

De l'Action publicienne en droit romain. De l'Autorité de la chose jugée en droit français / acte public pour le [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Dollinger, Ferdinand (18..-18.. ; docteur en droit). De l'Action publicienne en droit romain. De l'Autorité de la chose jugée en droit français / acte public pour le doctorat... par F. Dollinger,... ; Faculté de droit de Strasbourg.. 1858.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

ACTE PUBLIC POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉ

A LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG

PAR

F. DOLLINGER,

AVOCAT,

AUGENT DE DROIT FACULTA

et de

L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE



STRASBOURG,

TYPOGRAPHIE DE G. SILBERMANN, PLACE SAINT-THOMAS, 3

1858.

FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG.

**DE L'ACTION PUBLICIENNE
EN DROIT ROMAIN.**

**DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE
EN DROIT FRANÇAIS.**

**ACTE PUBLIC
POUR LE DOCTORAT.**

PRÉSENTÉ ET SOUTENU

Le Samedi, 27 Février 1858, à midi :

PAR

F. DOLLINGER,

AVOCAT.

Lauréat de la Faculté de droit de Strasbourg et de l'Académie de législation de Toulouse



STRASBOURG,

TYPOGRAPHIE DE G. SILBERMANN, PLACE SAINT-THOMAS, 3.

1858.

I

67
33866

S 159046

©

A MONSIEUR DRION,

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL DE SCHLESTADT.

Hommage

de mon profond et respectueux dévouement

J. Dollinger.

COMMISSION D'EXAMEN.



Président : M. LAMACHE, professeur.

MM. DESTRAIS, professeur.

Suffragants :

AUBRY, doyen.

HEPP, professeur.

LEBERLIN, suppléant provisoire.



*La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières au candidat.*

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE L'ACTION PUBLICIENNE.

INTRODUCTION.	3
CHAPITRE PREMIER. — De la nature et de l'usage de l'action Publicienne.	
§ 1 ^{er} . — <i>Notions générales.</i>	
I. Préliminaire :	7
II. Du préteur <i>Publicius</i>	11
III. De l'édit du préteur.	12
§ 2. — <i>De la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire, au point de vue de l'action Publicienne.</i>	
I. De la formation du démembrement connu sous le nom de <i>dominium bonitarium</i>	17
II. Du caractère de la propriété bonitaire et de l'action qui s'y rapporte.	25
§ 3. — <i>Des divers usages de l'action.</i>	
I. Première période : Époque classique	37
II. Deuxième période : Époque gréco-romaine	42
III. Troisième période : Époque française	44
CHAPITRE II. — Des conditions requises pour exercer l'action.	
§ 1 ^{er} . — <i>Notions générales</i>	50
§ 2. — <i>Du juste titre.</i>	
I. Définitions et division du sujet	54
II. Des justes titres indépendants de la tradition	55
III. Des justes titres exigeant la tradition	63
IV. Du titre putatif	78
§ 3. — <i>De la bonne foi.</i>	
I. Définitions et notions générales	80
II. Des personnes chez qui la bonne foi doit exister	82
III. De l'époque requise dans l'existence de la bonne foi	85
§ 4. — <i>De la qualité de l'objet.</i>	
I. Généralités	90
II. Des choses corporelles	91
III. Des choses incorporelles	95

CHAPITRE III. — Des personnes qui peuvent figurer active- ment et passivement dans la contestation.	103
§ 1 ^{er} . — <i>A qui compete la Publicienne.</i>	103
§ 2. — <i>Contre qui est donnée la Publicienne.</i>	
I. Généralités.	101
II. Des cas où l'action est donnée efficacement contre le propriétaire.	105
III. Du débat soulevé par la Publicienne entre deux pos- sessants.	113
CHAPITRE IV. — De la procédure et des effets de l'action.	
§ 1 ^{er} . — <i>De la procédure de la Publicienne.</i>	
I. Système formulaire.	119
II. Système extraordinaire sous Justinien.	123
§ 2. — <i>Des effets de la Publicienne.</i>	
I. Préliminaires.	124
II. De la restitution de la chose litigieuse.	125
III. De la restitution des fruits et accessoires.	126
IV. De la perte, des détériorations et des augmentations de la chose.	128

DROIT FRANÇAIS.

DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN MATIÈRE CIVILE.

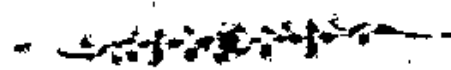
INTRODUCTION.	136
CHAPITRE PREMIER. — Définitions et notions générales	140
CHAPITRE II. — Des éléments de la chose jugée.	
§ 1 ^{er} . — <i>Préliminaires.</i>	141
§ 2. — <i>De l'identité des parties.</i>	
I. Généralités.	145
II. Du cas où la personne figure comme partie principale dans les deux instances.	146
III. Du cas où la personne figure dans une instance comme ayant-cause.	152
IV. Du cas où la personne figure dans une instance comme co-intéressé.	172
V. Du cas où la personne figure dans une instance par l'entremise d'un mandataire légal ou conventionnel.	188
§ 3. — <i>De l'identité d'objet.</i>	
I. Généralités.	193
II. Spécialités.	202
§ 4. — <i>De l'identité de cause.</i>	
I. Notions générales. De ce qu'on appelle à Rome <i>ex- press-a causa</i> .	213

	Pages
II. De la distinction entre la <i>causa proxima</i> et la <i>causa remota</i>	216
III. De la maxime <i>electa una via, non datur regressus ad alteram</i>	230
CHAPITRE III. — De la procédure de la chose jugée.	
§ 1 ^{er} . — Des décisions qui produisent la chose jugée.	
I. Ce qui a force de chose jugée dans une décision	235
II. Des différentes espèces de décisions judiciaires	236
§ 2. — De la manière de formuler en justice la chose jugée	
I. Aperçu historique	251
II. Comment on propose la chose jugée	255
III. Comment on repousse la chose jugée	259
§ 3. — De la rétractation et de la réformation de la chose jugée.	
I. Principe de la matière	267
II. De la rétractation par le tribunal qui a rendu le jugement	270
III. De la réformation par une autorité différente ou supérieure	282
CHAPITRE IV. — Du caractère et des effets de la chose jugée.	
§ 1 ^{er} . — Généralités	293
§ 2. — Des effets de la chose jugée entre les parties.	
I. De l'irrevocabilité et de l'indivisibilité	299
II. De l'autorité probante	300
III. De l'obligation qui naît de la chose jugée	304
§ 3. — De l'étendue, quant aux personnes, des effets de la chose jugée.	
I. Principes	311
II. De la chose jugée en matière de filiation, et de la théorie du <i>légitime contradicteur</i>	315
III. De la chose jugée relativement à la qualité d'héritier.	325
APPENDICE	
§ 1 ^{er} . — De l'influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile.	
I. Notions historiques	335
II. Principes généraux et controverses	337
III. Spécialités	348
IV. De l'influence des actes d'instruction criminelle	357
§ 2. — De l'autorité de la chose jugée à l'étranger.	
I. Principes de droit international sur la matière	359
II. Aperçu historique de la législation française	361
III. Système du Droit français actuel.	364
PROPOSITIONS	375



ERRATAS.

Pages.	Au lieu de :	Lies :
5, ligne dernière;	lui,	elle,
10, ligne 10;	ait,	ait.
12, ligne 22;	Pobliciano,	Pobliciana.
19, not., col. 1, lig 7, entem.;	eussent,	eût,
21, ligne 49;	des,	les.
31, ligne 16;	succession,	possession,
103, ligne 8;	qu'il y a de justeraison,	qu'il y a juste raison.
109, notes, col. 1, ligne 18;	Προβλεπόμεν,	Προβλεπόμεν.
155, ligne 13;	rétablie,	étalée,
155, notes, col. 2, ligne 3;	23 décembre,	23 décembre,
160, ligne 9;	tera,	sera.
212, ligne 6;	paiement,	non-paiement,
214, notes, col. 1, ligne 2;	encore,	presque.
240, ligne 7;	qui ne se retrouve,	qui se retrouve,
243, ligne 2;	n'ont,	n'a.
301, ligne 14, en rem.;	annule,	annula.
305, ligne 7, en rem.;	ses,	ces.
337, ligne 8, en rem.;	civiles,	civils.
338, ligne 12;	ne puisse,	peut.
340, notes, col. 1, ligne 6;	Fr.,	Fr.
366, notes, col. 1, ligne 13;	juillet 1812,	juillet 1810.



DROIT ROMAIN.

DE
L'ACTION PUBLICIENNE.

*. . . . Jus honorarium circa vox est juris
civilis.*

(MARCEN . L. 8. D. De just. et jure.)

INTRODUCTION.

La matière faisant l'objet de l'étude qui va suivre, nous offre une des créations les plus curieuses et les plus hardies du pouvoir législatif que les préteurs s'étaient arrogé à Rome. Si pendant longtemps les rites religieux et civils, sur lesquels ses lois avaient assis la garantie de la propriété, exercèrent leur influence souveraine sur le peuple ignorant et grossier, comme l'est tout peuple dans son enfance, il devait nécessairement, et suivant la loi générale de progression qui régit ici-bas toutes les choses humaines, arriver une époque où cette nature, rompant avec le passé et brisant ce cercle tout matériel qui s'op-

pose à l'extension des idées et des principes, chercherait à introduire dans sa législation des règles plus en harmonie avec sa nouvelle condition. Et quand on songe que son antique droit civil, avec sa prudence tyrannique, son matérialisme construit à plaisir, était étroitement lié à la constitution de l'État; quand on songe que, esclave de la lettre et en même temps si rebelle à l'esprit, il avait pourtant la prétention de pourvoir à tout, et n'avait pas l'intelligence des plus simples garanties de la bonne foi, on est étonné de la marche simple qui fut suivie pour arriver à l'améliorer.

Mais la vénération pour le passé, qui était traditionnelle à Rome, et qui se concilia si longtemps avec les plus grandes innovations politiques et sociales, indiquait à l'avance la voie des améliorations lentes et successives; c'était d'ailleurs un moyen qui évitait l'intervention du pouvoir législatif, toujours plus jaloux de sa prérogative et plus radical dans ses décrets, et qui transportait toute la faculté novatrice dans les mains des magistrats, des préteurs. Le droit d'interpréter fut pour eux l'occasion de cet empiétement : l'équité le couvrit de son voile. Elle revendiqua donc sa part d'influence, non comme une souveraine qui veut déposséder un usurpateur, mais comme une compagne qui, sous des dehors timides et réservés, cache adroitement ses vues dominatrices; sous prétexte d'interpréter la loi écrite, le préteur en altéra peu à peu la rigueur, par des innovations plus ou moins hardies, plus ou moins détournées, mais toujours empreintes des témoignages de respect pour le droit sacré, le droit primordial de la cité. Et si d'un côté l'on disait : *Jus prætorium est, quod Prætores introduxerunt, adjurandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilita-*

tem publicam (a), de l'autre aussi l'on ajoutait : *Prætor juris civilis custos esto* (b); montrant par là que le magistrat ne devait user de son pouvoir qu'à la condition de ne jamais perdre de vue qu'il n'était que l'organe et l'auxiliaire de la loi, et que ses créations, pour en demeurer indépendantes, devaient toujours en reproduire l'image, en emprunter le ton (c).

De nos jours, où n'attendant plus rien du passé, on s'habitue à ne chercher le bien-être que dans l'avenir, cet attachement constant aux anciennes lois, et qui s'alliait si mal à la subtilité des expédients employés à les modifier, a trouvé plus d'un ironique détracteur; les uns (d), oubliant la considération dont était entourée cette magistrature à Rome, et méconnaissant la valeur de tous les monuments juridiques qu'elle nous a légués et dont la plupart ne seraient pas indignes des éloges de la plus pure morale, ont souvent accusé les préteurs d'avoir outrepassé leurs pouvoirs, et ont cru trouver, dans je ne sais quels sénatus-consultes apocryphes, la preuve qu'à Rome on avait eu plus d'une fois à réprimer leurs écarts. D'autres ont trouvé ridicules et indignes du caractère d'un grand peuple les subterfuges dont ils enveloppaient leur initiative en législation.

