunal de commerce, aux fins de les faire condamner conjointement et solidairement à rendre compte des sommes trouvées dans la caisse de la veuve Finck, et aux dommages-intérêts résultant à la masse de la faillite de Kurtz de la vente des vins etc.

Par jugement du 11 décembre 1810, rendu par

défaut contre les défendeurs, les conclusions du demandeur lui furent adjugées.

Appel de la part de la veuve Finck et de ses trois mandataires.

Pour les mandataires, on a fait valoir les moyens suivans :

D'après la doctrine enseignée par les auteurs qui ont écrit dans les derniers tems sur le droit romain, et que les rédacteurs du C. N. paraissent avoir suivie, à en juger par les art. 1992, 1997 2998 dudit code, un mandataire ne peut être poursuivi personnellement, s'il n'a pas excédé les bornes du mandat, agi par dol ou fraude, commis un délit ou quasi délit, ou s'il ne s'est pas personnellement engagé.

Dans la présente espèce, on n'allégué pas que les mandataires aient commis l'une ou l'autre de ces fautes, ou qu'ils se soient engagés personnellement. La question de savoir : si la veuve Finck était ou non autorisée à vendre les vins, leur est étrangère. — Ainsi, point d'action contre eux, mais seulement contre le mandant.

Nul doute que ces principes ne soient applicables entre le mandataire et le tiers lésé par l'exécution du mandat, tout aussi bien qu'ils le sont entre lui et la partie avec laquelle il a contracté en cette qualité.

Voët, dans son Commentaire sur les pandectes, L. XVII. Tit. I. §. 6., justifie cette assertion avec sa profondeur ordinaire.

» Certes « dit-il, » si quelqu'un s'est chargé par ignorance d'un mandat qui ne contient rien d'illicite en soi, et dont l'exécution lèse cependant les droits d'un tiers, le tiers lésé n'a pas d'action contre le mandataire, mais seulement contre le

mandant ; à moins que le mandataire, instruit de l'état des choses, ne persiste dans l'exécution du mandat, auquel cas il peut être actionné pour cause de dol et de fraude. »

Dans notre cas, les mandataires ignoraient que la faculté de vendre les vins pouvait être contestée à la veuve Finck ; le mandat donné pour effectuer cette vente ne contenait rien d'illicite en soi, et personne ne réclama ni avant ni lors de la vente : par conséquent, nulle obligation pour les mandataires de répondre du tort qui peut être résulté de cette vente envers qui que ce soit ; et par conséquent aussi nul droit pour la partie tierce lésée de les actionner en dommages-intérêts.

Les art. 1382 et 1383 du C. N., qu'on leur oppose, pour en induire leur obligation de dédommager la masse Kurtz, ne sont pas applicables à l'espèce, puisqu'il résulte à l'évidence de l'intitulé du chapitre dont ces articles font partie, qu'il n'y a lieu de les appliquer que lorsque le dommage a été causé par un quasi délit. Il vient d'être prouvé qu'ils n'en ont point commis ; donc point d'action contre eux.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier, que, d'après les dispositions desdits articles, celui-là est obligé à réparer le dommage, par la faute de qui il est arrivé. Or, si la maison Kurtz a éprouvé quelque dommage par la vente des vins, il ne lui a pas été occasionné par la faute des mandataires, mais par celle de la veuve Finck qui y a fait procéder : *quod quis per alium facit, ipse fecisse videtur*. Ainsi, et dans la supposition même que ces articles fussent applicables à l'espèce, l'action en dommages-intérêts devrait être dirigée contre le mandant seul.

L'avocat des mandataires a terminé par observer

que ce serait violer toutes les règles de la justice et de l'équité, et même consacrer une hérésie judiciaire, que de rendre un mandataire, qui n'aurait rien à se reprocher, responsable du tort qui pourrait résulter à un tiers de l'exécution du mandat, puisque personne ne voudrait plus se charger de la moindre commission, de peur de s'exposer à des poursuites en dommages-intérêts.

En conséquence, on a conclu à ce que le jugement fût réformé, et que les mandataires fussent mis hors de cause et de procès, avec dépens.

Pour la maison Kurtz, on a répondu :

C'est une erreur de prétendre qu'un mandataire ne puisse être actionné, par la partie avec laquelle il a contracté, qu'autant qu'il ait excédé ses pouvoirs, agi par dol ou fraude etc.

Les lois 7 §. 1. ff. de act. instit. et 7 §. 11. ff. ad Senatusc. Macedon., disent précisément le contraire, et il n'existe, dans tout le C.N., aucun article qui ait formellement ou tacitement dérogé au principe établi par ces lois.

Or, si la partie qui a contracté avec un mandataire en cette qualité, a le choix de le poursuivre directement ou de s'adresser *per actionem quasi institoriam* au mandant, à plus forte raison, le tiers qui n'a pas contracté avec lui, et qui est néanmoins lésé par son fait, doit il avoir la faculté accordée par les lois romaines précitées, pour obtenir la réparation du dommage qu'il a éprouvé.

Mais supposons que, d'après l'esprit du C. N., le mandataire ne puisse être attaqué par la partie qui a contracté avec lui ou par le mandant, s'il n'a pas excédé les bornes du mandat, agi par dol ou fraude, ou commis un délit ou quasi délit, ou s'il

ne s'est pas personnellement engagé, s'ensuit-il que le tiers lésé, avec lequel il n'a pas contracté, n'ait pas non plus d'action contre lui? Non, certes; car les raisons, à la vérité très plausibles, qui s'opposent à accorder cette action à la partie qui a contracté avec le mandataire, ne militent aucunement contre le tiers lésé.

En effet, celui qui contracte avec un mandataire en cette qualité, n'a pas en vue sa personne, mais celle du mandant; il suit la foi du mandant, et non celle du mandataire. Dès-lors les rapports judiciaires existant entre le mandataire et la partie qui a contracté avec lui doivent être réglés d'après les principes applicables au contrat du mandat.

Il en est tout autrement à l'égard du tiers lésé par l'exécution du mandat. Le mandat, ainsi que le contrat fait en vertu du mandat par le mandataire avec d'autres personnes, lui sont parfaitement étrangers; pour lui *c'est res inter alios acta*; et de là il résulte que les principes qui régissent les contrats dérivant du mandat ne doivent pas régler ses droits, mais qu'ils doivent être réglés par les principes ordinaires, d'après lesquels chacun doit répondre du tort qu'il cause à autrui; parcequ'à l'égard du tiers lésé, le mandataire est censé avoir agi en son propre et privé nom, et que sa qualité de mandataire ne peut être opposée qu'au mandant et à la partie avec laquelle il a contracté.

Donc le mandataire peut être poursuivi, sauf son recours contre le mandant; et la partie lésée n'est pas obligée de connaître celui-ci, ni de le rechercher, si elle ne le juge pas à propos.

Il est vrai que VOET, tout en enseignant, L. XIV. Tit. III. §. 6, de son Commentaire sur les

pandectes , que la partie qui a contracté avec un mandataire a le choix de le poursuivre directement ou de se pourvoir contre le mandant *per actionem quasi institoriam*, encore que le mandataire n'ait pas excédé les bornes de son mandat, ni agi par dol ou fraude, refuse ensuite la même faculté au tiers lésé, dans le L. XVII. Tit. I. §. 6. , en prétendant que celui-ci n'a pas d'action en réparation contre le mandataire qui a causé le dommage, si ce mandataire était dans l'ignorance, et si le mandat ne contenait d'ailleurs rien d'illicite en soi ; mais cette opinion repose sur un faux motif, en ce qu'elle est fondée sur un argument que VOET a cru pouvoir tirer des lois 7 et II. *Inst. de oblig. quæ ex delicto* ; tandis que ces lois, loin de traiter de la simple réparation civile, ont pour objet l'action de vol, et posent en principe que, comme il n'y a pas de vol, sans l'intention de voler, l'absence de cette intention s'oppose à l'admission de l'action de vol.

Mais de ce qu'il n'y a pas lieu à l'action de vol, s'il n'y a pas intention de voler, s'ensuit-il, qu'à l'absence de l'intention de commettre un délit, il n'y a pas lieu non plus à la réparation civile, contre celui-là même qui a causé le dommage ? Personne ne prétendra cela sans doute ; car le contraire résulte même du texte du §. II précité, qui accorde, dans ce cas, l'action *in factum*.

Ainsi, l'opinion de Voët n'est point soutenable, et la question se réduit au seul point de savoir : s'il faut, d'après la législation du C. N., qu'il y ait un quasi délit, pour qu'il y ait lieu à l'action en dommages-intérêts résultant des art. 1382 et 1383 dudit code.

Ces articles font bien partie du chapitre qui a

pour titre : *des délits et quasi délits* ; mais en conclure qu'il n'y ait lieu à leur application qu'autant qu'il existe effectivement un délit ou un quasi délit, c'est tomber dans une erreur palpable ; car l'art. 1383 n'oblige pas seulement à la réparation du dommage causé par négligence ou imprudence, c'est-à-dire, par un quasi délit, mais encore à la réparation du dommage causé par le simple fait de l'homme.

Voilà donc une différence établie par la loi même entre l'action *in factum* et l'action *ex delicto* ou *quasi delicto*, et la preuve certaine que, dans les trois cas, il y a lieu à la réparation civile du dommage.

C'est envain qu'on objecte l'adage de droit : » *quod quis per alium facit, ipse fecisse videtur* « , pour en induire que le fait du mandataire doit être réputé celui du mandant, et que ce serait par conséquent contre celui-ci que l'action en dommages-intérêts devrait être dirigée. Il a été démontré que le tiers lésé n'est pas obligé de reconnaître la qualité du mandataire, puisque le mandat et ce qui en dérive lui est parfaitement étranger, et que le mandataire ne peut invoquer sa qualité que vis-à-vis du mandant et de la partie avec laquelle il a contracté.

Enfin, disait le défenseur de la masse Kurtz, s'il peut résulter des inconvéniens de l'application de ces principes pour des mandataires qui n'auraient pas pris leurs précautions, afin de s'assurer si l'exécution du mandat peut porter quelque préjudice au droit d'un tiers, c'est de leur faute ; pourquoi ont-ils agi imprudemment ? Le système contraire serait bien plus préjudiciable ; car il porterait atteinte au droit de propriété, et orga-

niserait la ruine de bien des personnes. En effet, si le tiers lésé n'a pas d'action contre le mandataire pour la réparation du dommage qu'il a souffert par son fait, à qui donc s'adresserait-il, si le mandant est insolvable ou ne peut être trouvé ?

De ces divers moyens, le défenseur a tiré la conséquence qu'il n'y avait pas lieu de mettre les mandataires hors de cause; mais son système a été proscrit par l'arrêt suivant: (*)

ARRÊT.

» Attendu que par le jugement dont est appel,
 » il a été prononcé plusieurs condamnations contre
 » Jean David Herrstadt, Salomon Oppenheimer,
 » et Frédéric-Guillaume Charles Merten, soli-
 » dairement avec la veuve Finck; — Que lesdits
 » Herrstadt, Oppenheimer et Merten, en procé-
 » dant à la vente des vins dont s'agit, n'ont opéré
 » qu'en qualité de mandataires de la dite veuve
 » Finck, en vertu d'une procuration qu'elle leur
 » a passée le 13 nov. 1809.

» Attendu qu'il n'a été opposé auxdits manda-
 » taires aucuns moyens résultant de dol, de fraude
 » ou d'imprudence, ni aucun fait qui puisse faire
 » peser une responsabilité sur un mandataire, au
 » profit d'un tiers;

(*) Le jugement rendu par défaut contre la maison Finck et les mandataires avait prononcé une condamnation solidaire. Comme la cour n'a pas eu à décider la question de la solidarité, puisqu'elle n'a accordé aucune action contre les mandataires, je me suis dispensé d'entrer dans la discussion de cette question, plus délicate encore que celle décidée par l'arrêt.

» Par ces motifs, — La cour, met l'appella-
» tion et ce dont est appel au néant, en ce qu'il
» aurait été prononcé, par le jugement dont est
» appel, des condamnations contre lesdits Herr-
» stadt, Oppenheimer et Merten ; émendant, quant
» à ce, décharge ces derniers desdites condam-
» nations, et les met hors de cause avec dépens etc.
Du 15 juin 1811. *Chambre des appels de police
correctionnelle*, jugeant en matière civile.

Plaid. : M. M. RUPPENTHAL et ALDENHOVEN.