Nous n'entrerons pas ici dans cette lice pour nous faire le champion d'une nation dont la langue même a disparu; mais il nous semble que ce respect religieux pour les lois, respect allant presque jusqu'à l'adoration, a quelque chose d'admirable, et dénote chez lui un profond amour pour

(a) L. 7, § 1, D. *De just. et jure*.

(b) Cicéron, *De legib.*, III, 3.

(c) Voy. la devise en tête de ce travail.

(d) Notamment: Heineccius, *Hist.*

jur. rom., §§ 69-74, qui cite un sénatus-consulte de l'an 585 de Rome, comme ayant défendu aux préteurs de changer leurs édits pendant le cours de leur magistrature.

ses institutions politiques et sociales; et l'on pourrait peut-être y trouver le secret de ses grandes destinées; en tous cas, il rachète bien des imperfections, et doit trouver grâce devant le jugement sévère de l'histoire. Et si nous voulions nous permettre une comparaison avec l'esprit novateur de notre époque, en matière de législation, serions-nous sûrs de sortir triomphants de ce parallèle? — « Il y a grand « doute » disait un de nos vieux moralistes (e), dans son langage si naïvement expressif, « s'il se peut trouver si évident prouffit au changement d'une loi receuë, telle qu'elle « soit, qu'il y a de mal à la remuer » ; car, s'il est facile de calculer en théorie les avantages qu'une institution nouvelle pourra nous offrir, l'est-il toujours de connaître les inconvénients que la pratique seule peut découvrir; et la correction d'une imperfection n'a-t-elle pas souvent plus de danger que le maintien même de cette imperfection?...

(e) Montaigne, *Essais*, l. I, ch. 22.



CHAPITRE PREMIER.

De la nature et de l'usage de l'action Publicienne.

§ 1^{er}. *Notions générales.*

I. PRÉLIMINAIRES. — Celui qui veut faire reconnaître en justice un droit de propriété sur une chose, n'a pas seulement à établir la légitimité du mode d'acquisition qui doit lui procurer une jouissance stable et efficace, il doit encore prouver que la personne dont il a reçu la chose, avait un droit au moins égal à celui qu'il réclame lui-même; et cette seconde preuve ne peut être faite qu'au moyen de ces mêmes éléments, de sorte qu'il se trouverait encore obligé de répéter pour son auteur et pour les auteurs de son auteur la même série de justifications qu'il a dû produire pour lui-même, et de faire ainsi un examen rétrospectif du droit de tous ses prédécesseurs, jusqu'à ce qu'il en trouvât un dont le mode d'acquisition originaire ne mit plus dans la nécessité de faire dériver le droit de propriété de celui d'une autre personne.

Cette succession indéfinie de preuves, qu'un auteur allemand a qualifiée avec raison de *diabolique* (1), aurait rendu la revendication à peu près impossible dans son exercice pratique, tout en laissant planer une incertitude perpétuelle sur le droit du propriétaire en possession, continuellement menacé d'une éviction à laquelle il n'aurait peut-être que n'opposer qu'une défense moins complète que ne l'exigeait la prétention de l'agresseur. Mais de bonne heure le droit civil lui-même, la loi des Douze-Tables (2), avait institué un mode spécial d'acquisition capable de combler les lacunes que pouvait présenter la preuve de la propriété, et de mettre pour toujours le possesseur à l'abri d'une revendication hasardée ou de mauvaise foi : au moyen de l'*usucapion*, un laps de temps, même très-court (3), pourra couvrir les vices d'une acquisition im-

(1) *Probatio diabolica, diabolischer Beweis* (Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, § 332, 1).

(2) Table VI.

(3) Ulpien (*Reg.*, XIX, 8) et Gaius (*Inst.*, II, 42) nous apprennent qu'il était fixé à un an pour les meubles et à deux ans pour les immeubles.

parfaite, soit à raison de l'absence de certaines solennités, soit à raison de l'incapacité de transmettre qui frappait un des précédents détenteurs de la chose. Enfin la revendication elle-même recevra par là un important allègement dans la preuve, puisqu'il suffira de remonter, dans la série des preuves à fournir, à une époque assez éloignée, pour que l'usucapion ait eu le temps de valider une transmission irrégulière antérieurement accomplie (4).

Cependant ce n'était point encore assez; car les nombreuses conditions auxquelles l'efficacité de l'usucapion se trouve subordonnée, en rendent toujours l'usage incommode; et, outre qu'elle reste inapplicable à une foule de choses, comme elle exige l'accomplissement d'un certain laps de temps, elle ne peut plus servir à celui qui est obligé de revendiquer avant cette époque. C'est ici que le droit prétorien viendra alors interposer son autorité novatrice; deux moyens seront imaginés pour faire disparaître les imperfections que présente encore sur ce point la législation civile; savoir :

1° *Les interdits relatifs à la conservation (retinendæ possessionis causa) et au recouvrement de la possession (recuperandæ possessionis causa);* c'est-à-dire les interdits *Uti possidetis* et *Utrubi* pour la première catégorie, *Unde vi*, *De clandestina* et *De precario* pour la seconde. On évite de cette manière la contestation sur la question de propriété, et la nécessité d'invoquer une usucapion à laquelle se refuse peut-être la nature de la chose, objet du procès; la possession est laissée en définitive à celle des deux parties litigantes dont le droit est relativement supérieur; le vainqueur est alors dispensé de toute preuve, et peut attendre en sécurité l'initiative de son adversaire(5). Cette idée est parfaitement traduite dans le passage suivant des Institutes de Justinien : *Commodum autem possidendi in eo est quod etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam rem esse probare, remanet suo loco possessio*(6). Bien plus, le plaideur qui s'est témérairement engagé dans une instance sur la question de propriété, peut revenir sur ses pas, et placer le débat sur le terrain de la possession, en obtenant du préteur, selon les cas, l'un ou l'autre des interdits

(4) L. 1, D. De usurp. et usucap.

(6) § 4, Inst. De interd.

(5) L. 24, D. De rei vindic.

ci-dessus énumérés, parce qu'il n'est point censé y avoir renoncé, en agissant par la revendication(7).

2° *L'action Publicienne.* Le préteur ne veut plus ici supplanter l'usucapion elle-même, mais offrir un expédient capable d'en faciliter l'usage, d'en généraliser l'application. Il n'aurait pu la rendre applicable aux choses qui jusqu'à présent en avaient été exclues; c'eût été heurter le droit civil trop de front; une seule condition était susceptible d'amendement, c'était le temps nécessaire à l'accomplissement de l'usucapion, et il en fit la remise. — Par cette action, celui qui remplit d'ailleurs toutes les autres conditions de l'usucapion, peut revendiquer contre tout agresseur qui ne peut exciper d'un droit au moins égal, la chose dont il a perdu ou a juste crainte de perdre la possession, avant d'en avoir acquis la propriété. Ainsi, la seule circonstance que l'on est en train d'usucaper paraît aux yeux du préteur assez digne d'intérêt, pour qu'il couvre de sa protection ce qui n'est en réalité qu'une présomption en faveur du droit de propriété. L'action Publicienne n'est donc, à vrai dire, qu'une revendication prétorienne, mais une revendication privilégiée; et on peut en conséquence la définir: *une action réelle, prétorienne et arbitraire, qui dure trente ans, comme les actions civiles sur lesquelles elle est calquée, se donne activement aux héritiers et passivement contre tout détenteur de la chose revendiquée*(8).

Mais puisque le propriétaire lui-même a intérêt à invoquer l'u-

(7) L. 12, § 1, D. *De acq. vel amitt. poss.*; L. 18, § 1, D. *De vi*. — Il n'en saurait être de même aujourd'hui (voy. l'art. 25 du Code de proc. et la Dissertation française, ch. II, § 3, n° 11, 2, 1°).

(8) On pourrait se demander à ce propos en quoi et jusqu'à quel point cette action diffère du remède précédemment indiqué, des interdits *recuperanda possessionis*, puisqu'elle ne vise qu'à recouvrer une possession et non pas une propriété complète, et, par suite, quel intérêt il y aurait pour le demandeur à recourir à une voie qui l'oblige à justifier de conditions à peu de chose près aussi rigoureuses que pour l'usucapion; tandis qu'avec

la ressource des interdits, il lui suffit d'établir que sa possession est exempte de violence, de clandestinité ou de précarité à l'égard de son adversaire (Gaius, *Inst.*, IV, 154 et 155), exigence qui n'existe plus même sous Justinien (§ 6, *Inst. De interd.*). — La réponse est bien simple, et se tire de ce qui a déjà été exposé plus haut. L'interdit, procédure restreinte entre deux personnes (§ 1, *ibid.*), ne se donne que contre l'auteur de la violence, de la clandestinité et de la précarité, ou contre les personnes soumises à sa puissance (L. 1, §§ 41 et suiv., D. *De vi*, et L. 4, § 2, D. *De prec.*); et la possession qu'il exige de la part du demandeur peut être vi-

sucapion, lorsqu'il ne veut ou ne peut remonter, dans la série des preuves des acquisitions de tous ses prédécesseurs, à celle qui dériverait d'un titre originaire, et à abdiquer ainsi les droits attachés à sa qualité, pour n'accepter que ceux qui sont la ressource du possesseur de bonne foi, il est naturel d'admettre que l'action Publicienne, compétant à ce dernier, doit aussi appartenir au propriétaire auquel l'usucapion ne fait pas de défaut (9).

On a pourtant nié que cette action fût susceptible d'une semblable extension, en s'appuyant principalement sur un passage du Digeste où Ulpien dit : *Merito prætor ait NUNDUM USUCAPTUM; nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam* (10). Mais c'est là, ce nous semble, forcer singulièrement le sens de ces dernières expressions; la loi porte : *nec desiderat*, et non point *nec habet honorariam*; le propriétaire peut n'avoir pas besoin de la Publicienne, s'il est en état de fournir sa preuve; mais elle ne lui est pas refusée, s'il trouve quelque avantage à en user. Du reste, il n'est question là que du propriétaire, et nous venons de voir que ce n'est jamais en cette qualité qu'il réclame, mais comme jouissant d'un droit moins parfait (*nundum usucaptum*), et qui lui suffit au surplus pour triompher de son adversaire (11). D'ailleurs, la réunion dans une même main de la revendication et de l'action Publicienne n'a rien qui doive étonner; l'étude du Droit romain nous offre encore d'autres exemples analogues, dans lesquels le secours prétorien vient renforcer la protection du droit civil; comme en matière de succession *ab intestat*, où l'héritier du

ciense par rapport à d'autres personnes (§ 4, Inst. De interd.).

L'action Publicienne, au contraire, se donne contre tout détenteur actuel, même s'il est étranger aux faits de violence, de clandestinité et de précarité; pour l'individu en train d'usucaper, elle est la seule marche utile à suivre, puisqu'elle n'ajoute rien d'ailleurs à l'ensemble des conditions exigées dans l'usucapion. A celui qui ne peut usucaper, l'interdit suffira toujours; mais la possession qu'il lui procurera, ne lui ouvrira aucune voie à l'usucapion.

(9) Glück, *Erläuterung der Pandekten*, § 599; Dabelow, *Pandekten*, § 4553.

(10) L. 4, § 1, D. De Publiciana in rem actione (VI, 2).

(11) Voyez, dans le sens de notre opinion, outre les autorités citées note 9: Thibaut, *System des P. R.*, § 571; Reinold, *De edicto public.*, ch. II, § 2; Pochta, *Cursus der Institutionen*, § 233; Vangerow, *op. cit.*, § 355, 1; Pellat, *Exp. des principes génér. du droit romain sur la propriété et l'usufruit*; sur la loi 4, D. De Public.

droit civil a la faculté de réclamer, s'il le juge à propos, la possession de biens prétorienne (12). Ajoutons encore que le propriétaire peut même aller plus loin, et se faire donner par le préteur cumulativement les deux actions, s'il craint de ne pouvoir justifier du temps requis pour l'usucapion (13).

II. DU PRÉTEUR *PUBLICIUS*. — La qualification de *Publicienne* qui a été donnée à notre action, lui vient d'un préteur *Publicius*, qui, le premier, l'a introduite dans l'édit; mais on est loin de s'accorder sur l'époque où il a vécu. L'opinion la plus répandue le fait vivre au temps de Cicéron, qui semble y faire lui-même allusion dans le passage suivant : *Nuper hominem tenuem, scribam ædilitium, D. Matrinius quem defendissem apud M. Junium, Q. PUBLICIUM, prætores, et M. Plætorium, C. Flaminium, ædiles curules; persuasi ut scribam jurati legerent eum, quem iidem isti censores ærarium reliquissent* (14). Celui dont il est ici question était préteur avec ce M. Junius, vers l'an 685 de Rome. — On a encore insinué avec quelque vraisemblance que ce préteur ne pouvait être autre que *Publicius Gellius*, que Pomponius compte parmi les disciples de *Servius Sulpicius* (15).

Au contraire, Heineccius (16) et Pothier (17) le placent à une époque beaucoup plus ancienne, environ vers l'an 593; croyant trouver une application de la *Publicienne* dans une scène du *Phormion* de Térence, ainsi conçue (18) :

CRATINUS.

*Ego quæ in rem tuam sint, ea velim facias; mihi
Sic hoc videtur : quod te absente hic filius
Egit, restitui in integrum, æquum ac bonum est,
Et id impetrabis.*

HEGIO.

*Ego sedulo hunc dixisse credo,
Nihil non videtur, quod sit factum legibus
Rescindi posse, et turpe inceptu est.*

(12) § 1, Inst. De bon. poss.; L. 3, D. Unde legit, etc.

(13) L. 1, § 1, D. Quot legat.

(14) Pro Cluent., c. 45.

(15) L. 2, § 44, D. De orig. jur.

(16) Antiq. rom. jurispr. illustr. syntag., l. IV, t. 6, § 28.

(17) Pandect., ad hunc tit., l. 1, note 1^{re}.

(18) *Phormion*, acte II, sc. 1.

Mais cette idée n'est pas soutenable; car un examen plus attentif de l'intrigue imaginée par le comique suffira pour convaincre qu'il s'agit là d'un mariage qu'on veut rescinder pour cause d'absence; et lors même que, dans cette hypothèse, on voudrait appliquer l'action rescisoire dont parle le § 5, *Inst. De action.*, ce qui serait fort hasardé, il resterait encore à prouver que cette action, qualifiée de *Publicienne* par un seul texte, est de même origine que la *Publicienne* réelle dont nous nous occupons ici, ce qui serait encore bien plus hasardé; nous essaierons plus tard de démontrer qu'il n'en est rien, et que l'action appelée par quelques auteurs *Publicienne rescisoire*, par d'autres *Contre-Publicienne*, n'est en réalité qu'une simple *restitutio in integrum*, spécialisée dans l'hypothèse offrant précisément des fictions inverses de celles qui ont servi de point de départ à la seule et véritable *Publicienne* des jurisconsultes romains (19).

Nous ne mentionnerons que pour mémoire plusieurs autres opinions, toujours les unes plus invraisemblables que les autres, et qui tendraient à attribuer la création de l'action à un certain *M. Publicius Malleolus*, ou à *L. Publicius Malleolus*, qui furent tous deux préteurs urbains: celui-ci en 516, celui-là en 519 de Rome (20), ou encore à *Publius Philo* (21); ce qui obligerait à lire, dans le sens de la première opinion, *actio Pobjiciano*; dans le sens de la seconde, *actio Publiliana*; mais, comme il ne règne aucune incertitude sur la leçon reçue, il faut nécessairement écarter toutes ces conjectures, qui n'ont plus même de textes à invoquer en leur faveur.

III. DE L'ÉDIT DU PRÉTEUR. — Il nous reste à parler de l'édit du préteur. D'après la loi 1, *D. De Public.*, il serait ainsi formulé :

Si quis id quod traditur ex justa causa, non a domino, et nundum usucaptum petet, judicium dabo.

Mais il est hors de doute aujourd'hui, et tous les auteurs conviennent que ce texte ne nous retrace pas fidèlement les termes de l'édit, tels qu'ils devaient être vraisemblablement, d'après les

(19) V. L. 33, *D. De oblig. et act.*, et ci-dessus, ch. III, § 2, II, 5^e cas. (21) J. Richey, *Vindic. prat. rom. et jur. honor.*, § 16.

(20) Reinold, *De edict. publ.*, ch. I, § 4.

données que nous possédons sur le caractère de l'action dont il est le générateur. Ce qui le prouve, c'est qu'Ulpien, en ayant l'air de commenter plus loin cet édit, parle de la condition de bonne foi (*qui bona fide emit*, dit-il) (22), dont pourtant aucune trace ne se retrouve dans la loi 1. Cette lacune, qui n'a échappé à aucun commentateur, a été pour eux un trait de lumière, en leur dévoilant les mutilations probables que la plume de Tribonien a dû faire subir au texte d'Ulpien d'où ce passage est tiré. Aussi tous se sont-ils à l'envi occupés à reconstruire la véritable formule édictale. Nous ne les suivrons pas dans les longues discussions auxquelles plusieurs d'entre eux se sont livrés sur cet objet, et en exposant les modifications que nous croyons pouvoir hasarder nous-même, nous réfuterons en même temps les opinions qui seraient incompatibles avec la nôtre.

Un point qui ne peut donc faire aucune difficulté, c'est la nécessité d'introduire dans le texte la condition de bonne foi, sans laquelle ni l'usucapion ni l'action Publicienne ne seraient possibles. — La clause relative au juste titre est tout aussi nécessaire; et c'est bien à tort, selon nous, que Noodt (23) voudrait rayer les expressions *ex justa causa*, comme n'étant qu'une interpolation des compilateurs; car, s'il en eût été ainsi, Ulpien n'aurait pas dit dans la loi 3, § 1 (*cod. tit.*): *Ait prator: EX JUSTA CAUSA PETET*; et n'aurait pas, comme Gaius et Paul, consacré plusieurs lignes à traiter des principaux titres capables de fonder l'usucapion et la Publicienne (24).

Les mots *non a domino* sont infiniment plus suspects: d'une part, ils ne sont commentés dans aucune des lois subséquentes du titre, et Ulpien, dans la loi 7, § 11 (*cod. tit.*), en parlant de la bonne foi, n'aurait pas ajouté dans une incise: *quamvis non a domino emerim*, si l'édit lui-même eût contenu cette mention; d'autre part, il règne beaucoup d'incertitude sur la leçon. La Florentine porte bien à la vérité *non a domino* (25); mais dans beaucoup d'autres manuscrits, on trouve *a non domino*, et dans les Basiliques no-

(22) L. 7, § 11, D. De Public.

(23) *Comm. ad h. tit.* — T. II, p. 158 de ses œuvres. 3^e éd., Leyde.

(24) Voyez, entre autres, L. I,

2, 3, 4, 5, 6, 7 et 13, D. De Public.

(25) *Hoc tit.* — T. I, p. 181 et

suiv., édit. L. Torrentini; Florence 1553.

tamment, *παρὰ μὲν δεσπότου* (26); en sorte qu'on serait plutôt tenté de rapporter ce membre de phrase à une intercalation de Tribonien ou même d'un copiste maladroit : car la locution vraiment romaine, celle dont se servent d'ailleurs les jurisconsultes, est toujours *a non domino* (27). Quittant ces observations purement formalistes, nous ferons remarquer qu'il existe plusieurs hypothèses où la Publicienne se donne contre le propriétaire lui-même, auteur de l'aliénation (28); et qu'une semblable clause, insérée dans l'édit, eût été un obstacle à cette extension, à laquelle se prêtent pourtant parfaitement la teneur et l'esprit des passages de Gaius et de Justinien qui s'occupent de notre action (29). Il est plus probable que la suppression de ce démembrement remarquable de la propriété, connu sous le nom de *dominium bonitarium*, ayant fait perdre à la Publicienne une de ses plus fréquentes applications contre le propriétaire lui-même, les compilateurs ont fait cette insertion critiquée, parce qu'ils ne considéraient plus que comme une exception d'un usage fort rare en pratique le petit nombre d'hypothèses où l'action pouvait encore avoir effet contre d'autres personnes que les possesseurs de bonne foi (30).

On a essayé, pour conserver ces mots, de les faire rapporter à *petet*, au lieu de *traditur*; mais la construction grammaticale de la phrase est trop contraire à cette idée pour que l'on s'y arrête un instant.

Voici maintenant les principales restitutions qui ont été proposées. Selon Heineccius (31), l'édit serait ainsi conçu :

Si qui bona fide emit, vel id quo traditum ex justa causa, non a domino et nundum usucaptum petet, nisi ea arbitrio judicis restitua-

(26) Tit. B', 65. IE', ΒΑΣΙΛΙΚ., *Περὶ τῆς Ηορδωνιανῆς κατὰ παρανομίαν ἀγορῆς*, n° 1. T. II, p. 223 et suiv., édit. Fabrot.

(27) Voy., entre autres : L. 9, § 4, D. De Public.; L. 31, § 2, D. De act. empti et ven l.; L. 11, D. Qui pot. in pign.

(28) Ci-dessous, ch. III, § 2.

(29) Gaius, Inst., IV, 36, et § 4, Just., Inst., De action.

(30) Pour l'intelligence de ce passage et le développement des idées

qu'il contient, voyez ci-après, § 2, les notions que nous donnons sur la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire. — Dans le sens de notre opinion, voy. aussi : Glück, *op. cit.*, §§ 593 et 594; Reinold, *op. cit.*, II, § 2; Pellat, *op. et loc. cit.*; Zimmermann, *Ueber das Wesen des sogenannten bonitarischen Eigentums* (Rheinisch. Mus., t. III, p. 311 et suiv.).

(31) Edict. perp., 2^e part, tit. XXXVII.

tur, adversus eum qui possidere dicetur, causa cognita, judicium dabo.

Version qui a le tort d'altérer les termes de l'édit, tels qu'ils sont rapportés par Ulpien, outre qu'elle en introduit d'autres qui vraisemblablement n'ont jamais dû y figurer : nous voulons parler de la *causa cognita* ; car rien n'autorise à penser que le prêteur entrât dans l'examen des faits, avant d'accorder ou de refuser l'action.

On peut aussi adresser ce dernier reproche à Noodt (32), dans la restitution suivante :

Si quis id quod traditur emit non a domino, bona fide et nundum usucaptum petet, nisi arbitrio judicis ei restitatur, adversus eum qui possidere dicetur, causa cognita judicium dabo.

Plusieurs auteurs, notamment Ranchin et Reinold (33), ont cru que l'édit devait renfermer deux parties : l'une spéciale au propriétaire bonitaire, l'autre au possesseur de bonne foi ; en conséquence, ils ont écrit :

I. *Si quis id quod traditur justa ex causa non a domino et nundum usucaptum petet, judicium dabo ;*

II. *Qui bona fide emit, cui res empta eo nomine tradita est, quam postea amiserit, si ea res possessoris non sit, eaque arbitrio judicis emptori restitatur, nisi res talis sit, ut eam lex vel constitutio alienari prohibeat, eo nomine actionem dabo.*

Cette double formule est bien inutile, et il était parfaitement possible de renfermer les deux hypothèses dans un édit unique ; car nous voyons que la formule de l'action, telle que la rapporte Gaius, est tout aussi compréhensive ; mais lors même qu'il en eût été autrement, il est visible que les mots *non a domino* ne peuvent convenir dans le premier membre qui n'a trait qu'à la propriété bonitaire, puisque, ainsi que nous le verrons, elle émane toujours du véritable propriétaire, et ne reste imparfaite, c'est-à-dire ne se change pas en quiritaire, seulement en raison de l'absence d'un mode de transmission approprié ; c'est à-dire, en définitive, en raison de l'absence d'un juste titre ; ce qui nous conduirait à rayer encore de la même phrase les mots *ex justa causa*.

(32) *Comm. ad h. tit., loco jam citat.*

(33) *De edict. publ., ch. II ; §§ 1, 2 et 3.*

Dans le second membre, il est tout aussi difficile de justifier la présence des mots : *si ea res possessoris non sit*, qui appartiennent à l'exception *justi domini* (31), et non pas à l'action Publicienne ; car le prêteur, en délivrant cette exception au possesseur, se refuse par cela même dans l'examen du droit dont se dernier se prévaut, pour le déférer au juge devant qui l'action elle-même sera portée.

M. Pellat propose (35) :

Si quis id quod bona fide emit, vel id quod traditur ex justa causa et nundum usucaptum petet, judicium dabo.