**Mineur. Militaire. Action en délivrance de
biens immeubles promis par contrat
de mariage. Conseil de famille. Cu-
rateur. Nullité.**

(C. N. art. 407. 409. 410. Loi du 11 ventôse an 2.)

*Au cas que les dispositions de la loi du 11 ven-
tôse an 2, concernant les mesures à prendre pour
assurer les propriétés des défenseurs de la patrie,
soient applicables à une action en délivrance de
biens promis par forme d'avancement d'hoirie, par
une personne encore vivante, y a-t-il lieu de pro-
céder DE PLANO à la nomination d'un curateur,
à l'effet d'intenter cette action au nom du militaire
mineur ? Rés. négat.*

*Y a-t-il nullité dans la composition du conseil
de famille, si, au lieu de convoquer les parens
de l'une des deux lignes résidans dans la distance*

fixée par l'art. 407 du C. N., le juge de paix a appelé d'autres personnes, et surtout des personnes auxquelles on peut supposer un intérêt quelconque dans la délibération? Rés. affirm.

Le 16 février 1807, contrat de mariage entre Mathias Schœben, mineur, et Eve Thein, passé devant notaire et témoins, à l'intervention du père du futur, veuf, sans autres enfans que celui-ci.

Par ce contrat de mariage, il fut convenu que les futurs époux vivraient en ménage commun avec le père du futur, cependant pour le tems seulement qu'il plairait à l'une ou à l'autre des parties de rester ensemble, et sous la promesse du père, en cas d'une séparation demandée soit par lui, soit par les jeunes époux, de leur abandonner la moitié de ses propres biens, et la totalité de ceux provenant de sa femme défunte, mère du futur.

Le mariage célébré, les jeunes gens s'établirent chez le père du mari, et le ménage fut tenu en commun, sous la direction du père, conformément au contrat de mariage.

Peu de tems après, l'époux, compris dans la conscription, tomba au sort, et fut obligé de partir pour l'armée.

Le 25 juillet 1808, il passa une procuration devant notaire et témoins, par laquelle il donna à sa femme l'administration tant de ses propres biens que de ceux de la communauté, en l'autorisant à comparaître devant tous juges et tribunaux pour demander ou pour défendre dans toutes les actions qui pourraient l'intéresser ou son époux.

On a allégué, sans cependant le prouver, qu'avant son départ il avait déjà quitté la maison de son père, dans l'intention d'établir son ménage

particulier. — Quoiqu'il en soit, la femme, devenue mère, se retira chez ses parens, soutenant que son beau père avait refusé de pourvoir à son entretien et à celui de son enfant; tandis que le beau-père prétend le contraire, et attribue la conduite de sa bru à l'instigation de ses parens, et à leur dessein caché de s'emparer de la fortune de l'absent, au moyen d'une séparation du ménage autrefois commun.

Dans cet état de choses, et sans qu'il constât d'aucune démarche de la part de la femme, le juge de paix du canton, par le motif énoncé dans son procès-verbal, que le mineur absent était dans le cas de procéder en justice contre son père, fit convoquer d'office un conseil de famille, pour procéder à la nomination d'un curateur.

Le conseil de famille, composé de trois parens maternels, d'un seul parent paternel et de deux frères de la femme, procéda à cette nomination, et choisit pour curateur Nicolas Thein, l'un des frères de la femme, sans néanmoins l'autoriser spécialement à intenter aucun procès, et sans désigner l'objet de son administration.

Incontinent après la nomination du curateur, celui-ci fit assigner le père du mari devant le tribunal de Trèves, à l'effet de le faire condamner à la délivrance des biens promis par le contrat de mariage; et sur les plaidoiries respectives des parties, dont il sera rendu compte dans la discussion des moyens d'appel, jugement prononcé en ces termes:

- „ Considérant qu'il est ici question d'une suc-
 „ cession anticipée; que donc la loi du 11 ven-
 „ tôse an 2 est applicable.
 „ Considérant que le curateur de Mathias

„ Schœben est nommé par le conseil de famille ,
 „ et qu'il n'est pas prouvé qu'un autre des parens
 „ ait été convoqué à l'exception du père Schœben ;
 „ Considérant que le père Schœben ne pouvait
 „ pas , dans l'espèce , faire partie du conseil de
 „ famille , puisqu'il s'agissait d'un procès à inten-
 „ ter contre lui ;

„ Considérant en outre , que le C. N. n'exige
 „ pas , à peine de nullité , autant de parens pater-
 „ nels que maternels , puisque le juge de paix peut
 „ même admettre , en cas d'insuffisance , des ci-
 „ toyens non parens ;

„ Considérant d'ailleurs , que le conseil de fa-
 „ mille n'ayant nommé un curateur à Mathias
 „ Schœben fils , qu'à cause du procès , ce dernier
 „ est censé l'avoir autorisé à plaider ;

„ Considérant , quant au fond , que l'action du
 „ curateur est fondée dans le contrat de mariage
 „ ci-dessus allégué ;

Par ces motifs ; — „ Le tribunal condamne le
 „ défendeur à extradier la moitié de tous les biens
 „ immeubles qu'il possède à Nicolas Thein , en
 „ la qualité qu'il agit , avec les fruits perçus de-
 „ puis le jour de la demande , et aux dépens ;
 „ sauf à déduire ce qu'il pourrait avoir donné
 „ par forme d'alimentation provisoire. “

Appel de la part de Schœben , père.

Le jugement , disait l'avocat de l'appelant , ne
 peut se soutenir sous aucun rapport.

La loi du 11 ventôse an 2 veut , en effet , qu'il
 soit nommé d'office des curateurs aux défenseurs
 de la patrie absens au service de l'armée ; mais
 dans quel cas ? Lorsqu'ils sont appelés à une suc-
 cession ouverte.

Dans notre espèce , il ne s'agit pas d'une suc-

cession ouverte , mais de droits résultant d'un contrat de mariage. L'exercice de ces droits dépend de la volonté du fils Schœben de séparer son ménage de celui de son père. Il ne conste en rien de son intention d'autoriser sa femme à établir son ménage ailleurs ; donc ni le curateur , ni la femme ne peuvent exercer une faculté qui ne leur est pas accordée par celui à qui seul elle appartient.

S'il constait même du consentement du jeune Schœben de séparer son ménage de celui de son père , ou si l'on voulait accorder à sa femme la faculté de changer le domicile pris par son mari , parcequ'il est absent à l'armée , il ne s'en suivrait pas encore que le père pût être actionné en extradition des biens promis par le contrat de mariage , sans le consentement exprès du fils. Or , on ne justifie pas plus de ce dernier consentement que de celui pour la séparation du ménage.

La procuration envoyée à la femme ne mérite aucune considération ; d'abord parceque la femme n'en fait point usage , et qu'en supposant d'ailleurs que cette procuration pût être regardée comme une autorisation d'intenter l'action en délivrance des biens qui forment l'objet du procès , quoiqu'il n'y soit point fait mention de ces biens , il resterait toujours vrai qu'elle serait donnée par une personne incapable , attendu que le mari était encore mineur lorsqu'il l'a signée , et que bien , qu'émancé par le mariage , il n'aurait cependant pu de sa seule autorité , exercer une action immobilière , conformément à l'art. 482 du C. N.

Mais admettons , pour un instant , qu'il y ait eu lieu à la nomination d'un curateur , en vertu de la loi du 11 ventôse an 2 , et que ce cura-

teur ait pu être autorisé par le conseil de famille à intenter l'action contre le père, la délibération du conseil de famille serait nulle sous un autre rapport; et quand même elle ne le serait pas, l'action du curateur serait au moins non recevable.

D'après les termes formels des art. 407 et 409 du C. N., le conseil de famille doit être composé, non compris le juge de paix, de six parens ou alliés, pris tant dans la commune où la tutèle est ouverte, que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne; et ce n'est que lorsqu'il n'existe point de parens ou d'alliés, ou qu'il en existe en nombre insuffisant dans la distance indiquée, que le juge de paix peut appeler des amis dans la commune même, ou des parens ou alliés domiciliés à de plus grandes distances.

Dans l'espèce, on s'est écarté des dispositions impératives de la loi, en appelant deux frères de la femme pour compléter le nombre des parens paternels de l'absent; tandis qu'il est prouvé par un procès-verbal du juge de paix du même canton, qu'il existe encore des parens paternels très proches dans la distance fixée par la loi, qui ont concouru, en l'an 13, à la nomination d'un subrogé tuteur au même absent.

Le conseil de famille n'était donc pas légalement composé, et sa délibération doit être annullée, avec d'autant plus de raison, que, quand même on voudrait admettre, en thèse générale, que la violation des art. 407 et 409 du C. N. ne peut entraîner nullité, parcequ'elle n'est pas textuellement prononcée par ces articles, il y aurait au moins nullité, dans l'espèce particulière, vu

qu'on a appelé les frères de la femme, et que l'impartialité de ceux-ci doit être suspectée à juste titre, comme étant intéressés à ce que leur sœur gagne son procès.

En dernière analyse, la délibération du conseil de famille porte simplement nomination d'un curateur; elle n'autorise pas le curateur à intenter l'action qu'il exerce, et ne parle même d'aucun procès: cependant cette autorisation est exigée par l'art. 464 du C. N. Peu importe que dans le préambule du procès-verbal, le juge de paix ait dit que le mineur Schœben était dans le cas de procéder en justice contre son père. Cette simple énonciation ne peut pas remplacer l'autorisation expresse du conseil de famille requise par l'art. précité du C. N.; il aurait fallu que le juge de paix fit connaître l'objet du procès aux membres de ce conseil, et qu'ils prissent une détermination sur sa proposition.

Cela n'a point eu lieu; en conséquence, faute d'être autorisé, le curateur serait non recevable dans son action, tout en supposant qu'il y aurait eu lieu à l'application de la loi du 11 ventôse an 2, et que le conseil de famille aurait été légalement composé.

Il a conclu à l'infirmité du jugement, sous l'offre de recevoir sa bru avec son enfant chez lui, et de pourvoir à leurs besoins.

L'avocat de l'intimé s'est borné à répondre:

Que les biens promis par le contrat de mariage aux jeunes époux, l'ayant été, dans l'espèce, par forme d'*avancement d'hoirie*, aux termes mêmes de l'acte, l'analogie existante entre ce cas et celui prévu par la loi du 11 ventôse exigeait l'application de cette loi; d'autant plus qu'il n'est pas présu-

mable que le législateur, qui a eu généralement en vue l'intérêt des défenseurs de la patrie, ait voulu borner sa sollicitude au seul cas où il y aurait une succession ouverte; qu'on doit en conséquence étendre les dispositions de la loi à tous les cas semblables où il s'agit de conserver ou d'exercer les droits d'un militaire absent, et surtout les appliquer à l'espèce particulière où l'on peut, en quelque sorte, regarder l'action du curateur comme dérivant d'une succession ouverte, puisqu'il s'agit de biens provenant en partie de la mère de l'absent, morte depuis quelques années, et qui lui sont par conséquent dévolus à titre de succession, quoique le père en ait l'usufruit;

Que la circonstance que le juge de paix avait pris deux frères de la femme de l'absent, au lieu d'appeler deux de ses parens ou alliés paternels, pouvait d'autant moins faire annuler la délibération du conseil de famille, que d'un côté, il n'est pas justifié que les parens ou alliés paternels qui se trouvaient, il y a quelques années, dans la distance fixée par la loi, aient encore existé à l'époque de la délibération dont s'agit au procès; et que d'un autre côté, la cour de cassation a formellement décidé, par un arrêt du 22 juillet 1807(*), que l'inobservation des règles tracées par les art. 407 et 409 du C. N., pour la composition du conseil de famille, ne peut entraîner nullité, puisqu'elles ne sont pas prescrites sous cette peine;

Que le soupçon qu'on veut jeter sur les frères de la femme de l'absent, était une accusation purement gratuite, dénuée de toute vraisemblance;

(*) Voyez Sirey. An 1807. pag. 320.

Qu'enfin le défaut d'autorisation du curateur pour intenter l'action, objecté par l'appelant, était une pure subtilité, qui ne mérite aucune attention, lorsqu'on réfléchit que le procès-verbal produit au procès porte en toutes lettres que c'était parceque le fils Schœben, absent, était dans le cas de procéder en justice contre son père, que le juge de paix avait convoqué l'assemblée de parens, à l'effet de lui nommer un curateur; d'où il s'inférait nécessairement que le conseil de famille, ayant procédé à cette nomination, avait implicitement autorisé le curateur à intenter l'action, puisqu'autrement sa nomination n'aurait pas eu de but.