Mais il pèche ici d'abord par l'interversion des termes, puisqu'il est constant, d'après l'ordre des commentaires de l'édit rapportés aux lois subséquentes, que la mention du juste titre doit y précéder celle de la bonne foi; en second lieu, il ferait pressentir par la disjonctive *vel*, mal à propos insérée entre ces deux mentions, que les deux conditions seraient alternatives, tandis qu'elles doivent coexister l'une à la suite de l'autre.

Nous croyons avoir évité tous ces écueils dans la leçon suivante, qui nous semble devoir se rapprocher le plus de la véritable :

« *SI QUIS ID QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA, UTPOTE QUI BONA FIDE EMIT ET NUNDUM USUCAPTUM PETET, JUDICIUM DABO.* »

Elle a l'avantage de suivre scrupuleusement l'ordre des idées tel qu'il nous est présenté dans les textes du Digeste, et de ne pas altérer les fragments textuels de l'édit qui se retrouvent épars dans quelques-unes de ses lois.

Remarquons en terminant, que cet édit, général pour toutes les applications de la Publicienne, paraît les restreindre pourtant au cas d'un achat opéré de bonne foi; mais il est probable que le prêteur n'a construit la formule de son édit que pour le cas qui se présentait le plus fréquemment dans la pratique; c'est aussi pourquoi le même jurisconsulte qui nous rapporte les termes de cet édit, Ulpien, s'empresse d'ajouter un peu plus loin (36) : *Et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis.... etc.* Quant au motif pour lequel on n'a mentionné que la tradition, mo-

(31) Voy. ci-dessous, ch. III, § 2.

(36) L. 3, § 1, D. De Publ.

(35) *Op. et loc. cit.*

lif que semble chercher Ulpien dans le § 2 de la première loi, on verra plus bas l'explication que nous essaierons d'en donner (37).

§ 2. *De la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire au point de vue de l'action Publicienne.*

I. DE LA FORMATION DU DÉMEMBREMENT CONNU SOUS LE NOM DE **DOMINIUM BONITARIUM**. — L'origine de notre action, comme celle de la plupart des institutions romaines, est environnée d'un voile épais, et le peu de conjectures que l'on ose hasarder sur ce sujet délicat, paraissent presque toujours d'autant plus suspectes que, de bonne heure, cette création prétorienne a dû disparaître de la législation du Bas-Empire, en n'y laissant pour toute empreinte, qu'un petit nombre de textes tronqués par des compilateurs trop peu consciencieux. Au milieu de ce champ si vaste aux recherches, au milieu des systèmes si contradictoires qui s'y sont formés, nous ne pouvons prétendre faire un choix personnel et exclusif, et nous croirons avoir rempli notre tâche autant que nos faibles moyens nous le permettent, en nous contentant le plus souvent d'exposer avec quelque détail des controverses qui séparent encore aujourd'hui les esprits les plus distingués du monde scientifique.

Nous avons déjà insinué au début de ce travail que l'action Publicienne a dû son origine à la nécessité de protéger une usucapion, de l'accomplissement de laquelle dépend la plupart du temps la sécurité des propriétaires, privés des moyens ordinaires de preuves admis par la loi civile. Cette imperfection, cette irrégularité dans le droit dont ils jouissent, ne peut jamais provenir que de deux circonstances : vice dans la capacité de l'un des auteurs, vice dans le mode d'acquisition ; malgré cela, l'un et l'autre ne sont pas sans effet ; mais ils ne produisent que des droits incomplets, et que l'usucapion seule peut parachever. L'incapacité de l'auteur constitue toujours l'acquéreur dans un état de possession de bonne foi, dont les effets juridiques et propres sont pourtant bien moins éten-

(37) Voy. § 2, *in fine*, ci-après, la réfutation du second des systèmes relatifs à la revendication du propriétaire bonitaire.

des que ceux de la propriété ; le vice dont se trouve affecté le mode de transmission, au contraire, est d'un caractère tout relatif et n'existe pas pour toute espèce de choses ; de plus, il produit, au profit de l'acquéreur, un droit d'une nature particulière se rapprochant beaucoup de la pleine propriété civile. Ceci demande des développements.

Dans les temps primitifs de Rome, où le caractère sauvage et jaloux de ses habitants les éloignait invinciblement des étrangers qu'ils méprisaient, où chacun cultivait son champ et produisait soi-même ce qu'il fallait à sa consommation, l'esprit formaliste qui était l'un des caractères originaux de ce peuple remarquable, avait pu librement s'ingénier à entourer de solennités symboliques et sacramentelles le peu de transactions nécessitées alors par les besoins de la vie. Inventées par les Romains, permises exclusivement aux Romains, les formes solennelles devaient s'appliquer à tous les modes de translation de la propriété, pour les choses qui composaient la fortune des citoyens de ces temps-là ; excepté dans le cas où cette propriété n'était acquise qu'accessoirement (38). C'est à

(38) *L'occupation*, c'est-à-dire la prise de possession d'une chose sans maître ou qui appartient à l'ennemi, a dû certainement aussi être rangée dès les premiers temps au nombre des moyens d'acquérir la propriété : cela se comprend, parce que c'était là un mode *originnaire* dérivant de la nature et de la force des choses ; et il n'est pas à supposer qu'un peuple tel qu'on nous représente les premiers Romains, ne subsistant guère que de rapines, que de prises faites militairement sur les peuplades voisines, n'eût pas reconnu ce mode comme le plus propre à conférer une véritable propriété. Quant à nous, nous ne parlons dans notre texte que des modes *dérivés* que la loi elle-même avait dû imaginer et réglementer ; et il est naturel que dans le principe leurs formes ont été très-complicées : la simplicité ne sied qu'à une législation perfectionnée. Mais il est visible que la *tradition*, mode de droit naturel, mais dérivé, a été exclue de cette catégorie : autrement on aurait toujours

préféré recourir à un mode qui ne causait aucun embarras, qu'à celui de la *mancipation*, par exemple, qui exigeait le concours d'un nombre considérable de personnes ; ou de la *cession juridique*, qui ne pourrait s'opérer qu'en présence du magistrat.

Nous savons bien que, lorsque a surgi la distinction des choses *mancipi* et *nece mancipi*, et par suite aussi celle de la *propriété quiritaire* et de la *propriété bonitaire* (voy. dans le texte, *infra*), beaucoup de personnes, ne prêtant pas assez d'attention à cette distinction fondamentale, selon nous, entre les modes *originnaires* et les modes *dérivés*, et argumentant des effets imparfaits du mode *naturel* de la *tradition*, ont soutenu que les autres modes *naturels*, quoique *originnaires*, tels que l'occupation, l'accession, l'invention de trésors, etc., ne pourraient procurer de propriété *quiritaire*. On pourrait, pour les réfuter, s'arrêter à cette simple remarque que, dans le principe, on n'avait, comme nous le dit

cette époque, caractérisée dans un passage de Gaius sur cette ma-

Gaius lui-même (II, 40), qu'une seule propriété, et qu'on ne connaissait nullement alors la propriété bonitaire, que, par suite, les Romains de ces temps-là n'auront jamais contesté la valeur du droit conféré par l'un de ces moyens. Mais on produit une argumentation de texte, et il nous faut vider rapidement cette discussion.

Un passage d'Ulpien (XIX, 2), en faisant l'énumération des modes d'acquérir la propriété quiritaire, omet complètement les modes naturels. Un second passage de Varron (*De re rust.*, II, 10; voy. la note 33 du ch. II), tout en donnant de ses modes civils une liste un peu différente, ne parle non plus des modes naturels. Ce sont là les éléments principaux que l'on met en avant dans cette controverse. Pour y répondre, nous ferons observer que Gaius (II, 65), sur cette matière, se borne à constater que la tradition est un des modes de droit naturel, tandis que la mancipation, la cession juridique, etc., sont des modes propres aux citoyens romains; et qu'il ne dit nullement que les premiers auront moins d'effet. Si les effets de la tradition sont limités par rapport aux choses *mancipi* (point qu'il a développé auparavant), il n'écrit nulle part qu'ils le seraient aussi par rapport aux choses *nee mancipi*, pour lesquelles la tradition est le véritable mode de translation (Ulp., XIX, 8). Aussi, après avoir dit que les choses acquises par la tradition *nostra sunt*, il répète cette expression pour l'occupation (§ 67), pour le butin pris sur l'ennemi (§ 69), pour les acquisitions par alluvion (§ 70), par construction (§ 73), par plantation et par ensemencement (§§ 74 et 75); et il faut croire que, si l'un ou l'autre de ces modes eussent procuré une simple propriété bonitaire, il n'aurait pas manqué de s'en exprimer là-dessus. D'ailleurs, il est aisé de voir que la supposition d'une semblable propriété ne conduirait qu'à des conséquences absurdes; car, pour

l'acquéreur, la chose n'est pas *in bonis*, sans appartenir en même temps à l'auteur *ex nudo jure Quiritium*: ce sont là les deux termes d'un rapport, qui deviennent incompréhensibles s'ils sont séparés. Or, on ne pourrait raisonnablement, dans les modes originaires tels que l'occupation, attribuer cette nue-propriété civile à un individu qui n'a jamais existé ou qui n'est qu'un ennemi. L'alluvion, par exemple, dans ce système, serait bonitaire, et le fonds principal quiritaire; et, s'il s'agissait de constater la transformation par l'usucapion de l'alluvion bonitaire en alluvion quiritaire, il faudrait, pour connaître la portion usucapée, tracer une ligne de démarcation entre le fonds et chaque parcelle que le fleuve y aurait amenée. Où en arriverait-on avec ces conséquences?....

Les deux passages précités ne doivent donc pas avoir pour cette question la valeur qu'on s'efforce en vain de leur donner. Ulpien, dans son opuscule, n'avait voulu traiter que des modes d'acquérir reconnus et consacrés par le droit civil; et Varron n'avait en vue que d'enseigner à celui qui achète un esclave, les moyens de s'assurer par lui-même de la sécurité de son acquisition (Brisson, *Select. ex j. cir. ant.*, IV, 22). A la vérité, il aurait pu, dans son plan, comprendre un mode du droit des gens produisant aussi l'esclavage: c'est-à-dire la naissance; mais probablement qu'il estimait ce cas trop universellement connu, pour mériter une mention particulière.

Ainsi il reste acquis que les modes naturels, et spécialement la tradition (dans le plein exercice de sa sphère d'activité), sont aussi capables de procurer une propriété quiritaire, que les modes expressément institués par le droit civil. Cependant une digression nous paraît encore utile sur plusieurs de ces modes, et en particulier sur la perception des fruits.

On n'a jamais douté, à notre con-

rière, par l'expression *olim*, et qui ne s'étend certainement pas au

naissance, qu'elle ne procurât la propriété quiritaire au possesseur de bonne foi, comme à l'usufruitier, comme au propriétaire, et cela sans le secours de l'usucapion (L. 28, D. *De usurp. et usucap.*; L. 48, § 6, D. *De furt.*); et il doit en être ainsi, bien que le fonds lui-même ne soit pas encore usucapé: ce qui semblerait être le cas précisément pour le propriétaire bonitaire, comme pour le possesseur de bonne foi. Gaius (II, 88), en disant que l'on acquiert dans tous les cas (*ex omnibus causis*), et à l'exclusion du nu-propriétaire, par l'esclave que l'on a in bonis, ne paraît pas faire pour les fruits la distinction qu'il fait pour la chose frugifère; et Ulpien (XIX, 20 et 21) affirme pareillement que, par l'esclave dont on est propriétaire bonitaire ou possesseur de bonne foi, on peut acquérir tous les fruits, sans présenter cette acquisition comme imparfaite. Enfin, on pourrait encore pousser plus loin cette assimilation entre le possesseur de bonne foi et le propriétaire bonitaire, et soutenir que l'usucapion serait inutile, même pour les fruits, parce que l'un et l'autre pourraient toujours en écarter la revendication, 1° en aliénant la chose principale: en effet, celle-ci ne pouvant être réclamée, les fruits, qui ne sauraient être compris que dans la revendication du principal, seront donc soustraits, comme ce dernier, à toute action du propriétaire; 2° en aliénant ou consommant les fruits qui ne peuvent plus alors faire l'objet d'aucune réclamation (§ 35, Inst. *De rer. dir.*, et § 2, *ibid.* *De off. jud.* — L. 4, § 2, D. *Fin. regund.*).

Mais qui ne voit immédiatement le danger de s'engager dans cette voie des analogies? Car, si le propriétaire bonitaire d'une chose en acquiert les fruits *ex jure Quiritium*, pourquoi le propriétaire bonitaire d'un fonds de terre n'acquerrait-il pas la propriété quiritaire des alluvions ou des plantations; le propriétaire bonitaire d'un

tissu, celle de la pourpre dont on l'a teint, etc., et cela dans cent autres hypothèses, où le droit sur l'accessoire serait alors différent du droit sur le principal? Il est d'ailleurs si peu vrai que le propriétaire bonitaire est dans une position identique à celle du possesseur de bonne foi, que Gaius (II, 88 et 92) et Ulpien (XX, 20 et 21) nous montrent le premier des deux acquérant tous les fruits produits par l'esclave, sans être obligé de partager avec le véritable propriétaire quiritaire; et le possesseur de bonne foi, au contraire, ne pouvant retenir que ce que l'esclave a tiré de son travail propre et la chose de son prétendu maître.

Il faut en tout cela éviter de tomber dans une confusion où la similitude de deux modes d'acquérir tend volontiers à entraîner. L'acquisition des fruits se présente, soit comme un accessoire du droit du propriétaire s'étendant sur tous les produits de la chose, et fait partie de ce mode que les commentateurs désignent généralement sous le nom d'*accession* (§ 19, Inst. *De rer. dir.*) (c'est le cas applicable au propriétaire bonitaire), soit comme un mode spécial et propre d'acquérir *par perception*, c'est-à-dire par le fait même de récolter les fruits et de les détacher du sol (§ 35, *ibid.*) (c'est le cas applicable au possesseur de bonne foi). — Que résulte-t-il de cette distinction? C'est que l'acquisition des fruits, comme accessoire de la propriété, est soumise à la règle: *accessorium sequitur naturam principalis sui*; qu'ainsi le propriétaire bonitaire d'une chose ne pourrait en aucune façon prétendre à la propriété quiritaire des fruits. Règle applicable à tous les autres modes compris dans l'accession; entre autres l'alluvion, l'adjonction, la spécification, la commixtion, etc. Qu'au contraire, le possesseur de bonne foi, en faisant les fruits siens, agit en vertu d'un mode d'acquisition qui lui est propre: la perception, comme le

dela du quatrième siècle de Rome, qu'il faut rapporter la création du *nexum*, du *mancipium*; et peut-être aussi de la cession juridique (39).

Mais lorsque, par suite de l'extension du territoire et de la puissance de Rome, par suite aussi de l'extension des relations politiques et commerciales, les idées d'étranger et d'ennemi, si dédaigneusement accouplées, vinrent à s'effacer peu à peu, il fallut bien, pour faciliter les nouvelles tendances, se départir du système d'exclusivisme pratiqué jusqu'alors par les vieux Romains. On ne pouvait plus s'astreindre à tout propos aux formalités gênantes de la mancipation ou de la cession juridique; on se contenta des modes naturels, plus simples et plus expéditifs: dès ce moment, la vente devenait obligatoire par le seul consentement des parties, et l'échange par la simple tradition ou remise réelle de l'objet du contrat.

Mais un changement aussi radical ne pouvait être universel, à une époque où le titre de *civis romanus* conservait encore tout son prestige et où les peuplades que Rome avait subjuguées, obtenaient à peine quelques lambeaux de ces droits du citoyen, de l'antique *jus Quiritium*. Cette différence dans les personnes se dessina dès lors aussi dans les choses: d'une part, des modes solennels d'acquérir restèrent fermés à tous autres qu'aux Romains, et certaines choses demeurèrent étrangères aux modes naturels d'acquérir.

C'est ici que nous voyons surgir, et cela bien antérieurement à la loi des Douze-Tables, la distinction remarquable entre les choses *mancipi* et les choses *non mancipi* (40). Les premières composent la partie la plus précieuse de la fortune des citoyens, les choses par excellence, dont l'aliénation a été entourée de certains obstacles, afin d'en assurer le maintien dans le patrimoine de la famille: le sol italique, les servitudes rurales, les esclaves et les bêtes de somme; telle est l'énumération qu'en fait Ulpien (41). Il ne peut entrer dans le plan de notre travail de nous étendre sur la nature de cette classe de choses; nous n'avons à les considérer ici que

seraient l'occupation et tous les autres modes de droit naturel; ce mode lui procurera donc la pleine propriété.

(39) Voici le passage de Gaius auquel nous faisons allusion: *Quo jure etiam populus romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quiritium*

unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus... (II, 40).

(40) Environ l'an 203 de Rome (Gaius. II, 47).

(41) R. XIX, § 1. Voy. aussi Bynkershoek, *De reb. manc.*, ch. II.

sous un point de vue : celui de l'aliénation ; et sous ce rapport nous trouverons deux dispositions importantes qui doivent attirer notre attention.

D'abord Gaius nous apprend que la loi des Douze-Tables défendait à la femme placée sous la tutelle des agnats l'aliénation d'une chose *mancipi*, sans l'autorisation de son tuteur (42). D'un autre côté, même à toute autre personne, l'aliénation d'une semblable chose n'est possible qu'à l'aide des modes reconnus par le droit civil ; et, de tous ces modes, la mancipation est le seul qui leur soit propre et qui ne puisse servir pour les choses *res mancipi* : de là ces dénominations un peu étranges au premier abord.

Il résulte de tout cela que le droit civil ne doit naturellement protéger en aucune façon celui qui, au mépris de ces principes, a dédaigné de recourir aux modes légitimes, et s'est tenu à la tradition pour arriver à la transmission des choses *mancipi*, et qui plus tard a perdu la possession ainsi irrégulièrement transférée. Aussi l'acquéreur ne jouit-il point des droits du véritable propriétaire *ex jure Quiritium* : les auteurs nous le montrent constamment comme ayant la chose simplement *in bonis* ; d'où les commentateurs, s'autorisant en cela d'une expression échappée à Théophile, *ἐπικτήτης ὀνείρας* (43), l'ont appelé *dominus bonitarius*, et ont qualifié son droit de *dominium bonitarium*, que nous traduisons par *propriété bonitaire*. Celui, au contraire, qui a livré la chose ne cesse pas d'en rester propriétaire aux yeux du droit civil : il peut donc la revendiquer (44) ; et s'il ne jouit que d'un *nudum jus Quiritium*, c'est que, hormis cette action qui est l'apanage du véritable propriétaire, ses droits sur cette chose, comme nous le montrerons, sont infiniment plus restreints que ceux de ce dernier ; et il fallut plus tard toute la sollicitude du droit prétorien pour faire disparaître cette singulière anomalie.

Pourtant le droit civil n'abandonne pas lui-même complètement le propriétaire bonitaire, et en l'assimilant à un possesseur de bonne foi, il lui accorde la faculté de convertir sa propriété im-

(42) Gaius, II, 80 ; Ulp., XI, 27.

(43) Paraphr. des Inst., ad § 3, De libert.

(44) Gaius, IV, 41 et 30 ; Cicéron,

Pro Mur., c. 12, et *De invent.*, II, 49 ; Quintilien, *Inst. orat.*, III, 8, et VII, 3.

parfaite en pleine propriété quiritaire (*plenum jus Quiritium*), par l'accomplissement du temps fixé pour l'usucapion (45). Mais, jusqu'à ce moment, l'acquéreur dont la position illégale, si nous pouvons nous exprimer ainsi, ne peut prétendre à aucune protection, reste exposé à l'action du nu-propriétaire, seul et unique propriétaire aux yeux du droit civil. Il était donc indispensable, pour remédier à cet état de choses, que le préteur vint au secours du premier, en paralysant la revendication du second, son auteur : c'est le but de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Plus tard, on jugea même qu'une exception était insuffisante, et c'est alors que Publicius imagina son action qui dut être la véritable revendication de la propriété bonitaire, et permit au propriétaire évincé ou non encore mis en possession, de réclamer la chose qu'il n'avait pas encore usucapée (46).

Ainsi, en résumé, la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire ne résulte pas de la différence dans la nature de la chose, objet du droit : en ce sens que la première ne pourrait s'appliquer qu'aux choses *mancipi*. Au contraire, et Cicéron lui-même nous l'atteste (47), les choses *nec Mancipi* sont susceptibles d'une propriété quiritaire, quoique acquises par simple tradition; mais, et c'est précisément parce qu'elles peuvent être acquises par la tradition, elles ne sont jamais susceptibles de propriété bonitaire, sauf les cas, assez rares dans le principe, où cette propriété prenait naissance en vertu d'autres causes (48). Cette distinction n'est pas non plus liée à la qualité des personnes, car les Romains peuvent jouir de l'une et de l'autre propriété (49); elle git uniquement dans le mode d'acquisition (50).

- - Voyons actuellement, en peu de mots, les diverses causes qui

(45) L'usucapion, par rapport aux choses *mancipi* simplement livrées, joue ici le rôle de la *mancipation*, dont elle usurpe les effets. Aussi nous trouvons dans Horace (*Epod.*, II, 2) un passage où les dénominations de ces deux modes d'acquérir se trouvent fondues en une seule expression :

*Si proprium est quod quis libra mercatus et
aere;
Quendam, si credis consulis, Mancipat
usus.*

(46) Michelsen, *De except. rei vendit. et trad.*; Blondeau, *Chrestomathie*, p. 207 et suiv.

(47) *Top.*, V.

(48) Voy., ci-après, 2^e et 3^e.

(49) Gaius, II, 54.

(50) Il faudrait aussi se garder de voir aucune connexité dans cette distinction avec celle des fonds italiques et provinciaux, comme l'ont fait Bynkershoek (*De reb. mane.*, ch. IX) et après lui Glück (*op. cit.*, §§ 593 et

donnent naissance à ce démembrement. On peut les grouper en trois catégories différentes, selon la nature particulière des modes de translation de la propriété. Ce sont :

1° *La tradition des choses Mancipi*; comme nous l'avons toujours supposé jusqu'ici, mais uniquement à titre d'exemple. Ce fut dans l'origine probablement la seule hypothèse où il pût être question de propriété bonitaire : les autres ne se présentèrent que plus tard, et seulement peu à peu.

2° *Les modes d'acquérir fondés sur l'intervention exclusive du préteur*. Car, s'il peut corriger le droit civil, la situation qu'il crée, en vertu de son pouvoir innovateur, ne sera qu'une pâle imitation de celle du droit civil, laquelle conserve toujours le privilège de produire la propriété par excellence. Ici l'on ne distinguera plus la nature Mancipi ou *res Mancipi* de la chose (31); et c'est à cette particularité que nous sommes peut-être redevables de la conservation, dans la compilation des Pandectes, d'une foule de passages où l'on mentionne encore l'existence de la propriété bonitaire, qui cependant n'est plus qu'un mythe sous Justinien (32).

Les cas qui rentrent dans ce groupe se rapportent tous aux divers envois en possession ordonnés par le préteur en matière de vente des biens d'un débiteur, d'abandon noxal, d'hérédité préto-

301) et M. Laferrière (*Hist. du droit*, t. I, ch. V, sect. 3, § 2, II), pour lesquels le sol provincial est le type de la propriété bonitaire. Les fonds provinciaux comptent bien parmi les choses *res Mancipi*; mais, comme le fait très-bien observer M. Ortolan (*Général. du droit*, n° 42), cette qualité ne suffit pas pour exclure de toute participation au droit civil; et il ressort de bien des textes que les principes du droit civil leur sont inapplicables. — S'ils eussent été susceptibles d'une propriété même simplement bonitaire, il n'y aurait pas eu de raisons pour leur refuser la cession juridique (Gaius, II, 31), et, dans les écrits des jurisconsultes, on ne trouverait point de passages comme celui-ci (Gaius, II, 7) : ...*nos autem possessionem tantum et usum*

fructum habere videmur.... (il n'ose pas même dire *habemus*); ou comme cet autre (Théophile, *Paraphr.*, ad tit. *De rer. div.*, § 40) : ...*ἔκτισιν ἐκτακτικῶν καὶ κληρονομικῶν πραγμάτων*. Ce n'est donc pas une possession, encore moins une propriété; et l'on pourrait en conclure à bon droit que la langue juridique manquait d'une expression romaine, pour caractériser la nature du droit dont ces biens étaient l'objet.