Il a conclu à ce que l'appel fût mis au néant, avec amende et dépens.

Mr. l'avocat général Fritsch, qui a porté la parole dans cette affaire, ne s'est pas dissimulé les difficultés qu'elle présentait; cependant il lui a paru que le jugement attaqué devait être confirmé.

ARRÊT.

„ Attendu que d'après les termes formels de
 „ l'art. 407 du C. N., les membres composant
 „ le conseil de famille doivent être pris, moitié
 „ du côté paternel, moitié du côté maternel, en
 „ suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne,
 „ et en préférant les parens aux alliés du même
 „ degré;

„ Qu'il résulte de l'art. 409 du même code,
 „ qu'il n'est permis au juge de paix d'appeler des
 „ parens ou alliés plus éloignés en degré, ou des
 „ amis, qu'autant qu'il n'existe pas des parens
 „ ou alliés plus proches, ou qu'il n'en existe pas
 „ en nombre suffisant dans l'une ou l'autre ligne
 „ sur les lieux, ou dans la distance désignée par
 „ l'art. 407 précité;

„ D'où il s'infère qu'en s'écartant, sans nécessité, de la règle prescrite par ces articles, dont les dispositions impératives ont visiblement pour but d'assurer le mieux que possible l'intérêt des mineurs, il y a nullité dans la composition du conseil de famille, et par conséquent aussi dans la délibération, étant de principe établi par la loi 5 C. de Legib. que tout ce qui est fait contre la volonté prononcée de la loi, est nul et ne peut produire aucun effet.

„ Mais attendu que quand même, d'un côté, l'appelant serait hors d'état de prouver qu'à l'époque de la convocation du conseil de famille, il existait des parens ou alliés paternels dans la distance fixée par la loi, que le juge de paix aurait pu appeler pour assister à la délibération, au lieu et place des deux frères de la femme de l'absent mineur, et que la nullité n'en pourrait pas être prononcée soit sous ce rapport, soit sous un autre; et que d'un autre côté, il y aurait eu lieu, dans l'espèce particulière, de nommer un curateur à l'absent, par application du principe établi par la loi du 11 ventôse an 2, la nomination de l'intimé à cette curatèle n'en devrait pas moins être annullée comme prématurée, vu que d'après cette loi, le juge de paix est obligé d'écrire non seulement au défenseur de la patrie absent à l'armée, mais aussi au ministre de la guerre; et qu'il ne peut être procédé à la nomination d'un curateur qu'après qu'il s'est écoulé un mois sans que le militaire absent ait donné de ses nouvelles ou envoyé une procuration; d'où il suit que, cette formalité préliminaire et indispensable n'ayant pas été remplie, dans l'espèce, où elle était

„ d'autant plus nécessaire que l'action intentée
 „ par le curateur dépend de la pure volonté du
 „ fils de l'appelant, et qu'il ne conste en rien
 „ de son intention de séparer son ménage de celui
 „ de son père, ou d'actionner celui-ci en extra-
 „ dition des biens à lui assurés et à sa femme
 „ par le contrat de mariage comme un avance-
 „ ment d'hoirie, il y a lieu de réformer le juge-
 „ ment dont est appel.

Par ces motifs, — „ La cour, ayant aucune-
 „ ment égard aux conclusions de l'appelant, et
 „ sous le mérite de ses offres, met l'appellation
 „ et ce dont est appel au néant, émendant, an-
 „ nulle la délibération du conseil de famille du
 „ 30 juin 1809, portant nomination d'un cura-
 „ teur à la personne de Mathias Schœben dit
 „ Davids; en conséquence déclare l'intimé sans
 „ qualité; dépens des deux instances compensés.

„ Ordonne la restitution de l'amende consignée.“

Du 24 juin 1811. Plaid.^t M.M. PAPÉ et AL-
 DENHOVEN.

**Éviction. Impenses. Force majeure. Rem-
 boursement.**

(L. L. 38. ff. de hered. pet. 38 ff. de rei vind. 5. C. eod. tit.
 55. ff. loc. cond. §. 30. Inst. de rer. divis. et par ana-
 log. C. N. art. 555. 861. 862. 1381.)

*Le propriétaire d'un fond révendiqué est-il tenu
 de rembourser les impenses utiles, si par l'effet d'un
 cas fortuit ou d'une force majeure antérieure à*

l'éviction les ouvrages et améliorations ont été détruits? Rés. négat.

Le différent qui a donné lieu à cette question, ayant pris son origine dans un fait antérieur à la publication du C. N., a été jugé suivant le droit romain.

Comme telle, la décision qu'elle a reçue ne devrait pas figurer parmi celles de ce recueil. Si elle y figure néanmoins, c'est parcequ'on croit qu'une cause semblable pourrait être jugée de même sous le régime du C. N.

Voici le fait:

N. Volckheimer étant poursuivi, comme fermier, en déguerpissement d'une tuilerie et dépendances, par N. Wannemann, opposait en vain que celui-ci lui avait vendu l'immeuble qu'il lui avait d'abord seulement loué; ne pouvant prouver la vente, déniée par Wannemann, il fut condamné à déguerpir; à charge par le propriétaire de lui rembourser les impenses nécessaires et utiles de gré-à-gré, ou à dire d'experts.

Parmi les impenses réclamées, le fermier Volckheimer comprit la construction de quelques écuries qui n'existaient plus, parcequ'elles avaient été brûlées par les gens de guerre.

On ne pouvait pas contester que ces ouvrages étaient utiles et avaient augmenté la valeur réelle de la tuilerie. Aussi la difficulté ne roulait-elle pas sur ce point, mais seulement sur la question de savoir: si le propriétaire pouvait être obligé à indemniser le fermier, quoique les ouvrages eussent été détruits avant la demande en déguerpissement, et qu'il n'en tirât plus aucun avantage.

Pour soutenir l'affirmative , Volckheimer fit valoir les moyens suivans :

La loi 38 ff. de hered. pet. , disait-il , décide clairement que le possesseur de bonne-foi doit être remboursé des impenses qu'il a faites , quoique la chose n'existe plus. » *Plane potest in eo differentia esse : ut bonæ fidei possessor omnimodo impensas deducat* , licet res non extet , *in quam fecit.* » — Le principe établi par cette loi est général , et par conséquent applicable aux actions en revendication d'objets particuliers comme aux actions en pétition d'hérédité , ainsi qu'on peut s'en convaincre par le *Répert. univ. de jurisprud.* de Mr. le Comte MERLIN. art. *Amélioration* , malgré l'opinion contraire de quelques auteurs.

J'étais sans contredit possesseur de bonne-foi , soit qu'on me regarde comme simple fermier , soit qu'on se rappelle que , me fiant sur mon acquisition , je devais même me croire propriétaire de la tuilerie.

Les ouvrages très utiles , en quelque sorte même nécessaires que j'avais fait faire , auraient certainement beaucoup augmenté la valeur de la tuilerie , s'ils avaient pu être conservés. Leur destruction ne provient pas de ma faute ; elle a été l'effet d'une force majeure. — Donc je dois être indemnisé de mes déboursés , et cela avec d'autant plus de raison que les ouvrages ont été exécutés de la connaissance de Wannemann , qui ne s'y est point opposé.

Wannemann a répondu :

Vous ne pouvez pas invoquer la disposition de la loi 38 ff. de hered. petit. ; cette loi n'est applicable qu'aux possesseurs évincés par une action en pétition d'hérédité , et où il s'agit par conséquent

de l'exercice d'une universalité de droits, comme l'observe très bien *Voët* dans son Commentaire sur les pandectes, Liv. V. T. III. §. 21. Mr. MERLIN, qu'on cite ici, ne dit pas le contraire; il ne fait que rapporter les opinions des auteurs à cet égard. Mais en les examinant, il n'est pas difficile de se convaincre que le sentiment de ceux qui pensent avec *Voët*, que la loi 38 ff. de petit. hered. ne peut être appliquée qu'au possesseur évincé par une action en pétition d'hérédité, est fondé sur des raisons plus solides que le sentiment opposé.

Dans notre espèce, il n'est pas question d'une pétition d'hérédité: il s'agit, au contraire, d'une action en déguerpissement contre un fermier, ou, si l'on veut, d'une revendication contre un possesseur d'un immeuble qu'il détient induement. — Ainsi, ce sont les lois relatives aux fermiers ou aux possesseurs évincés par une action en revendication d'un objet particulier qui doivent décider notre question.

Or, d'après la loi 55. ff. loc. cond., le fermier qui a amélioré le fond par des impenses nécessaires ou même seulement utiles, a bien une action en remboursement contre le propriétaire; mais cette loi ne dit pas qu'il a cette action même lorsque les améliorations n'existent plus; au contraire, le principe d'équité, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, sur lequel la loi repose, fait nécessairement supposer que le propriétaire n'est tenu au remboursement, nommément des impenses purement utiles, et qui n'étaient pas nécessaires pour la conservation de la chose même, qu'autant qu'elles existent encore, et que le propriétaire peut en profiter.

D'après le §. 30. *Inst. de rer. divis.*, celui qui a

employé ses matériaux pour bâtir sciemment sur le fond d'autrui, n'a aucun recours contre le propriétaire du fond, et ne peut pas même réclamer ses matériaux, encore que le bâtiment se soit écroulé ou ait été démoli.

D'après la loi 38 *ff. de rei vindic.*, fondée sur le principe allégué, que le propriétaire ne doit pas s'enrichir aux dépens du possesseur évincé, les impenses ne sont dues qu'autant qu'elles ont réellement augmenté la valeur de la chose; donc dans le cas seulement où cette valeur existe encore, et tourne au profit du propriétaire.

Ainsi, vous n'avez droit à aucune indemnité pour les impenses que vous avez faites, soit qu'on vous regarde comme fermier, soit qu'on vous considère comme possesseur, même de bonne-foi, d'un fond revendiqué.

Peu importe que les ouvrages aient été faits de mon su; mon silence ne peut pas être regardé comme un consentement tacite à en devenir propriétaire sur le champ. Ce silence doit être expliqué dans le sens de la loi; et dès-lors on n'en peut tirer contre moi d'autre conséquence que celle, que je voulais vous laisser la faculté de les enlever lors de votre sortie, ou vous payer la valeur de ceux encore existans et dont je profiterais.

La preuve certaine que le propriétaire du fond ne devient propriétaire des ouvrages qu'on y a faits que quand ils existent encore lors de l'éviction du possesseur, résulte d'ailleurs des dispositions des lois 38 *ff.* et 5. *C. de rei vind.*, d'après lesquelles le possesseur évincé, que le propriétaire ne veut pas rembourser de ses impenses, peut enlever les ouvrages qu'il a fait faire, si cela peut avoir lieu sans détériorer le fond.