(31) Puggé, *Kann eine Res nec Mancipi in bonitarischem Eigentum stehen?* (*Rhein. Mus.*, t. II, p. 292 et suiv.).

(32) Voy., entre autres : L. 63, pr., D. *Ad sc. Trebell.*; L. 18, pr., D. *De damno inf.*; L. 26, § 6, D. *De nor. act.*; L. 2, § 1, D. *Si ex nor. caus.*, etc.

rienne, etc. (53). Zimmern a voulu y joindre aussi les restitutions *in integrum* (54), parce qu'elles émanent de la même juridiction, et qu'elles détruisent des effets du droit civil. Mais cette idée n'a pas trouvé de partisans, parce que la restitution, qui a pour objet de remettre les choses dans le même état qu'avant la production du fait juridique qui les a anéanties, ne confère rien par elle-même; en ce sens que le prêteur ne crée plus ici de droits en vertu de son pouvoir spécial; il réintègre seulement dans ceux qu'on a perdus: si c'est une propriété bonitaire dont on a été dépouillé, la restitution procurera une propriété bonitaire; est-ce une propriété quiritaire? la restitution la rendra également; en un mot, les droits que l'on acquiert ainsi, on ne les tient pas de la restitution elle-même, mais de la première acquisition, à laquelle celle-ci rend toute son efficacité (55).

3° Les modes d'acquérir introduits par le prêteur en vertu de pouvoirs spéciaux conférés par des sénatus-consultes ou des constitutions impériales (56); savoir: la restitution de l'hérédité en vertu du sénatus-consulte Trébellien, l'addiction de biens faite à un affranchi, et enfin l'acquisition en vertu du sénatus-consulte Claudien (57).

II. DU CARACTÈRE DE LA PROPRIÉTÉ BONITAIRE, ET DE L'ACTION QUI S'Y RAPPORTE. — Dans tout ce rapide exposé, comme on peut le voir, nous partons toujours de l'idée fondamentale que le droit en vertu duquel une chose se trouve être *in bonis* constitue une véritable propriété; mais, il faut bien le dire, ce principe est loin d'être accepté universellement par les auteurs. Beaucoup d'entre eux ne veulent y voir qu'une possession garantie par le prêteur, et investie par lui d'une certaine efficacité qui pourrait être presque aussi étendue que celle de la pleine propriété. La controverse sur ce point est très-vive, surtout parmi les juriconsultes d'outre-Rhin.

(53) Voy., pour l'examen de ces diverses hypothèses, *infra*, ch. II, § 2, II, n° 8 et suiv., et III, n° 8.

(54) *Ueber das Wesen des s. g. bonitar. Eigentums*, n° I (*Rhein. Mus.*, t. III, p. 311 et suiv.).

(55) Unterholzner, *Zur Lehre vom*

s. g. bonitar. Eigentum, n° VI (*Rhein. Mus.*, t. V, p. I et suiv.).

(56) Zimmern, *op. et loc. cit.*; Vangerow, *Lehrbuch*, § 293, II, 3.

(57) Voy. aussi, pour l'explication de ces points, le ch. II, § 2.

Avant la découverte des Institutes de Gaius, c'était une opinion assez en faveur que la propriété bonitaire, plus fréquemment désignée dans les textes par l'expression *in bonis esse*, n'était qu'une propriété naturelle, c'est-à-dire dérivant des acquisitions reconnues par le droit des gens (58). Principalement étayée sur un passage de Théophile (59), cette assertion ne soutient pas la discussion, et tombe devant cette simple objection que la distinction entre les modes d'acquérir civils et naturels survécut à celle de la propriété quiritaire et bonitaire; puisque Justinien, qui ne nous parle plus de celle-ci, nous présente la première comme étant encore parfaitement en vigueur de son temps (60). Aujourd'hui l'on va plus loin, et c'est le caractère même de la propriété que l'on dénie à ce démembrement important du *dominium ex jure Quiritium*.

Selon Zimmermann (61), à qui on doit cette nouvelle théorie, le passage de Gaius (62), que l'on a coutume de produire dans cette controverse, ne saurait donner aucun argument à ses adversaires. Car, en disant : « *Ceterum quum apud cives Romanos duplex sit dominium; nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusque servus esse intelligitur. . . .* », s'il avait voulu faire entendre que la possession de l'esclave *in bonis* se trouve constituer une propriété, il aurait compté alors un *triplex dominium*, selon qu'il s'agissait du *nudum jus Quiritium*, de l'*in bonis* et de la réunion des deux, c'est-à-dire du *plenum jus Quiritium*. Cela est si vrai, que les jurisconsultes classiques, en s'occupant de ce démembrement, ne le caractérisent jamais comme la véritable propriété par les expressions *meum, tuum, nostrum. . . .*, *ejus est*, qu'ils ont l'air d'éviter soigneusement. Théophile, à la vérité, est moins scrupuleux en se servant de la locution *ἐκ πέρους ποιητικός*; mais,

(58) Voy., entre autres, Heineccius, *El. jur. sec. ord. Instit.*, § 336; Vinnius, *Comm. ad § 40, Inst. De rer. div.*, n° 6; Galvanus, *De usufr.*, ch. XXXV, n° 3; Pothier, *Pandect.*, ad tit. *De acq. rer. dom.*, l. 4; Conradi, *De reris manc. et nec manc. rer. differ.*, IV; Sigonius, *De aut. jur. civ. rom.*, ch. I, note 88, etc.

(59) La paraphrase des Inst. (ad § 4, *De libert.*) porte : *ἐν τοῖς ἐκ πέρους. . . καὶ ἐν τῷ ἐκ πέρους ἐκείνου* *in bonis*.

(60) § 2, *Inst. De rer. div. et qual.*

(61) *Op. cit.* (*Rhein. Mus.*, t. III).

(62) *Comm. I*, § 51.

à son époque, les distinctions résultant du démembrement en question (distinctions qui, du reste, ne gisaient que dans la procédure et la nature des actions respectivement attachées à chacun de ces deux genres de droit) avaient complètement disparu, et l'auteur a pu appliquer rigoureusement la qualification de *dominium* tout aussi bien au propriétaire quiritaire qu'au propriétaire bonitaire, qui en réalité jouissaient tous d'un droit égal; la suppression du système formulaire ayant dû virtuellement faire disparaître les derniers vestiges des différences entre la revendication et la Publicienne.

Telles seraient les principales raisons pour faire rejeter par Zimmermann la dénomination de propriété appliquée à l'*in bonis*; mais il n'est pas difficile de les réfuter. En premier lieu, l'explication du passage de Gaius est certainement bien forcée, et il nous semble infiniment plus simple de supposer que son expression de *duplex dominium* fait allusion à la pleine propriété quiritaire et à son démembrement le plus essentiel, la propriété bonitaire, que de penser qu'il a voulu décorer de la dénomination de *dominium* le droit du nu-propriétaire, le *nudum jus Quiritium*, dépourvu de toute efficacité civile et de toute utilité matérielle pour le possesseur. Ensuite, on ne peut tirer aucune induction des mots *meum, tuum, nostrum*, etc., car il ne manque pas de textes où on les trouvera appliqués aussi au *nudum jus Quiritium* et même à l'*in bonis* (63).

Le passage de Gaius que l'on nous a opposé, nous fournira encore un argument; car, en poursuivant, nous voyons le jurisconsulte, sans hésiter, appeler *dominus* celui qui possède l'esclave dans ses biens: terminologie qui se retrouve pareillement dans les lois 26, § 6, D. De nox. act.; 1. D. De bon poss.; 7, § 1, D. De usufr.; dans la loi 15, §§ 16 et 17, et dans la loi 33, D. De damn. infect.; enfin dans la const., C. De nudo jur. Quir. toll.; et l'on ne pourra pas, dans tous ces textes, pas plus que dans celui de Théophile, exciper de la prétendue abrogation de ce démembrement par Justinien, pour enlever toute valeur à notre rapprochement; attendu que la nouvelle législation avait laissé subsister certaines différences entre le propriétaire quiritaire et le

(63) Gaius, I, 167, et II, 41; Ulpien, XXII, 8.

propriétaire bonitaire, notamment en ce qui concerne l'affranchissement des esclaves, et n'avait en tous cas pas touché aux différences de fond qui séparent les deux actions protectrices de cette double propriété; et il est probable que Théophile n'aurait pas osé appeler propriétaire celui qui, pour faire valoir son droit en justice, n'aurait eu à son service que l'action Publicienne, s'il n'avait trouvé pour cela des motifs bien plus puissants dans le caractère et la manière d'être de la propriété bonitaire (64).

En présence de ces raisons, nous avons peine à comprendre la manière de voir de notre savant adversaire, et, sans l'imiter, nous continuerons à nous servir des locutions *propriétaire bonitaire*, *propriété bonitaire*, qui, sans être romaines, répondent assez bien à celles de *dominus bonitarius* de Théophile, et de *dominium bonitarium* des commentateurs modernes, et ont au moins pour elles l'avantage de l'exactitude et de la précision.

Voilà donc bien le possesseur bonitaire réintégré dans ses prérogatives de propriétaire; de là à dire qu'il lui faut une action spéciale pour protéger sa propriété, et que cette action ne peut être autre que la Publicienne, il n'y a qu'un pas à faire, et la conséquence paraît assez facile à en déduire. Cependant, ce pas, on ne l'a pas fait; cette conséquence, on ne l'a pas déduite; et il nous faudra encore combattre ici bien des idées hasardées, bien des doctrines incohérentes, sur un terrain où nous rencontrerons pour partisan ce même Zimmern qui admet une revendication là où il ne voit pas de propriété; et pour adversaires ceux-là mêmes qui n'avaient jamais méconnu la véritable nature de l'*in bonis*, mais qui, plus heureux, sinon plus conséquents, que le professeur d'Iéna, trouvent pourtant une action pour défendre cette propriété qu'ils n'ont peut-être pas osé rejeter.

Mais, avant de passer à l'examen de cette nouvelle controverse, qui terminera le paragraphe, nous voulons encore revenir un instant sur la vraie nature de ce démembrement remarquable, en caractérisant bien les différents éléments que l'on trouve dans le do-

(64) Dans le sens de notre opinion: dissertation insérée dans la *Zeitschr. Vangerow, op. cit.*, § 95, I, 4; *Unterholzner, op. mod. cit.*, I (Rhein. Mus., t. V, p. 1 et suiv.); Mayer, *für geschichtl. Rechtswiss.* (t. VIII, p. 2 et suiv.).

minimum ex jure Quiritium, et les rapports juridiques qui découlent des différentes combinaisons dont ces éléments sont susceptibles. Le droit du propriétaire quiritaire, le *plenum jus Quiritium*, peut se fractionner en deux autres : le *nudum jus Quiritium* et le *dominium bonitarium* ; comme, dans un autre ordre d'idées, la pleine propriété peut se fractionner en *jus utendi*, *jus fruendi* et *jus abutendi*. Ainsi ces deux choses, la nue-propriété quiritaire et la propriété bonitaire peuvent se trouver réunies sur la même tête, ou isolées : au premier cas, elles composent la pleine propriété quiritaire ; au second, elles constituent les deux termes d'un rapport que l'on ne peut concevoir qu'à condition que chacun des deux démembrements restera attribué à une personne distincte ; et nous ne pouvons souscrire à l'opinion de Puchta (65), lorsqu'il enseigne que la propriété bonitaire d'une chose peut appartenir à un individu, sans qu'un autre en ait la nue-propriété quiritaire. Cette hypothèse qui, au surplus, ne pourrait se réaliser que dans l'occupation et autres modes naturels, est trop contraire aux notions que nous avons sur la formation de ces démembrements, pour être acceptée.

Quant aux différences entre la nue-propriété quiritaire et la propriété bonitaire, elles sont saillantes : le nu-propriétaire quiritaire conserve seulement une propriété nominale, dépouillée de tous ses effets à l'égard du propriétaire bonitaire ; il a bien la revendication contre celui-ci, mais elle demeure paralysée entre ses mains, par une exception que le prêteur délivre à son adversaire. C'est ce dernier qui est le véritable maître de la chose ; c'est lui qui peut en user comme s'il avait sur elle le *plenum jus Quiritium*, et son droit, quoique non reconnu par la loi civile, est pourtant le seul utile, le seul avantageux. En un mot, nous dirons avec Zimmermann (66), qui résume admirablement cette position : « ...dass in der einen Hand das wirkliche (civile), aber unwirksame Recht sich findet; in der andern dagegen, NICHT DAS RECHT SELBST, ABER SEINE WIRKUNG. »

Mais, dira-t-on alors, que reste-t-il au nu-propriétaire quiritaire,

(65) *Curus der Institutionen*, § 235. (66) *Op. cit.*, n° III.

s'il ne conserve pas même, comme lorsque la chose est donnée en usufruit, le *jus abutendi*, et quelle doit être l'utilité pratique d'une semblable distinction ? — Ce qui reste, le voici :

1° A la différence du propriétaire quiritaire, le propriétaire bonitaire ne peut rien léguer *per vindicationem* (67); et cela se conçoit aisément, car n'ayant point la propriété civile de la chose, il ne pourrait la comprendre dans un legs qui investirait le gratifié d'une revendication dont il ne jouit pas lui-même. Cette différence disparut, il est vrai, lorsque le sénatus-consulte *Néronien* eut permis d'agir par l'action personnelle, toutes les fois que le legs, inutile comme legs *per vindicationem*, pouvait valoir au moins comme legs *per damnationem* (68); et, sous Justinien, cette dernière restriction s'efface tout à fait (69).

2° Il ne peut, en affranchissant son esclave, lui conférer une pleine et entière liberté, mais seulement ce qu'on appelle une *latina libertas*; l'esclave demeure *in libertate*, comme il était auparavant *in bonis*, par rapport à son affranchisseur; en conséquence, il reste latin-junien et ne devient point citoyen (70). Si donc, par suite d'un affranchissement simultané de la part du propriétaire bonitaire et du nu-propriétaire quiritaire, l'esclave est devenu citoyen romain, les droits réels du patronage appartiendront sans doute au premier; mais la tutelle demeurera au second; en vertu d'une disposition expresse de la loi *Junia* (71). Cette particularité subsista le plus longtemps dans le droit justinien; car l'empereur, en supprimant la distinction entre la propriété bonitaire et la propriété quiritaire (72), empêcha bien pour l'avenir semblable affranchissement de se produire par suite de cette cause, mais il ne toucha en rien à l'état de ces affranchis, qui tenait plutôt à la question de latinité; et ce n'est qu'en l'an 531, en abolissant cette dernière institution, qu'il fit disparaître toutes ces distinctions subtiles et surannées (73).

(67) Gaius, II, 196; Ulpien, XIV, 7.

(68) Ulpien, XIV, 11 a. — L'époque, tout à fait incertaine, du sénatus-consulte *Néronien*, se place entre les années 807 et 821 de Rome.

(69) Const. 1, C. Comm. de legat.; en l'an 529 apr. J. C.

(70) Ulpien, I, 16.

(71) Ulpien, XI, 19; Gaius, I, 167.

(72) Const. 1, C. De nudo jure Quir. toll.; en l'an 529 apr. J. C.

(73) Const. 1, C. De lat. libert. toll.

3° Il ne jouit point de la revendication civile; et même dans le principe, comme nous savons, il n'avait aucun moyen de se défendre contre celle du nu-propriétaire; ce n'est que plus tard qu'il reçut du prêteur l'exception de dol ou l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Enfin postérieurement, une action vint suppléer à la revendication qui lui fait défaut, et lui permit à son tour de prendre l'initiative et de réclamer la propriété démembrée à laquelle il a droit. Cette action, quelle est-elle? Chacun répond presque différemment à cette question. Pour nous, elle n'est autre que la *Publicienne* elle-même, qui dut son origine à cette circonstance; et c'est ici le lieu d'exposer la discussion que nous faisons pressentir plus haut.

Nous nous trouvons en présence de deux autres systèmes qui cherchent chacun bien loin ce qu'ils auraient pu trouver pour ainsi dire sous la main.

Le premier et le plus hasardé des deux n'accorde à la propriété bonitaire pour tout moyen d'action, que ce que ses partisans appellent une *petitoria formula*, dans laquelle, disent-ils, l'*intentio* du demandeur était : *rem suam esse*, et non point : *rem suam ex jure Quiritium*; idée étrange et qui dérive d'une confusion manifeste entre le fond et la forme, l'espèce et le genre; entre l'action proprement dite et cette série de modalités diverses dont le génie inventif et subtil des prêteurs avait revêtu, selon les besoins de la pratique, une foule d'actions d'origine toute différente; autant valait dire, par exemple, que la formule arbitraire était l'action du propriétaire bonitaire !..... Et toute cette théorie, on veut la faire jaillir d'un rapprochement plus ou moins forcé de deux passages de Gaius, où on lui prête une pensée que certainement il n'a jamais eue. Ainsi l'on fait remarquer que ce jurisconsulte, en définissant la formule pétitoire en ces termes : *Petitoria autem formula hæc est qua actor intendit rem suam esse*, ne se sert point de l'addition *ex jure Quiritium*, que l'on trouve, au contraire, dans le paragraphe subséquent, où il parle de la formule *per sponsionem*, qui est : *Si homo, quo de agitur ex jure Quiritium, meus est, sestertios xlv nummos dare spondes?* (74).... Donc, en conclut on, la première

(74) Gaius, IV, 92 et 93.

formule ne peut s'appliquer qu'à la propriété bonitaire, la seconde étant réservée à la propriété du droit civil.

Cette induction si hardie et si peu justifiée ne mériterait assurément pas les honneurs de la discussion, si elle n'avait été avancée par beaucoup de jurisconsultes dont le nom fait autorité dans la science du Droit romain(75). Car, pour la faire tomber, il suffira de montrer qu'il est très-possible de rencontrer des exemples où la formule pétitoire est accompagnée de l'addition *ex jure Quiritium*, Ainsi, dans Cicéron, on lit la formule suivante(76) : *SI PARET FUNDUM CAPENATEM — EX JURE QUIRITUM P. SERVILII ESSE, NEQUE IS FUNDUS RESTITUERETUR....*, etc.; et dans Gaïus, cette autre(77) : *SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITUM A. AGERII ESSE.....* — M. de Vangerow objecte que ces textes prouveraient seulement que les mots *ex jure Quiritium* n'étaient point incompatibles avec une formule pétitoire; mais non pas que, privée de cette addition, la formule ne s'appliquerait pas à la propriété bonitaire. Cela serait vrai, si nous n'avions encore quelques exemples à citer où les expressions *meum, tuum, suum... esse*, sans la qualification *ex jure Quiritium*, peuvent servir également à la revendication civile du propriétaire quiritaire; c'est ainsi que Gaïus encore nous dit(78) : *Quum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse....* Or, si l'héritier prétorien qui ne jouit que d'une propriété bonitaire, ne peut *intendere rem suam esse quæ defuncti fuit*, c'est évidemment parce que les mots *meum, tuum, suum, etc.*, ne s'appliquent qu'à la chose dont on a la propriété quiritaire. Semblable conclusion se tirerait aussi du fragment d'Ulpien qui forme la loi 6, § 2, D. *De confess*, et de celui de Paul dans la loi 6, D. *De rei vind.*, en les rapprochant du texte de Gaïus; quoiqu'ils aient une autorité moins probante, en raison des mutilations que la plume de Tribonien a pu leur faire subir.

Ces arguments sont bien péremptoires et nous pourrions nous

(75) Haubold, *Epitris. antiq. rom.* Heinze., p. 950; Hugo, *Lehrbuch der Gesch. des R. R.*, p. 438; Vangerow, *op. cit.*, § 293, II, 2;

Guyet, *De Publ. in rem act.*, p. 14, etc.

(76) *In Verrem*, II, 12.

(77) *Comm. IV*, § 41.

(78) *Comm. IV*, § 34.

arrêter ici; cependant il ne nous sera pas non plus difficile de faire disparaître l'antithèse des deux textes de Gaius (laquelle a servi d'échafaudage à tout le système), en la mettant uniquement sur le compte des exigences du style. Car le jurisconsulte avait déjà auparavant assez souvent répété la formule ordinaire de la revendication, et le parallèle qu'il voulait présenter ici entre la formule pétitoire et celle *per sponsionem*, ne portait nullement sur ces expressions que dès lors il pouvait négliger, sans qu'on soit en droit d'en déduire aucune conséquence.

Le second système, beaucoup plus sérieux, est aussi plus ancien, car il remonte à Noodt (79), chez lequel on en trouve au moins le germe. Pour cet auteur, le préteur se serait contenté de donner utilement au propriétaire bonitaire la revendication civile, l'*actio in rem directa* de la propriété quiritaire. Cette doctrine a repris faveur aujourd'hui, et nombre de jurisconsultes (80) se sont emparés des idées de l'ancien commentateur, en les amplifiant et les perfectionnant à l'aide des documents que nous ont légués de récentes et précieuses découvertes. Cette action utile serait bien encore la revendication civile, mais étendue à notre hypothèse au moyen d'une fiction variant selon les cas, mais qui ne serait pas celle de l'usucapion accomplie.

Dans ce système, la propriété bonitaire, qui aurait pris naissance aux temps de la procédure formulaire, c'est-à-dire aux temps où florissait l'usage des fictions, a dû emprunter à son époque le cachet particulier de ces artifices juridiques. La fiction d'une mancipation a donc été introduite alors pour les hypothèses où la propriété bonitaire résultait de la tradition; celle d'une cession juridique, pour les hypothèses où cette propriété dérivait des envois en possession; et cette idée, continuent nos adversaires, n'aurait rien que de très-rationnel, puisqu'on trouve dans Gaius plusieurs cas où la propriété bonitaire est protégée par une action basée sur de semblables fictions: témoins celle du possesseur de

(79) *Comm. ad. tit. De rei vind.*

(80) Entre autres: Unterholzner; *Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums*, § 3 (*Rhein. Mus.*, t. I, p. 128 et suiv.), et *Zur Lehre vom b. g. bonit. Eig.*, n° 15, 3° (*Rh. M.*

t. V, p. 1); Mühlenbruch, sur Heinecc. *Antiq. rom.*, l. II, t. I, § 29, note x (Édit. Haub. et Mühl., Francfort s/m 1841); Schilling, *Lehrbuch für Institut., und Geschichte des r. Privatrechts*, § 174, note f, etc.

biens prétorien qui agit en se feignant héritier; celle de l'acheteur de biens qui use d'un même expédient, ou qui se substitue la personne de l'ancien propriétaire (81). Il serait d'ailleurs singulier qu'on prêtât aux Romains l'idée d'avoir voulu rapprocher deux choses si différentes, la possession de bonne foi et la propriété bonitaire, pour les investir d'une même action, eux qui possédaient la mine inépuisable (82) des actions utiles.

Cette théorie a cela de vrai, qu'il existe dans les nombreuses manières d'être de la propriété bonitaire certaines hypothèses particulières, où l'action qui la protège ne repose pas toujours uniquement sur la fiction d'une usucapion accomplie; et cela arrive toutes les fois que l'existence de cette propriété ne se lie pas à une acquisition de possession, c'est-à-dire toutes les fois qu'elle a pris naissance autrement que par la tradition. Ainsi, dans les divers exemples que l'on cite, ni l'héritier prétorien, ni l'acheteur de biens n'ont besoin de la succession pour faire passer la chose *in bonis*; cela n'empêche pas, comme nous le démontrerons plus tard (83), qu'ils ne remplissent toutes les conditions nécessaires pour usucaper, et que, par suite, l'action qui leur est ouverte, ne repose sur la fiction de l'usucapion accomplie. Mais il est vraisemblable qu'à côté de la fiction qui se rapporte à la Publicienne, il y en avait d'autres qui donnaient à l'action un caractère un peu différent, et par suite une dénomination toute autre. C'est ainsi que l'action compétant à l'acheteur de biens s'appelait, suivant Gaïus, *Serviana*, lorsqu'elle contenait la fiction d'héritier; *Rutiliana*, lorsqu'elle empruntait la forme de l'action donnée à celui qui agit au nom d'autrui, comme *cognitor* ou *procurator*. Étaient-ce là des formes différentes de la Publicienne qui aurait renfermé alors une double fiction: d'abord la fiction générale et ordinaire de l'usucapion, et ensuite celle qui se rapportait à l'hypothèse spéciale qu'on avait en vue selon les cas; ou constituaient-elles des actions séparées? c'est ce qu'il est impossible de savoir; le manuscrit de Gaïus,

(81) Gaïus, IV, 31 et 33.