S'il peut les enlever, ils ne deviennent donc la propriété du maître du fond qu'au moment même où il s'engage à les conserver, en en remboursant leur valeur. — Jusques-là, ils restent la propriété de celui qui les a faits; et s'ils viennent à périr avant cette époque, ils périssent naturellement pour son compte, d'après l'axiôme de droit: *res perit domino.*

Les lois françaises ne prouvent pas moins que les lois romaines, qu'il faut que les ouvrages existent pour qu'il y ait lieu à l'indemnité du possesseur évincé; l'art. 555 du C. N. est formel sur ce point. Et si l'art. 1381 de ce code, n'oblige le propriétaire auquel la chose est restituée par un possesseur de mauvaise foi, à lui rembourser que les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la Conservation de la chose, et ne dispose rien à l'égard du possesseur de bonne foi, on n'en doit pas conclure que celui-ci ait droit indistinctement à toutes les dépenses, même à celles qui, sans avoir été nécessaires à la conservation de la chose, ne tourneraient pas au profit du propriétaire; car cette interprétation détruirait le principe général établi par l'art. 555 précité, suivant lequel toute la faveur accordée au possesseur de bonne foi consiste en ce que le propriétaire ne peut pas demander la suppression des plantations, constructions et ouvrages qu'il a faits, mais qu'il doit l'en indemniser; d'où il résulte évidemment que les plantations, constructions et ouvrages doivent exister, pour qu'il y ait lieu au remboursement de leur valeur. (*)

Ce sentiment a été adopté par l'arrêt qui suit :

(*) Wannemann avait bien aussi contesté le remboursement des impenses nécessaires, mais on ne s'est

„ Attendu que s'il est de principe incontestable que le fermier a droit au remboursement des impenses , améliorations et réparations nécessaires par lui faites à la chose louée , et même à celles utiles , ce n'est qu'en tant que ces dernières ont réellement tourné à l'avantage du propriétaire , et ont augmenté la valeur de l'objet laissé à bail ;

„ Que dès que l'écurie et les réduits à porcs construits par l'intimé , qui font l'objet des art. 1 et 2 de l'expertise du 10 août 1809 , n'existaient plus après l'incendie de la tuilerie dont s'agit , ni lorsque le dit intimé a été obligé de les déguerpir , ce dernier dès-lors ne saurait rien réclamer à cet égard ;

„ Mais qu'il n'en est pas de même des autres articles mentionnés en la dite expertise , puisque de leur énonciation , il résulte évidemment que ces objets étaient nécessaires , non seulement pour obvier au dépérissement et empêcher les dégradations de la même tuilerie , mais encore pour sa conservation ; que par conséquent

pas arrêté à cette prétention ; les dépenses faites pour des ouvrages nécessaires à la conservation même de la chose devant être bonifiées sans distinction au possesseur de bonne ou de mauvaise foi , encore que les ouvrages soient venus à périr ou non , pourvu qu'ils aient péri par cas fortuit ou par force majeure ; ce qui résulte assez de l'esprit et des termes mêmes de l'art. 1381. du C. N. et de la loi 5. *C. just. de rei vind.* , et a d'ailleurs été jugé par un arrêt du parlement de Paris du 9 août 1723. , rapporté par Mr. le comte MERLIN , dans son *Répert. univ. de jurispr. ART. Amélioration.* p. 189. où cette matière est savamment discutée.

„ il est juste que l'intimé obtienne le montant de leur estimation :

„ Par ces motifs, — » La cour, ayant aucunement égard aux expertises du 10 août 1809, condamne l'appelant,

1.° „ à payer à l'intimé la somme de 1,326 florins, 28 kreutzers, faisant en argent de France 2,858 francs 38 c.^t pour impenses, réparations et améliorations rappelées ès art. 3, 4, 5 et 6 du procès-verbal d'expertise du 10 août 1809, comme ayant été faites antérieurement à la démolition de la tuilerie dont s'agit. (*)

2.° „ A payer au même intimé la somme de 1,609 florins, 32 kreutzers, faisant en argent de France 3,868 fr. 35 c.^t pour constructions postérieures faites par le dit intimé à la même tuilerie “ etc. (**)

Du 8 juillet 1811. Plaid. : M.M. GEORGEL et ALDENHOVEN.

Interlocutoire. Enquête. Acquiescement.
Appel. Jugement préparatoire.

(C. de P. art. 407. 451. 452.)

Est-on recevable à appeler, avant le jugement définitif, d'un interlocutoire pour l'exécution duquel on a demandé et obtenu un délai ? Rés. négat.

(*) Impenses nécessaires.

(**) Impenses reconnues utiles.

Est-on, avant le jugement définitif, recevable dans l'appel d'un jugement qui a ordonné que les témoins seront entendus à l'audience, tandis que l'une des parties avait demandé qu'ils fussent entendus devant un commissaire? Rés. négativ.

Procès entre le Prince de la Layen et la veuve Oewerich, née Hild, devant le tribunal de première instance de Bonn.

Le 11 avril 1810 jugement qui, admettant la dite Oewerich à une preuve, ordonne de la faire à l'audience.

Au jour fixé pour l'audition des témoins, le Prince de la Layen demande à ce que les parties soient renvoyées devant un commissaire pour procéder à l'enquête, conformément au titre du C. de P., sur les enquêtes dans les affaires ordinaires; subsidiairement il demande un délai pour faire la contre-preuve.

Le 13 juin suivant, intervient un premier jugement qui déboute le Prince de la Layen de son exception opposée au mode de l'enquête, et un second qui lui accorde le délai qu'il avait demandé subsidiairement.

Cependant, au lieu d'entreprendre la contre-preuve, il interjète appel tant du jugement du 11 avril que de celui du 13 juin, sans s'expliquer sur lequel des deux jugemens du même jour porte son appel.

La cause appelée à l'audience de la cour, l'intimée opposa une fin de non recevoir à l'un et l'autre appel.

Le jugement du 11 avril, disait son avocat, est à la fois interlocutoire et préparatoire.

Interlocutoire, en ce qu'il a ordonné une preuve; préparatoire, en ce que la preuve devait

se faire à l'audience , ce qui rangeait la cause dans la classe des affaires sommaires.

L'appel de ce jugement , en tant qu'il porte sur la disposition interlocutoire , est quant à présent non recevable , et le serait même après le jugement définitif ; car supposé que l'art. 451 du C. de P. , qui permet d'appeler d'un jugement interlocutoire avant le jugement définitif , puisse être interprété dans ce sens qu'on aurait aussi la faculté d'en appeler après le jugement définitif , il s'entend néanmoins de soi même que , si l'interlocutoire a préjugé le fond , l'appel en doit être interjeté avant le jugement définitif ; du moins , qu'on ne peut plus appeler d'un semblable interlocutoire , après y avoir formellement acquiescé.

Or , dans l'espèce , le jugement interlocutoire du 11 avril a préjugé le fond , en faisant dépendre la décision de la cause du résultat d'une preuve. Le Prince de la Layen aurait donc dû appeler de ce jugement ; mais loin d'en appeler il y a , au contraire , formellement acquiescé , en demandant et obtenant un délai pour y satisfaire : il a , par conséquent , consenti à faire passer ce jugement en force de chose jugée ; par son acquiescement il a renoncé à l'appel : or , *ad semel renunciata , non datur regressus*.

L'appel de la disposition préparatoire du jugement du 11 avril , et du jugement du 13 juin qui a débouté l'appelant de son incident élevé sur le mode de l'enquête , supposé que ce soit contre celui-ci que l'appelant ait entendu se pourvoir , est également non recevable , du moins quant à présent ; par la raison que l'un et l'autre de ces jugemens , n'ayant fait que mettre la cause en état de recevoir jugement définitif , et le dernier n'é-

tant que la confirmation du premier ; ils sont essentiellement préparatoires de leur nature comme rendus pour l'instruction de la cause. Dès-lors l'appel de ces jugemens ne peut être interjeté qu'avec l'appel du jugement définitif, conformément aux art. 451 et 452 du C. de P. ; mais le jugement définitif n'est pas encore rendu.

L'avocat de l'appelant a répondu :

L'un et l'autre appel sont recevables. La disposition du jugement du 11 avril, qui a ordonné de faire la preuve à l'audience, et le jugement du 13 juin, qui a débouté l'appelant de son exception opposée à ce mode d'enquête, ne sont pas absolument préparatoires ; car d'un côté, ces jugemens ont fait grief à l'appelant, en rangeant la cause tacitement dans la classe des affaires sommaires, tandis qu'elle ne supporte pas la célérité de cette procédure, qui priverait l'appelant de la latitude des moyens que lui offre une instruction ordinaire ; et d'un autre côté, quand bien même ces jugemens pourraient être regardés comme préparatoires, si le juge les avait rendus de son propre mouvement, il ne peuvent plus être considérés comme tels, parcequ'ils sont intervenus sur un incident élevé par les parties ; et il est de principe que tout jugement prononcé sur un incident quelconque est un jugement définitif duquel il y a appel. — Mais supposé qu'on pourrait néanmoins les regarder comme purement préparatoires, et que, sous ce rapport, l'appel n'en fût recevable qu'avec l'appel du jugement définitif sur le fond de la cause, une autre circonstance, dans l'espèce, nécessiterait l'admission de l'appel. — En effet, le Prince de la Layen attaque aussi l'interlocutoire qui a admis la preuve. S'il parvient à faire

réformer le jugement sur ce chef, il n'y a plus du tout lieu à une enquête, ni à l'audience, ni devant un commissaire. — Ainsi, comme l'instruction de la cause dépend uniquement de l'admissibilité de la preuve, il est clair que l'appel du jugement du 13 juin sur le mode de l'enquête est subordonné au sort de l'appel du jugement interlocutoire du 11 avril qui a admis la preuve, et que, si le dernier appel est recevable, l'autre l'est également.

Or nul doute que l'appel du jugement interlocutoire du 11 avril ne soit recevable.

Pour soutenir la thèse contraire, on oppose à l'appelant deux moyens pris, l'un dans la disposition de l'art. 451 du C. de P., et l'autre dans l'exécution de l'interlocutoire, ou plutôt dans un prétendu acquiescement de l'appelant.

Il est facile de démontrer la futilité de l'un et de l'autre moyen.

L'art. 451 précité porte : » l'appel d'un jugement interlocutoire pourra être interjeté avant » le jugement définitif : il en sera de même des » jugemens qui auraient accordé une provision. «

Le mot *pourra* dont le législateur s'est servi dans cet article prouve clairement que c'est une faculté qu'il accorde à l'appelant d'interjeter appel avant ou après le jugement définitif ; sans cela, et s'il en devait être autrement, le législateur se serait servi du terme impératif *devra*. Il résulte de là qu'on peut interjeter appel, en tout état de cause, d'un jugement interlocutoire ; et comme la loi ne distingue pas entre les interlocutoires qui ont préjugé le fond et les autres, il s'ensuit, de plus, que le juge ne peut pas distinguer, mais qu'il doit recevoir généralement l'appel de toutes

sortes d'interlocutoires, soit avant, soit après le jugement définitif.

L'exécution donnée à un interlocutoire ne peut pas être un obstacle à l'appel ; d'abord, parce que la loi permet cet appel conjointement avec l'appel du jugement définitif, en conséquence après l'exécution de l'interlocutoire : et en second lieu, parcequ'on peut appeler, après le jugement définitif, d'un jugement précédent qui a accordé une provision : par conséquent aussi après le payement de la provision. Or personne ne prétendra, sans doute, que si, sur l'appel du jugement définitif, la somme principale est déclarée n'être pas due, la provision ne soit pas dans le cas d'être restituée ; d'où il suit évidemment que l'exécution d'un interlocutoire ne peut, en aucun cas, devenir une fin de non recevoir contre l'appel du même jugement.

Il est d'ailleurs superflu de démontrer cette vérité ; elle est consacrée par la jurisprudence même de la cour impériale.

Si l'exécution d'un interlocutoire n'est pas un obstacle à l'appel ; l'acquiescement résultant de cette exécution n'en doit point être un non plus.

Mais supposez que l'exécution pût donner lieu à une fin de non recevoir, lorsqu'elle serait spontanée et active, c'est-à-dire, lorsque la partie contre laquelle l'interlocutoire serait rendu, sans en attendre la signification ou une sommation quelconque d'y satisfaire, se mettrait en devoir d'y obtempérer ; certes, il n'en doit point être de même lorsqu'elle est forcée de l'exécuter par les démarches de la partie adverse, et que sa conduite n'est que passive.

Or, dans l'espèce, l'appelant devait faire la

contre-preuve ; et comme l'intimée se mit en mesure de faire la preuve directe, il n'aurait pas pu être regardé comme ayant acquiescé librement, quand même il eût fourni la preuve contraire, parcequ'il y aurait été forcé par l'intimée. Dès lors il n'y aurait pas eu acquiescement formel de sa part, tel que la jurisprudence, fondée sur l'art. 5 du titre XXVII de l'ordonnance de 1667, l'exige, et qui ne peut résulter que de faits positifs procédant d'une volonté absolument libre.

En dernière analyse, et en considérant même l'appelant comme ayant acquiescé à l'interlocutoire du 11 avril 1810 ; qu'est-ce qui résulterait de cet acquiescement ? Dans l'hypothèse la plus favorable à l'intimée, il n'en résulterait rien si non que ce jugement devrait sortir son exécution, c'est-à-dire que la preuve devrait être faite, et que l'appelant ne pourrait attaquer l'interlocutoire qu'avec l'appel du jugement définitif ; mais on ne pourrait certainement pas induire de cet acquiescement que l'appelant eût aussi voulu consentir à ce que l'interlocutoire obtînt la force de la chose jugée et réglât le sort du procès ; d'autant moins qu'il n'a fait que demander simplement un délai, dans la vue sans doute, de se ménager le tems d'empêcher l'exécution du jugement par l'appel, et qu'on ne saurait interpréter autrement sa conduite, sans se mettre en contradiction avec l'art. 451 du C. de P. qui lui garantissait toujours la ressource de l'appel, même après le jugement définitif.

A l'appui de ces moyens, auquel l'appelant a encore ajouté que le premier juge n'ayant pas même été lié par son interlocutoire, on ne pouvait pas prétendre qu'il fût passé en force de chose jugée, il a conclu à ce que, sans s'arrê-

ter aux fins de non recevoir opposées à l'appel, la cour en déboutât l'intimée et lui ordonnât de plaider au fond.

ARRÊT.

Attendu 1.^o » Que le jugement du 11 avril
 » 1810, devant être considéré comme interlocu-
 » toire, d'après la seconde disposition de l'art. 452
 » du C. de P., et l'appelant, au lieu de faire
 » dès-lors usage de la faculté qui lui était accor-
 » dée par l'art. 451 du même code, d'attaquer
 » ce jugement par la voie de l'appel, y ayant,
 » au contraire, acquiescé, en demandant un dé-
 » lai pour faire l'enquête ordonnée; il s'en infère
 » que l'appel qu'il a interjeté depuis, et avant que
 » le jugement définitif ne fût intervenu, ne peut
 » être reçu;

2.^o » Que le jugement du 13 juin, n'ayant sta-
 » tué que sur le mode d'exécution du précédent du
 » 11 avril, et sur la manière de faire la preuve
 » qui avait été réglée par le premier jugement; il
 » s'ensuit également que l'appel du dernier juge-
 » ment n'est pas susceptible d'être accueilli; (*)

(*) Cet arrêt est conforme à la jurisprudence de la cour d'après laquelle l'exécution donnée à un interlocutoire n'exclut pas la faculté d'en appeler après le jugement définitif, non plus que l'expiration du délai d'appel, si l'interlocutoire a été signifié avant la prononciation du jugement définitif. Voyez p. 37. Mais il résulte de plus des motifs de cet arrêt que la faculté d'appeler avant le jugement définitif, accordée par l'art. 451 du C. de P., cesse lorsqu'on a consenti à l'exécution ou commencé l'exécution de l'interlocutoire; et que dans ce dernier cas on doit attendre le jugement définitif avant de pouvoir attaquer l'interlocutoire par appel. Il en résulte encore qu'un

Par ces motifs, — » La cour déclare l'appel
» lant non recevable en son appel, et le condamne
» aux dépens.

Du 26 juillet 1811. Plaid. M. M. ALDENHOVEN et PAPÉ.

Marchand. Recommandation. Caution.

(C. N. Art. 2015. 2016. L. 12 §. 12. ff. mandat. LL. 47 et 49. ff. de verb. obl. L. 39. ff. de pact. L. 26. ff. de reb. dub.)

Le cautionnement peut-il résulter d'une recommandation ? Rés. affirm.

Peut-il être étendu au-delà de l'objet pour lequel la recommandation a été donnée ? Rés. négat.

Les soins et démarches que le recommandant a employés pour engager ou faire contraindre le débiteur à payer une dette postérieure de la même nature que celle fondée sur la recommandation, peuvent-ils être regardés comme une reconnaissance tacite du recommandant de son obligation de garantir le paiement de la dette ? Rés. négat.

En théorie, on est assez généralement d'accord

jugement par lequel il est ordonné que les témoins seront entendus à l'audience, non obstant la demande de l'une des parties de faire procéder à l'enquête devant un commissaire, n'est à considérer que comme un simple préparatoire, duquel il n'y a appel qu'après le jugement définitif.

que les simples recommandations et conseils n'obligent pas celui qui les a donnés, quoique la personne qui les a suivis en ait éprouvé des pertes ; car comme elle n'était pas tenue d'y déférer, elle doit s'imputer les suites de sa légèreté ou de son imprudence, et ne peut s'en prendre au recommandant, qu'autant qu'il se soit formellement engagé à répondre pour le recommandé. C'est la règle générale, fondée sur ce que le cautionnement ne se présume pas.

Cependant cette règle souffre exception dans les cas suivans :

1.° S'il y a eu dol ou fraude dans le conseil ou dans la recommandation.

2.° Si le conseil ou la recommandation est conçue dans des termes équivalens à ceux dont on se sert communément pour exprimer une obligation ou un engagement.

3.° S'il résulte des faits et circonstances que le recommandant a voulu engager son crédit ou sa personne, outre celle du recommandé.

4.° Enfin, si celui qui a contracté avec le recommandé a dû s'y déterminer par la recommandation.

Dans tous ces cas, le recommandant est tenu de répondre pour le recommandé, encore que sa garantie ne soit pas littéralement exprimée dans la recommandation ou dans le conseil.

Cependant ces principes reçoivent une application plus ou moins étendue, selon qu'il s'agit d'une affaire de banque ou de commerce, ou d'un contrat purement civil.

S'il est question d'un contrat civil, le recommandant n'est pas obligé de répondre de son insouciance ou imprudence, quoique l'événement de

la recommandation ait causé quelque perte ou préjudice à celui qui l'a suivi ; il est seulement responsable des négligences graves ou des fautes grossières équipollentes à dol.

S'il est, au contraire, question d'une affaire de banque ou de commerce, la simple négligence ou la faute légère du banquier ou marchand suffit pour le rendre garant du fait de sa recommandation ou de son conseil ; à moins qu'en contractant, le négociant qui s'y est fié n'ait pris moins de précautions qu'un banquier ou marchand d'une circonspection et vigilance ordinaires aurait prises en pareil cas.

Cette distinction repose sur de bonnes raisons. En effet, si dans les affaires civiles on a communément le tems de réfléchir et de prendre des informations avant de contracter, il en est rarement de même dans les affaires de banque et de commerce, qui requièrent ordinairement célérité et n'admettent pas de longues délibérations ou recherches ; et dès-lors il est juste qu'on accorde plus de faveur au négociant qui suit la foi d'une recommandation, puisqu'il a moins de tems et de moyens que le simple particulier, pour calculer les suites de sa confiance et se garantir de surprises.

Mais bien que les obligations du recommandant banquier ou marchand soient plus rigoureuses que celles du particulier non négociant, les recommandations de l'un et de l'autre ont cependant cela de commun, qu'elles ne peuvent pas être étendues au-delà de l'objet pour lequel elles ont été données, et de ce qui en est une suite nécessaire et inséparable. Ainsi, dans le doute, on doit toujours prononcer en faveur du recomman-

dant, soit en le déchargeant de toute obligation, soit en la restreignant à l'objet particulier de la recommandation.

Voyez sur cette matière: *POTHIER, traité des obligations, part. 2, chap. 6 sect. 8. art. 1. LEYSER, medit. ad pand. spec. 183. 681. MENCHIUS, de præsumpt. Lib. 2. præsumpt. 15 n.º 3. MEVIUS, part. 8. décis. 120. 121. HELLFELD, jurispr. for. §. 960. CRAMER, heures de loisir (Nebenstunden) part. 41. dissert. 8. §. 3. THIBAUT, système du droit des pandectes 2. édit. §. 866.*

Dans une matière où les principes paraissent si bien établis et si positifs, on dirait qu'il ne doit pas être très difficile de les appliquer avec justesse.

Néanmoins, il n'y en a peut-être point dans toute la jurisprudence qui soit plus susceptible de controverse et d'arbitraire dans la pratique, puisque la conviction des juges dépend toujours de leur manière de voir les choses. Or, comme la conviction qui se forme par le raisonnement sur des faits positifs prend sa direction des impressions que les choses font sur l'esprit, il est clair que, tout en partageant les principes théoriques, les juges peuvent être divisés sur leur application, selon la diversité des impressions que les termes de la recommandation ou les faits ou circonstances de la cause produisent sur leur esprit.

Delà résulte que la jurisprudence pratique est d'un grand appui dans cette matière, et surtout que les décisions des cours supérieures doivent contribuer beaucoup à fixer les opinions.

Voici une espèce qui a été soumise à la cour d'appel de Trèves.

Pierre Joseph Namur, marchand à Perl, en relations de commerce, même lié d'amitié avec

Jacques Kleutgen , marchand à Trèves , et informé que celui-ci était absent de la ville , écrit , le 22 févr. 1801 , la lettre suivante à son épouse :

» Le porteur de la présente est mon beau-frère , Michel Jacoby , marchand de tabac à Metz , auquel j'avais envoyé un échantillon de votre tabac à fumer et en poudre. «

» La bonté de ces tabacs l'a déterminé à s'en procurer une quantité de plusieurs quintaux. «

» C'est pourquoi , je désirerais , Madame , que vous lui en vendissiez au même prix que celui dont je suis convenu avec Monsieur votre époux , savoir : 21 couronnes de France pour le tabac à priser , et 7 couronnes pour celui à fumer. «

» *Le paiement ensuivra dans un mois au plus tard ; mais , parceque la distance de Trèves à Metz est assez grande , ce qui pourrait occasionner des difficultés dans l'envoi , j'aurai soin de vous faire parvenir l'argent aussi-tôt que je l'aurai reçu. «*

» Au reste , vous ne devez concevoir aucune inquiétude ; car , outre sa probité et son fond de commerce , mon dit beau-frère possède des biens-fonds. Cependant , comme il vous est inconnu , j'ai cru devoir vous donner ces renseignemens. «

Michel Jacoby ayant payé les tabacs que la Dame Kleutgen lui avait vendus sur la recommandation de Namur , le Sieur Kleutgen entra en affaires avec lui et continua de lui faire crédit , sans que Namur y prit d'autre part que de faire parvenir les commandes de Jacoby à Kleutgen , et d'envoyer à Jacoby les tabacs qu'il lui adressait pour ce dernier.

Cependant Jacoby ne tarda pas de tomber dans une espèce de déconfiture ; et comme il était

alors débiteur de Kleutgen d'une somme de 2,200 francs, pour les tabacs qu'il avait successivement reçus, Kleutgen, qui ne pouvait pas en obtenir le paiement, s'adressa à Namur, d'abord pour le prier d'employer son crédit et ses bons offices près de Jacoby à fin de lui procurer son paiement, et ensuite pour y faire contraindre Namur personnellement.

Dans une première lettre du 29 janv. 1802, il lui dit entr'autres: » Je dois vous avouer que j'ai bien de l'inquiétude à l'égard de votre beau-frère, Jacoby. Si l'affaire n'est pas terminée sous peu, je devrai prendre mes mesures pour mettre ma créance en sûreté, si toute fois il y a encore des sûretés à prendre. «

Dans une nouvelle lettre du 24 avril de la même année, il lui manifesta les mêmes craintes, en ces termes: » Je dois encore vous écrire au sujet de votre beau-frère. Cela ne peut que vous être désagréable; mais il l'est bien davantage pour moi d'avoir une prétention de 2,200 francs contre un homme, qui, à ce que je prévois, ne me payera jamais. Je vous prie donc, le plus amicalement du monde, de prendre tous les moyens possibles pour que j'obtienne mon paiement, ou du moins une sûreté pour ma créance; vu que, sans votre recommandation et conseil, je n'aurais rien donné à cet homme. «

Le 26 du même mois, Namur répondit à Kleutgen: » Je vous mande à la hâte que je viens d'écrire à mon beau-frère qu'il ait à fournir, dans la quinzaine, une hypothèque par acte notarié, sur vous ou sur moi, de ses biens situés à Boussonville, *sans quoi je le poursuivrais en justice.* J'attends à présent sa réponse, et espère vous l'apporter moi même à Trèves. «

Néanmoins cette proposition ne fut point réalisée ; car par une nouvelle lettre du 20 octobre 1802, Kleutgen invita Namur à se rendre en personne à Metz pour faire consentir Jacoby à une vente de ses biens, en ajoutant : » plus j'attendrai, moins que j'obtiendrai. Je crains sans cela que je ne sois trompé. *Faites ce que vous jugerez à propos ; autrement je regarde tout comme perdu.* »

Enfin toutes les démarches et menaces étant restées infructueuses près de Jacoby, Kleutgen le poursuivit devant le tribunal de commerce et l'y fit condamner, même par corps, au paiement de la dette.

Mais changeant tout-à-coup de système, il abandonna l'exécution de ce jugement, et dirigea ses poursuites contre Namur, à l'effet de le faire condamner, comme recommandant de Jacoby, et par conséquent, comme garant nécessaire, au paiement du prix restant des marchandises fournies à celui-ci, et aux dépens, sauf son recours contre Jacoby.

Le tribunal de première instance de Trèves, saisi de la contestation,

» Considérant que la lettre de Namur du 22 févr. 1801, n'était pas seulement une recommandation spéciale pour le premier envoi de tabac ; mais qu'elle était aussi la cause des envois postérieurs, ce qui a rendu Namur responsable envers Kleutgen pour le paiement ; — que Namur avait d'ailleurs assez expliqué son intention par sa conduite, et sa correspondance postérieures, et manifesté la conviction où il était de devoir garantir le fait de Jacoby, vu qu'il n'avait pas seulement fait les commandes pour son beau-frère

Jacoby, et transmis à celui-ci les marchandises reçues de Kleutgen, mais qu'il avait encore promis à Kleutgen de faire passer une hypothèque sur lui même, et de poursuivre personnellement Jacoby en justice, ce qui annonçait de sa part la reconnaissance de l'existence d'une obligation personnelle à sa charge. «

» Condamna, Namur au paiement de la somme de 2,200 francs, restant du prix des marchandises, et aux dépens. «

Appel.

Il n'existe, disait l'appelant, d'autre recommandation de ma part que celle contenue dans ma lettre du 22 février 1801.

Cette lettre me rendait-elle responsable envers Kleutgen ? Non.

Je n'y ai fait que manifester le desir que j'avais que la Dame Kleutgen vendit à mon beau-frère des mêmes tabacs qu'elle me vendait, et aux mêmes prix. Ce desir, je ne l'ai pas exprimé dans des termes dont on puisse induire une obligation de ma part, ou qui aient dû nécessairement engager la Dame Kleutgen à faire un marché avec Jacoby, ou à lui faire crédit. — Il est vrai que j'ai ajouté, que le paiement s'ensuivrait dans un mois au plus tard, et que la Dame Kleutgen ne devait avoir aucune inquiétude ; mais je n'ai pas dit que je répondrais du paiement ; au contraire, j'ai seulement promis d'envoyer l'argent aussitôt que je l'aurais reçu, preuve que je n'ai pas entendu payer moi même ; ce qui résulte d'ailleurs assez de la circonstance que ma lettre contient une indication des facultés de Jacoby, précaution qui devait avertir la Dame Kleutgen, que je n'entendais pas engager mon crédit personnel.

Ainsi, je ne me suis obligé qu'à garantir la vérité et l'exactitude des renseignemens contenus dans ma lettre sur la fortune de Jacoby, et ce n'eût été que dans le cas où ces renseignemens eussent été faux que j'aurais été responsable du paiement des tabacs ; mais loin delà, l'intimé ne peut pas disconvenir qu'ils étaient rigoureusement exacts.

Supposons aussi que je me fusse réellement obligé envers Kleutgen, mon obligation se serait toujours bornée à l'objet de la recommandation. L'étendre au-delà, serait violer la règle qui veut que les cautionnemens soient renfermés dans les limites dans lesquelles ils ont été contractés. Or, je n'ai parlé que de plusieurs quintaux de tabac dans ma lettre, et comme Kleutgen ne nie pas que le premier envoi des tabacs, qui consistait précisément en plusieurs quintaux, se trouve acquitté, il s'ensuit que s'il eût existé une obligation à ma charge, elle serait éteinte par ce paiement.

Pour que je fusse responsable des envois postérieurs au premier, il faudrait que j'eusse donné une nouvelle recommandation, ou consenti d'une autre manière quelconque au crédit que Kleutgen a fait à Jacoby. Mais toutes les ventes postérieures à crédit ont eu lieu sans qu'on m'eût consulté, ou sans qu'il fût intervenu une nouvelle recommandation de ma part.

Le premier juge est tombé dans une grande erreur en regardant ma lettre du 22 févr. 1801, comme la cause des envois postérieurs ; on n'y trouve absolument rien qui puisse justifier cette pensée ; il n'y est parlé que de quelques quintaux de tabac. La vraie cause des envois postérieurs,

était le paiement du premier, et la confiance que l'exactitude de Jacoby à remplir sa première promesse avait inspiré à Kleutgen.

Les autres raisonnemens du premier juge ne sont pas moins faux que celui-ci ; ils reposent même en partie sur des faits inexacts.

Par exemple, il est bien vrai que je n'ai pas ignoré les envois postérieurs, et que je les ai même dirigés sur Metz ; mais en cela je n'ai fait que ce que fait tout autre commissionnaire auquel on adresse des marchandises pour les faire passer à leur destination. D'ailleurs je n'ai pas fait les commandes pour Jacoby, en mon nom ; au contraire, j'ai toujours suivi à cet égard ses ordres et ses instructions, soit en transmettant ses lettres de commande à Kleutgen, soit en avertissant celui-ci que Jacoby désirait d'avoir telle ou telle quantité de tabac, sans me soucier ou me mêler de rien de plus.

Quant à mes démarches et soins officieux près de Jacoby pour procurer le paiement à Kleutgen, je les ai employés sur l'invitation de celui-ci, et par pure amitié pour lui. Je ne puis en tout ceci être regardé que comme son mandataire ou gérant d'affaires ; et de ce que je me suis chargé de cette commission, il ne s'ensuit nullement que j'aie tacitement reconnu mon obligation de garantir le paiement. Au reste Kleutgen lui-même était loin de le penser, puisqu'il résulte de toutes ses lettres, et notamment de la dernière du 20 octobre 1802, où il dit : » Faites ce que vous jugerez à propos, autrement je regarde tout comme perdu « , qu'il a encore alors regardé Jacoby comme son seul et unique débiteur, sans penser seulement à la moindre obligation principale ou subsidiaire de ma part.

Enfin s'il perd, c'est de sa faute; pourquoi n'a-t-il pas pris ses précautions, lorsque Jacoby avait encore de la fortune? Pourquoi, du moins, n'a-t-il pas exécuté le jugement qu'il avait obtenu contre lui.

L'appelant a conclu à la réformation du jugement, et à ce qu'il fût renvoyé de la demande formée contre lui, avec dépens.

Les motifs énoncés dans le jugement attaqué faisant assez connaître les moyens de l'intimé, je me dispense d'en donner ici une plus grande analyse. Une seule circonstance dont il s'est prévalu, et que le premier juge n'a sans doute pas cru assez importante pour en faire mention, c'est que selon lui, l'appelant n'ayant pas ignoré que les marchandises postérieurement fournies à Jacoby n'étaient pas payées, et s'étant néanmoins mêlé de leur transport et de commandes de nouvelles, sans jamais informer l'intimé des risques qu'il courait d'en perdre le prix par le délabrement toujours croissant des affaires de Jacoby, était par là devenu responsable du paiement, parcequ'il avait, au moyen de son silence affecté, induit l'intimé en erreur, et contribué à la perte de sa créance. En conséquence il a conclu au maintien du jugement.

ARRÊT.

» Attendu 1.^o que s'il pouvait résulter de la
 » première lettre du 4 ventôse an IX (22 févr.
 » 1801) rappelée dans le jugement de première
 » instance, un engagement de Namur envers
 » Kleutgen, cette lettre n'ayant rapport qu'à
 » quelques quintaux de tabacs, l'engagement qui
 » en résulterait devrait être circonscrit à la four-
 » niture mentionnée en cette lettre, et dont il est
 » reconnu que le prix a été acquitté;

2.° » Qu'il ne résulte des lettres postérieures et
 » sur lesquelles est aussi basé le jugement du tri-
 » bunal de première instance , aucune obligation
 » personnelle de la part de l'appelant envers l'in-
 » timé pour les fournitures qui ont suivi la pre-
 » mière ; que les simples recommandations qu'on
 » pourrait en induire ne sont pas de nature à pro-
 » duire un engagement formel ; puisqu'il est de
 » principe qu'elles sont de stricte interprétation,
 » d'après la loi 47 ff. de obl. et act. ainsi conçue :
 » *ubi de obligando queritur , propensiores esse*
 » *debere nos , si habeamus occasionem ad negan-*
 » *dum ; de liberando ex diverso , ut facilius sis*
 » *ad liberationem.*

» Que les soins et les démarches de Namur ,
 » pour procurer à Kleutgen son payement , ne
 » peuvent être regardés que comme des soins offi-
 » cieux , insuffisans pour opérer une obligation ;

Par ces motifs , — » La cour , met l'appella-
 » tion et ce dont est appel au néant , émendant ,
 » décharge l'appelant des condamnations contre
 » lui prononcées ; et au principal déboute l'inti-
 » mé de sa demande et le condamne aux dépens
 » de causes principale et d'appel etc. «

Du 10 mars 1806. Plaid. M. M. RUPPEN-
 THAL et HAMBACH,

Étranger. Compétence.

(C.N. art. 3. 14. 2123.)

*L'étranger qui a contracté en pays étranger avec
 un habitant de la rive gauche du Rhin , avant sa*

reunion à la France, peut-il être cité devant un tribunal français, malgré qu'il y ait déjà litispendance sur la même contestation devant un juge étranger ? Rés. affirmat.

Hertz Reinach, de Mayence, étant devenu créancier du Comte de K., en vertu d'une obligation sous signature privée, portant promesse d'hypothèque, et contractée à Aschaffenburg, sur l'autre rive du Rhin, antérieurement à la réunion de la ville de Mayence à l'empire français, avait fait citer le Comte, son débiteur, devant le tribunal d'Aschaffenburg, où la cause fut contradictoirement engagée; mais depuis la publication du C. N. il se désista de ses poursuites, et donna assignation devant le tribunal de Mayence, dans le ressort duquel le Comte de K. possède des biens immeubles.

Le défendeur déclina la juridiction du tribunal de Mayence, par le double motif, que l'assignation donnée devant ce tribunal était une infraction à la règle: *actor sequitur forum rei*, et qu'il y avait d'ailleurs litispendance au tribunal d'Aschaffenburg, juge de son domicile.

Cependant, le tribunal de Mayence le débouta de son déclinatoire, et lui ordonna de plaider au fond.

Il interjeta appel du jugement, et pour en établir le mal jugé il dit:

L'art. 14 du C. N., est de stricte interprétation. par celà même qu'il contient une dérogation à la règle générale: *quod actor forum rei sequi debeat*.

Cet article permet de citer l'étranger, même non résidant en France, devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français; mais

de l'y traduire seulement pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers un français.

Ainsi, pour qu'un étranger puisse être cité devant un tribunal de France, il ne suffit pas qu'un français soit porteur d'un acte obligatoire passé à son profit par cet étranger; il faut encore que l'obligation ait été contractée en France; autrement, et si elle l'a été en pays étranger, l'étranger qui l'a contractée ne peut pas être cité devant les tribunaux de France; il peut seulement y être traduit, c'est-à-dire être forcé à comparaître devant les juges français, s'il est trouvé en France.

Dans l'espèce, l'obligation que l'appelant a contractée envers l'intimé n'a été passée ni en France, ni même au profit d'un français; car Mayence, lieu du domicile de l'intimé n'était pas encore réuni à la France; l'intimé n'était donc pas français: par conséquent l'art. 14 du C. N. est sans application dans l'espèce, et le serait lors même que l'obligation pourrait être considérée comme contractée envers un français, puisque dans cette hypothèse, ayant été contractée en pays étranger, l'appelant n'aurait pas pu être cité, mais seulement traduit devant un tribunal de France. Cependant l'assignation ne lui a pas été donnée en France, mais à domicile seulement; il n'a donc pas été traduit, mais cité devant le tribunal de Mayence.

Mais supposons qu'en thèse générale l'art. 14 du C. N. eût pu être appliqué à l'espèce sans en dénaturer l'esprit et lui donner un effet rétroactif, quoique le demandeur ne fût pas encore français à l'époque de la passation du contrat, toujours le tri-

bunal de Mayence aurait mal jugé en se déclarant compétent dans les circonstances particulières de la cause.

En effet, il s'entend de soi même que le français peut renoncer au bénéfice de cet article ; et il y renonce sans doute, lorsqu'au lieu de citer l'étranger devant un tribunal de France, il l'assigne devant le juge de son domicile. Or, c'est ce que l'intimé a fait ; il a, de son propre mouvement, ajourné l'appelant devant le tribunal d'Aschaffembourg. L'appelant a comparu devant ce tribunal et contesté au fond ; il y a par conséquent litispendance ; (car la demande est absolument la même) et cette litispendance s'oppose à ce que l'intimé puisse saisir un autre juge de la même affaire.

Ce raisonnement tout concluant qu'il paraisse n'a pas embarrassé l'intimé ; il a répondu :

Peu importe qu'il s'agisse d'une obligation antérieure au C. N., et que je n'aie pas encore été français au moment où l'obligation fut contractée par l'appelant ; l'art. 14 dudit code n'en doit pas moins être appliqué à l'espèce, sans que pour cela il reçoive un effet rétroactif.

Si cet article ne devait être appliqué qu'aux obligations postérieures au C. N., il serait rédigé autrement. Au lieu d'y lire : » l'étranger pourra » être cité devant les tribunaux français pour » l'exécution des obligations par lui contractées » envers un français, « ce qui s'applique naturellement au passé comme à l'avenir, on y lirait : pour l'exécution des obligations qui seront par lui contractées, ce qui exclurait le passé. Ainsi l'article est applicable aux obligations antérieures comme aux obligations postérieures à la publication du C. N.

D'ailleurs, l'article n'attaque pas les droits acquis aux parties au moment des contrats; il ne fait que déterminer la juridiction devant laquelle ces droits peuvent être exercés, et ne regarde que la procédure. Or, c'est un principe connu, que la compétence des tribunaux et la forme de procéder sont fixées par la loi sous l'empire de laquelle les actions s'exercent, et non par celle sous laquelle les contrats qui donnent lieu à l'action ont été faits; donc point d'effet rétroactif.

Il n'y a pas non plus effet rétroactif sous le rapport de ma qualité; il suffit que je sois maintenant français pour profiter du bénéfice de l'art. 14 du C. N.; l'on ne saurait, sans faire injure au législateur, supposer qu'il eût voulu traiter les nouveaux français moins favorablement que les anciens.

Je suis français; il s'agit d'une obligation contractée à mon profit par un étranger en pays étranger; par conséquent j'ai pu citer cet étranger devant un tribunal français.

C'est en vain que l'appelant veut subtiliser sur les mots *citer* et *traduire*, pour en induire que je n'aurais pu l'appeler devant un tribunal français qu'autant que je l'eusse trouvé en France, parcequ'il s'agit d'une obligation par lui contractée en pays étranger. Les mots *citer* et *traduire*, sont synonymes des mots *assigner*, *ajourner*; ils signifient tous: appeler quelqu'un en justice. Si le législateur s'est servi du mot *traduire*, c'est parcequ'il a voulu éviter la répétition du mot *citer*.

Quant à la litispendance qu'on m'oppose, elle ne mérite aucune considération; car il est un principe de droit public en France, attesté par les

arrêts de la cour de cassation, que les jugemens rendus en pays étranger entre un français et un étranger, ne peuvent être exécutés ni avoir aucun effet en France contre le français, et que celui-ci est autorisé à débattre de nouveau ses droits devant ses juges naturels (*). Le français doit avoir cette faculté aussi bien lorsqu'il a été demandeur que s'il avait été défendeur devant le juge étranger, par la raison que le motif politique qui ne permet pas que l'autorité de la chose jugée à l'étranger soit respectée par le Souverain de la France, existe dans les deux cas, et que les français qui peuvent avoir éprouvé des torts par un jugement étranger qu'ils ont provoqué, n'ont pas moins de droit à en attendre la réparation de sa justice, que ceux qui peuvent avoir soufferts quelque préjudice, en se défendant contre un attaque injuste.

Ainsi, comme un jugement rendu en pays étranger, et même passé en force de chose jugée, ne peut pas être un obstacle pour le français de saisir de nouveau un tribunal de France de la même contestation, la simple litispendance doit d'autant moins en être un.

Enfin, il s'agit d'une action hypothécaire dirigée sur des biens situés dans l'arrondissement de Mayence; d'après les principes généraux de la jurisprudence, cette action doit être portée devant le juge de la situation des immeubles. Le jugement que rendrait le tribunal d'Aschaffembourg ne pourrait pas affecter les biens qui me sont assignés en hypothèque par le billet de créance;

(*) Voyez : *Questions de droit de Mr. le Comte MERLIN. Art. Jugemens étrangers. SIREY, An XII. Decis. div. p. 80.*

car suivant l'art. 2123 du C. N., l'hypothèque ne peut résulter de jugemens rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclaré exécutoires par un tribunal français.

Il suit de là, que le tribunal de Mayence est sous tous les rapports compétent, et seul compétent pour connaître de mon action, et que son jugement doit être confirmé.

La cour n'a pas balancé à partager ce sentiment; en conséquence l'appel a été mis au néant avec amende et dépens.

Du 18 mars 1807. Plaid.^t MM. RUPPENTHAL et PAPÉ.

N.B. La cour a jugé de même par un arrêt du 24 août 1807, rendu entre le Comte d'Ingelheim et Joseph Friedberg, de Mayence. Le Comte s'est pourvu en cassation, mais son pourvoi a été rejeté par arrêt du 7 septembre 1808. Voyez *Sirey*. An 1808. p. 453.

FIN du premier Volume.

Faute à corriger.

Page 75, au lieu de lire le 8, lisez le 9 est le dernier jour utile etc.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

A.

Pages.

- A**COUÉREUR n'a pas besoin de faire inscrire son titre d'acquisition sur les registres des hypothèques, pour pouvoir l'opposer à des tiers. 94
 Voyez: (*Transcription.*)
- Acquiescement.** Voyez (*Appel. Arrêt. Jugement. Réserve.*)
- Acte d'appel** contenant simplement assignation pour comparaître dans le délai de la loi, est valable. 286
- Acte authentique** qui ne porte pas que les deniers ont été comptés et nombrés en présence du notaire, est soumis à l'art. 4 du décret impérial concernant les créances des juifs. 287
- écrit. Voyez (*Preuve testimoniale.*)
- d'élection de domicile avec charge de plaider devant un tribunal de commerce, ne tient pas lieu d'un pouvoir spécial. 14
- Action.** Voyez (*Rente.*)
- en recours. Voyez (*Délai. Endosseur. Lettre de change. Protêt.*)
- Affaire de commerce.** Voyez (*Appel. Délai.*)
- Appel d'un jugement interlocutoire**, signifié et exécuté, est recevable, malgré l'expiration du délai de trois mois, s'il a été interjeté conjointement avec l'appel du jugement définitif. 37
- signifié au domicile élu par un commandement à fin d'exécution est valable. 107
- signifié au domicile élu par un commandement, portant simplement que faute de satisfaire au jugement la partie y sera contrainte par les voies de droit, est nul. 114
- d'un jugement par défaut, rendu contre une partie qui n'avait pas d'avoué, n'est pas recevable avant la vente des meubles saisis. 118

- Appel interjeté contre un étranger**, doit être signifié au procureur général près la cour. 121
- d'un jugement d'homologation d'une délibération d'un conseil de famille, doit être signifié au procureur impérial, si le tribunal a changé ou modifié d'office les dispositions de la délibération. Voyez (*Notaire.*) 182
- du jugement qui ordonne l'année d'épreuve, en matière de divorce, n'est pas recevable. 257
- est recevable de la disposition concernant la pension de la femme, quoique prononcée par le même jugement. *Ib.*
- d'un jugement interlocutoire, pour l'exécution duquel on a demandé et obtenu un délai, n'est pas recevable avant le jugement définitif. 343
- Il en est de même de l'appel d'un jugement qui a ordonné que les témoins seront entendus à l'audience. Voyez (*Cassation. Valeur indéterminée.*) 343
- Arbitres** nommés à la suite d'un jugement rendu sur une contestation, relative à une société, portée devant un tribunal de commerce, ne sont pas à regarder comme des arbitres ordinaires. 212
- doivent se renfermer dans les attributions du trib. de commerce. *Ib.*
- Arrêt par défaut**, contre l'appelant, quoique rendu avant l'échéance du délai fixé par l'assignation, est valable, si l'appelant a excédé le délai légal, et si l'intimé l'a anticipé par un avenir signifié à avoué. 244
- Artiste, Artisan.** Les contrats de mariage de ceux qui ne travaillent qu'à fur et à mesure des commandes qu'ils reçoivent journellement, ne doivent être déposés aux greffes ni affichés aux tableaux. 180
- Assignation**, la nullité (d'une), pour comparaître à une enquête, est couverte par le silence devant le commissaire. Voyez (*Fonctionnaire révocable, Réserve.*) 195
- Aubergiste** réputé commerçant. 180
- Avantages** matrimoniaux sont réglés par la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté. 273

Aveu. Voyez (*Débiteur.*)

Avocats, avoués peuvent devenir cessionnaires de droits litigieux de la compétence d'un tribunal autre que celui près lequel ils exercent, quoique ressortissant à la même cour. Voyez (*Impression.*)

123

B.

BUREAU de paix. Voyez (*Fonctionnaire révocable. Serment.*)

C.

CASSATION. On n'a pas besoin de se pourvoir en cassation contre un jugement de juge de paix mal à propos qualifié en dernier ressort; on peut en appeler.

96

Cautionnement peut résulter, et quand, d'une recommandation ou d'un conseil.

351

— ne peut être étendu au-delà de son objet. V. (*Recommandation.*)

Ib.

Cession. Voyez (*Avocats. Avoués.*)

Commandement. Voyez (*Appel.*)

Commerçant. Voyez (*Artiste. Aubergiste.*)

Commerce. Voyez (*Arbitres. Trib. de commerce.*)

Communes. Voyez (*Rente.*)

Compétence. Voyez (*Arbitres. Etranger. Juge de paix. Trib. de commerce.*)

Conseil de famille. Sa composition est nulle si, au lieu de convoquer les parens d'une ligne, dans la distance de deux myriamètres, on y a appelé des alliés. Voyez (*Curateur*)

326

Contrat de mariage. Voyez (*Artiste. Artisan.*)

Convul. Voyez (*Mariage.*)

Coutumes. Leur existence peut être prouvée par témoins.

278

Créances de juif. V. (*Acte authentique. Débiteur.*)

Curateur à un militaire absent, pour exercer un droit successif, ne peut être nommé s'il ne conste pas, que le juge de paix ait préalablement écrit tant au militaire qu'au ministre de la guerre.

326

D.

DÉBITEUR d'un juif qui a itérativement reconnu la

- légitimité de la dette et renoncé au bénéfice du décret impérial, ne peut plus en exciper. 37
- Déchéance.** Voyez (*Jugement.*)
- Déclinatoire.** Voyez (*Fonctionnaire révocable.*)
- Dégradations.** Voyez (*Juge de paix.*)
- Degré de juridiction.** Voyez (*Garantie.*)
- Délai d'appel**, en matière de commerce, est-il le même pour les étrangers que pour les parties domiciliées en France? 14
- pour exercer le recours en garantie contre le tireur étranger d'une lettre de change signée à l'étranger et payable en France, est le même que celui dont jouit le porteur étranger pour l'exercice de la garantie contre les tireurs ou endosseurs français de lettres de change tirées de France et payables à l'étranger. 27
- pour l'action en recours exercée en France contre un endosseur français d'une lettre de change tirée, acceptée et protestée à l'étranger, est réglé par la loi française. 149
- fixé par l'art. 166 du C. de C., pour la poursuite en garantie des tireurs et endosseurs de lettres de change tirées de France et payables dans un état limitrophe, est applicable aux tireurs et endosseurs, résidans en France, de lettres de change tirées de l'étranger et payables à l'étranger. 16.
- pour signifier la requête d'opposition, à un jugement par défaut rendu contre une partie qui n'avait pas d'avoué, est susceptible d'être augmenté à raison des distances. 71. 75
- L'est-il tant à raison de l'aller que du retour? 16.
- Voyez (*Acte d'appel. Action en recours. Appel. Endosseur. Lettre de change. Mariage. Protêt.*)
- Délit** commis séparément et successivement par plusieurs personnes, mais d'un commun accord, donne lieu à une réparation civile solidaire. 279
- Voyez (*Intérêts.*)
- Dernier ressort.** Voyez (*Appel. Cassation. Valeur indéterminée.*)
- Divorce.** La femme demanderesse en divorce peut

quitter le domicile du mari , aussitôt après la remise de la requête entre les mains du président.

267

— Voyez (*Appel.*)

Domicile. Voyez (*Acte d'élection. Appel. Fonctionnaire révocable.*)

Dommages - intérêts ne peuvent être prononcés contre le notaire qui n'a pas indiqué la demeure des témoins dans un testament public.

233

— Voyez (*Délit. Tiers lésé.*)

Droits litigieux. Voyez (*Avocats. Avoués.*)

E.

Égout. Voyez (*Mitoyenneté. Servitude.*)

Election de domicile. Voyez (*Acte. Délai.*)

Endosseur d'une lettre de change , poursuivi par un endosseur précédent , peut opposer la déchéance encourue par le porteur , quoique le poursuivant ne l'ait pas opposé à celui-ci.

149

— qui , sur l'invitation du porteur , est entré en correspondance avec les autres endosseurs , et leur a fait des propositions d'arrangement , sur une lettre de change protestée à tard , n'a pas pour cela renoncé aux exceptions qu'il peut avoir contre l'action en garantie , dirigée ensuite contre lui.

Ib.

Enquête. Voyez (*Appel. Assignation. Jugement.*)

Etranger peut être cité devant les tribunaux de France pour des obligations contractées en pays étranger , quoique le demandeur ne soit devenu français que postérieurement au contrat.

362

— ne peut opposer la litispendance existant dans un tribunal étranger.

Ib.

— Voyez (*Acte. Appel. Délai. Garantie. Lettre de change.*)

F.

FACTUMS. Voyez (*Mémoires.*)

Faits doivent être pertinens , pour être admissibles dans une action de dol ou de simulation.

232

— Voyez (*Preuve testim. Simulation.*)

Femme. Voyez (*Divorce. Mariage. Renonciation.*)
Fin de non recevoir. Voyez (*Action en recours. Appel. Arrêt. Délai. Endosseur. Lettre de change. Protêt. Serment. Valeur indéterminée.*)

Fonctionnaire révocable, en matière personnelle, est valablement cité devant le bureau de paix et le tribunal du lieu de sa résidence actuelle, quoiqu'il l'ait changée depuis sa comparution au bureau de conciliation.

294

Force majeure. Voyez (*Possesseur.*)

Fossé. Voyez (*Mitoyenneté. Servitude.*)

Francfort. Voyez (*Action en recours. Délai. Endosseur. Lettre de change. Protêt.*)

G.

GARANTIE, l'action (en) peut être formée en instance d'appel seulement.

— Voyez (*Délai. Etranger. Lettre de change.*)

H.

HOMOLOGATION. Voyez (*Appel. Notaire.*)

I.

IMPENSES. Voyez (*Possesseur.*)

Impression. Voyez (*Mémoires.*)

Incident. Voyez (*Tribunal de commerce.*)

Inscription. Voyez (*Acquéreur. Vente.*)

Intérêts, des restitutions prononcées en matière de délit, sont dûs solidairement depuis l'époque où le délit a été commis.

279

Jugement arbitral a les caractères d'un vrai jugement, lors même qu'il ne fait qu'accorder des délais de paiement ou adjuger ce sur quoi les parties étaient d'accord.

65

— passé en force de chose jugée rend le décret impérial, sur les créances des Juifs, sans application.

Ib.

— d'un trib. de commerce, intervenu à la première audience, sur la comparution respective des parties, dont l'une est domiciliée dans le lieu du siège et l'autre à l'étranger, n'a pas besoin d'être signifié au domicile légal de l'étranger; il

- peut l'être au domicile élu antérieurement au jugement, encore que cette élection de domicile ne soit pas mentionnée sur le plumitif. 14
- par défaut doit être signifié à partie ou domicile, si l'avoué constitué par l'assignation ne s'est pas présenté ou n'a pas fait acte d'acceptation de sa constitution. 53
- prononçant l'extinction d'une dette et une radiation d'hypothèque, n'est pas censé exécuté, dans ce sens qu'il ne soit plus susceptible d'opposition, si le débiteur a fait rayer l'hypothèque sans y appeler le créancier défaillant. 55
- réputé contradictoire, s'il est intervenu sur des conclusions contradictoires prises au fond dans une des audiences précédentes, quoiqu'il ait été rendu des jugemens intermédiaires. 64
- Un pareil jugement doit être signifié à partie ou domicile, pour faire courir le délai d'appel. Ib.
- prononcé sous l'empire du C. de P., mais sur une assignation antérieure, doit être signifié à partie ou domicile, pour faire courir le délai d'une enquête. 308
- est nul, s'il est rendu avant l'expiration de la huitaine, en exécution d'un jugement précédent sujet à appel. 195
- Cette nullité est couverte par la partie qui a plaidé, sans protestation ou réserve, contre le jugement précédent. Ib.
- interlocutoire. (
- préparatoire. (Voyez (Appel.)
- par défaut. (
- définitif. Voyez (Acte d'élection de domicile.)
- Juge de paix, n'est pas compétent pour prononcer sur les dégradations alléguées par le nu propriétaire contre l'usufruitier, quoiqu'il le soit entre le propriétaire et le fermier. 96
- Voyez (Serment.)
- Juif. Voyez (Acte authentique. Débiteur. Jugement arbitral.)

L.

LECTURE. Voyez (Testament.)

Légataire. Voyez (Serment.)

- Lettre de change.** Le tireur (d'une) peut-il prouver contre le porteur qu'il a fait provision, quoique le contraire résulte du protêt? 27
- tirée hors de Francfort, et acceptée avant l'échéance par un étranger, doit être protestée le jour même de l'échéance, si le tireur ou l'accepteur n'est pas présent, ou si le négociant de Francfort à qui la lettre est adressée refuse de l'accepter. 149
- Voyez (*Délai. Etranger. Garantie.*)
- Litispendance.** Voyez (*Etranger.*)

M.

- MANDATAIRE.** Voyez (*Tiers lésé.*)
- Marchand.** Voyez (*Cautionnement. Recommandation.*)
- Mariage déclaré nul par le juge,** la femme n'en peut contracter un nouveau que dix mois après le jugement. 148
- avec une femme dont les parties génitales sont tellement difformes qu'elle s'opposent absolument à l'union des sexes est nul. 161
- Cette nullité est radicale et ne se couvre pas par la cohabitation. 16.
- Mari.** Voyez (*Renonciation.*)
- Mémoires signés d'un avocat ou avoué** peuvent être imprimés sans permission préalable. 91
- signés d'un simple particulier, même dans sa propre cause, sont sujets à la déclaration préalable. 16.
- Mention.** Voyez (*Testament.*)
- Militaire.** Voyez (*Conseil de famille. Curateur.*)
- Mineurs.** Voyez (*Appel. Notaire.*)
- Mitoyenneté** (la non) d'un fossé peut être prouvée par témoins, quoiqu'il n'existe ni marque ni titre qui l'annoncent. 289

N.

- NOTAIRE** désigné par le conseil de famille pour vendre des immeubles appartenant à des mineurs, ne peut pas être remplacé par un juge, sans que le tribunal en indique les motifs. 182

Notaire. Voyez (*Artiste. Dommages-intérêts. Testament.*)

Nullités. Voyez (*Acquiescement. Assignation. Conseil de famille. Dommages-intérêts. Jugement. Mariage. Testament public.*)

O.

OPPOSITION à un jugement par défaut ordonnant la radiation d'une hypothèque recevable après cette radiation. 55

— à un acte d'exécution n'est pas censée faite au jugement même. 71

— extrajudiciaire non suivie d'une requête, dans la huitaine, fait passer l'arrêt par défaut en force de chose jugée, quoiqu'il ne soit pas encore réputé exécuté. 77

— Voyez (*Requête.*)

P.

PASSAGE. Voyez (*Servitude.*)

Possesseur évincé, même de bonne foi, n'obtient le remboursement des impenses utiles, qu'autant qu'elles existent encore et ont augmenté la valeur du fond. 336

— doit être indemnisé de celles qui étaient nécessaires pour la conservation de la chose, quoiqu'elles n'existent plus. Ib.

Preuve testimoniale admissible contre un acte écrit, s'il résulte de l'aveu des parties que les choses se sont passées autrement qu'il est dit dans l'acte. 131

— admissible pour établir la simulation d'un acte authentique. 218

— Voyez (*Jugement. Mitoyenneté. Rente.*)

Procuration pour plaider. Voyez (*Acte d'élection de domicile. Délai.*)

Procureur impérial. Voyez (*Appel. Notaire.*)

Protêt, son mérite doit être jugé d'après la loi du lieu où il est fait. 148

— Voyez (*Action en recours. Délai. Lettre de change.*)

Provision. Voyez (*Lettre de change.*)

Q.

QUESTION d'état. Voyez (*Trib. de commerce.*)

R.

- RECOMMANDANT**, les démarches seules qu'il fait près du recommandé, pour l'engager ou le faire contraindre au paiement, ne sont pas une reconnaissance tacite de son obligation personnelle envers celui qui a fait crédit sur la recommandation. 351
- Recommandations**, différence de leurs effets dans les affaires civiles et de commerce. 352
- Remarques** sur les jugemens et arrêts par défaut. 48
- Remboursement d'impenses.** Voyez (*Possesseur.*)
- Renonciation** au bénéfice du decret imp., concernant les créances des juifs, faite par le mari, peut-être opposée à la femme co-débitrice. 37
- Rente**, pour être admis à en prouver la féodalité par témoins, il faut articuler les faits dont on entend la faire dériver. 309
- peut-être demandée contre une commune en masse. 312
- Réparation civile.** Voyez (*Délit. Intérêts.*)
- Requête** d'opposition peut être signifiée à partie ou domicile, si le jugement par défaut a été rendu contre une partie qui n'avait pas d'avoué. 55
- Voyez (*Mémoires.*)
- Réserves** en fait de nullités. 201
- Résidence.** Voyez (*Fonctionnaire révocable.*)

S.

- SÉPARATION d'habitation.** Voyez (*Appel. Divorce.*)
- Serment.** Le légataire n'est pas tenu de prêter serment qu'il a promis au testateur de se contenter de l'usufruit viager de la chose léguée, si le testament lui en donne la propriété, et s'il n'existe pas d'indices de dol contre lui. 81
- *litisdécisoire* refusé au bureau de paix, peut encore être prêté devant le tribunal. 95
- Serment** prêté en exécution d'un jugement en pré-

- sence, et sans protestation ni réserve de la partie adverse, rend l'appel de celle-ci non recevable. 244
- prêté, avant l'expiration de la huitaine, en vertu d'un jugement sujet à appel, n'est pas une fin de non recevoir. Ib.
- Servitude** de passer avec voiture et bestiaux ne renferme pas nécessairement le droit de passer à pied sans voiture et bestiaux. 196
- l'égout d'un bâtiment qui est tombé dans un fossé dont la destination n'était pas de recevoir ces eaux, n'empêche pas le propriétaire du fossé de le faire couvrir. 289
- Signification.** Voyez (*Acte d'élection de domicile. Appel. Délai.*)
- Simulation** peut être opposée par voie d'action par celui même qui a participé à l'acte. 218
- La partie qui a concouru à la simulation, au préjudice d'un tiers, commet un dol envers l'autre partie, si elle réclame l'exécution de l'acte passé à son profit. Ib.
- Voyez (*Preuve testimoniale.*)
- Société.** Voyez (*Arbitres. Trib. de commerce.*)
- Solidarité.** Voyez (*Délit. Intérêts.*)

T.

- TÉMOINS.** Voyez (*Domages-intérêts. Testament public.*)
- Testament** reçu par deux notaires, pour être valable, ne doit pas contenir la mention qu'il en a été donné lecture au testateur en présence du second notaire et des témoins; la mention de la présence des témoins suffit. 81
- *public*, ses formalités ne sont pas exclusivement réglées par le C. N.; il faut aussi observer celles prescrites par la loi générale sur le notariat. 233
- qui n'indique pas la demeure des témoins est nul. Ib.
- Tiers lésé** par le fait d'un mandataire n'a pas d'action contre lui. 314
- Tireur.** Voyez (*Lettre de change.*)

Transcription, c'est la loi en vigueur au moment où la vente est opposé à un tiers, et non celle qui a existée à l'époque de la vente qu'on doit consulter sur la nécessité de la transcription. 94

— Voyez (*Acquéreur.*)

Tribunaux de commerce incompétens pour connaître, même incidemment d'une question d'état. 206

— idem pour connaître de la validité d'un acte de commerce attaqué comme contraire à la loi et aux mœurs. 212

— idem pour prononcer sur la validité de la forme d'un acte de société. 217

— Voyez (*Preuve testimoniale.*)

U.

USUFRUITIER. Voyez (*Juge de paix.*)

V.

VALEUR indéterminée visiblement au-dessous de la somme appellable, ne s'oppose pas à la recevabilité de l'appel. 97

— peut être fixée par experts. 16.

Vente. Voyez (*Acquéreur. Transcription. Simulation. Preuve testimoniale.*)

— de biens de mineurs. Voyez (*Appel. Notaire.*)

Vice de conformation. Voyez (*Mariage.*)

FIN de la Table des matières.