(82) « *Reichhaltige Fundgrube*. »
(Unterholzner, *Rh. M.*, t. V, n° 45, 3).

(83) Voy. ci-dessous: Ch. II, § 1,

la controverse sur la nécessité d'une possession préalable pour agir par la Publicienne.

le seul connu qui traite de ces matières, ne s'explique point là-dessus (84).

Mais ce que nous ne pouvons accorder à nos adversaires, c'est la fiction de la mancipation ou de la cession juridique; car cette supposition est toute gratuite et n'a aucun texte à produire pour sa justification. Ensuite, le droit du propriétaire bonitaire, dites-vous, présente des caractères trop différents de celui du possesseur de bonne foi pour admettre qu'ils aient pu jouir en commun d'une seule et même action : mais cette assertion encore est bien peu fondée, et nous avons déjà montré les points de dissemblance qui les séparent. Est-il nécessaire de rappeler encore ici qu'ils sont tous deux, aux yeux du droit civil, non propriétaires, et qu'ils n'ont qu'un droit incomplet, soit à raison de l'impropreté du mode d'acquisition, soit à raison de l'incapacité de l'auteur? Est-il nécessaire de faire encore remarquer que ce double vice est purgé par le laps de temps requis pour l'usucapion, et que leur droit se change en véritable propriété quiritaire?... Qu'il y ait des différences, cela est dans l'ordre des choses, et nous ne le nions pas; mais quelque importantes qu'on veuille les supposer, ces différences ne sauraient jamais détruire les caractères qui touchent à l'action Publicienne elle-même.

Si maintenant nous interrogeons les documents que nous ont laissés les jurisconsultes, nous y verrons la consécration la plus formelle de notre manière de voir et la condamnation de celle de nos adversaires. Et d'abord Gaius ne nous décrit-il pas la Publicienne comme si elle devait être commune au propriétaire bonitaire et au possesseur de bonne foi? On lit en effet dans le § 36 de son 4^e Commentaire : *Datur autem hæc actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nundum usucepit, eamque amissa possessione petit.....* etc.; vouloir trouver dans cette phrase quelque chose de spécial au possesseur de bonne foi, c'est vraiment ajouter à son texte. Gaius ne parle que d'un mode capable de procurer une possession *ad usucapionem*; et cela pourra arriver soit lorsqu'une chose *mancipi* a été transférée seulement par la tradition d'un

(84) Voy. cependant, ch. II, § 2, de l'hérédité, comme mode d'acquies-
 II, 1, ce que nous disons à propos rir universel.

propriétaire ou d'un non-propriétaire, soit lorsqu'une chose *mancipi* ou *nec Mancipi* a été transférée par un mode du droit civil de la part d'un non-propriétaire : il ne dit point que la chose doit être *mancipi*, mais il n'exige pas non plus qu'elle dérive du non-propriétaire ; et la *justa causa* dont il parle se rapporte tout aussi bien à l'une des hypothèses qu'à l'autre. Qui l'empêchait de s'expliquer là-dessus s'il l'avait cru nécessaire?.....

Justinien, de son côté, dans ses *Institutes*, au § 4, *De action.*, en nous expliquant la nature et l'usage de cette action ; dans ses *Pandectes*, en nous transcrivant la formule de l'édit, se sert d'expressions tout aussi générales : chose bien plus frappante, puisqu'il aurait pu être tenté de spécialiser ces textes, pour leur faire viser l'hypothèse de la seule application dont l'action fût encore susceptible dans sa législation.

D'un autre côté, examinez attentivement la teneur de tous ces passages, *Institutes* de Gaius, *Institutes* de Justinien, *Pandectes* ; scrutez la pensée qui a dicté si souvent les mots *traditur*, *tradere*, *traditio*, etc., et demandez-vous pourquoi l'on se place toujours dans la supposition d'une tradition, alors qu'il existe une foule d'autres modes d'acquérir qui en sont parfaitement indépendants. Cette question, Ulpien se la fait aussi dans une des lois de notre titre (85) ; mais les rédacteurs qui ont transcrit, un peu étourdiment peut-être, ce fragment dans le texte du Digeste, se sont bien gardés d'y ajouter la réponse, qui, sans nul doute, n'embarassait point le jurisconsulte. Quelle peut donc être la cause d'un silence si prudent et qui donne à la phrase cette étrange tournure ? C'est que très-probablement, dans cette réponse, Ulpien rappelait cette idée, que la tradition, seul mode naturel dérivé, est aussi, presque exclusivement à tout autre, le principe générateur de la propriété bonitaire : idée qui ne pouvait trouver place dans la compilation de Tribonien.

Enfin, si l'on voulait nous objecter les mots de l'édit : *non a domino*, qui feraient refuser à la Publicienne sa mission protectrice du propriétaire bonitaire, nous répondrons que, dans notre opinion (et nous croyons l'avoir justifiée), ils ne sont qu'une inter-

(85) L. 1, § 2, D. *De Publ.*

polation que l'on ne retrouve d'ailleurs dans aucun autre fragment du même titre. Au surplus, cet argument prouverait trop, car il contrarierait même le système inverse; en effet, interprétés comme le voudraient plusieurs de nos adversaires (86), c'est-à-dire en les faisant rapporter à *petit* au lieu de *traditur*, ces mots conduiraient à faire refuser au possesseur de bonne foi l'action Publicienne, toutes les fois que le débat s'engagerait avec le véritable propriétaire; d'où il suit qu'ils ne seraient pas moins gênants pour le premier que pour le second. Mais les choses ne se passaient pas ainsi: le préteur accordait toujours l'action, sans entrer dans l'examen des faits, n'en déplaise à plusieurs auteurs qui intercalent dans le texte de l'édit les expressions *causa cognita*; il délivrait donc la formule, sans avoir égard à la qualité du défendeur, fût-il le véritable propriétaire; et ce dernier ne pouvait alors échapper à la condamnation qu'en faisant modifier par le préteur cette formule primitive, au moyen de l'*exceptio justi dominii*. Il est donc faux de soutenir que la non-propriété du défendeur serait le fondement nécessaire et obligé de la Publicienne; et les compilateurs des Pandectes, en faisant l'addition ainsi interprétée, eussent fait trop dire à leur texte: puisqu'il y a des cas où la Publicienne est encore efficace contre le propriétaire; et pas assez, puisqu'il y en a aussi où elle ne triomphe pas du possesseur de bonne foi (87).

§ 3. Des divers usages de l'action.

I. PREMIÈRE PÉRIODE: ÉPOQUE CLASSIQUE. — Parvenu à ce point de notre exposé général, la tâche nous devient plus facile et le sujet commence à se dessiner. En effet, il est avéré à présent que la Publicienne, créée pour le propriétaire bonitaire à l'instar de la revendication, remplace celle-ci au profit de ce dernier; mais comme le propriétaire bonitaire, quoique investi de toutes les prérogatives du véritable propriétaire civil, se trouve, si nous

(86) Entre autres: Unterholzner, *aus der Inst.*, § 236, et *Vorlesungen über das heutige R. R.*, § 173; Glück, *op. cit.*, §§ 593 et 594; Pellat, sur le titre *De Publ.*, etc.

(87) Dans le sens de notre opinion: Zimmero, *op. cit.*, § 2; Puchta, *Cur-*

pouvons nous exprimer ainsi, dans une situation purement provisoire, qui attend l'accomplissement de l'usucapion pour se régulariser, et que cet ensemble de conditions se trouve précisément se rencontrer également chez le possesseur de bonne foi, on a fait participer ce dernier aux mêmes privilèges; et durant tout le temps nécessaire pour usucaper, il aura besoin de l'égide du prêteur pour se maintenir dans son droit encore chancelant : il usera donc de la Publicienne, comme le propriétaire bonitaire, et dans les mêmes conjonctures.

Il y a mieux : souvent même, à raison du concours respectif des circonstances qui donnent naissance à la possession de bonne foi ou à la propriété bonitaire, la même personne pourra se trouver à la fois dans l'une et l'autre position, et cumuler les deux qualités (88). Mais cette complication ne changera pas sa situation et n'augmentera pas son droit quant aux mesures de protection, qu'elle pourra seulement réclamer alors à deux titres différents. Enfin le propriétaire du droit civil lui-même, qui trouve de l'avantage à user de la même action, le pourra également en renonçant à sa qualité de propriétaire, pour se présenter en simple possesseur de bonne foi.

En un mot, partout où le secours de l'usucapion paraîtra nécessaire pour régulariser les acquisitions irrégulières, comme nous le disions au début de notre travail, l'action Publicienne, fidèle auxiliaire de ce mode d'acquérir, offrira chaque fois aux différents intéressés un emploi avantageux et souvent distinct de celui de la revendication.

La facilité qu'a le propriétaire d'exercer aussi la Publicienne concurremment avec la revendication civile, et qui pourrait amener une confusion regrettable entre l'efficacité respective de ces deux modes d'agir, exige que nous entrions encore ici dans quelques explications, afin de bien faire ressortir les différences qui les séparent sous ce point de vue, et de démontrer qu'elles ont chacune dans sa sphère d'activité un usage parfaitement distinct et défini.

(88) Par exemple, dans le cas d'un envoi en possession *ex causa damni infecti*, à l'encontre d'un possesseur de bonne foi au lieu d'un propriétaire de l'édifice menaçant ruine. Voy. aussi la Loi 28, D. *De nox. act.*, et nos explications sur ces espèces, ch. II, § 2, I.

Nous résumerons ces notions dans les propositions suivantes, dont on trouvera le développement et la justification au chapitre III, § 2, ci-après :

1° La Publicienne, pour le possesseur de bonne foi, est moins active que la revendication du propriétaire civil, lorsque le défendeur possède aux fins d'usucaper : car le premier ne peut l'emporter que sur un possesseur *qui infirmiore jure possidet*. Toutes choses égales, le possesseur actuel est préféré et opposera avec succès à l'action Publicienne de son adversaire l'exception *bonæ fidei possessionis*. Pareille chose n'arriverait pas si le possesseur était attaqué par la revendication.

2° La Publicienne a autant d'effet que la revendication, lorsque le défendeur excipe d'un droit de propriété; ou, qu'étant possesseur aux fins d'usucaper, la possession qu'il fait dériver du même auteur non-propriétaire que le demandeur, n'est que postérieure en date à celle de ce dernier; ou enfin, lorsqu'il n'est ni propriétaire ni possesseur aux fins d'usucaper. Dans le premier cas, si le défendeur peut établir son droit de propriété contre le revendiquant, il peut aussi légitimer l'exception *justi dominii* que lui délivrera le préteur pour repousser l'action Publicienne. Dans le second cas, le demandeur mis le premier en possession verra s'opposer l'exception *bonæ fidei possessionis*, mais il y répondra victorieusement par la réplique *rei redditæ et traditæ*; il a donc en main contre son adversaire des armes aussi puissantes que s'il pouvait agir par la revendication. Enfin, dans le dernier cas, il n'y a aucun intérêt à distinguer entre l'une ou l'autre des deux actions, puisque le défendeur est sans aucun titre pour les combattre toutes deux.

3° La Publicienne est plus énergique que la revendication, lorsque l'exception *justi dominii*, que le défendeur oppose à la première de ces deux actions, se trouve elle-même paralysée par une réplique de dol de la part du demandeur, parce qu'il peut très-bien arriver que ce dernier, en se servant de la revendication pour faire valoir ses prétentions, soit hors d'état de fournir la preuve de la propriété, telle que l'exigerait cette action civile, tandis qu'il le pourrait très-bien dans les limites que comportent la Publicienne et même la réplique en question. S'il ne peut faire

la preuve par la revendication, les exceptions et répliques ne pourront venir à effet, car la défense de l'adversaire se réduira alors à une simple négation du droit du demandeur, et non plus à une exception; le défendeur sera donc renvoyé absous: *actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit* (89).

— La triple application de l'action Publicienne, à la propriété bonitaire, à la possession de bonne foi, et enfin à la pleine propriété quiritaire, a dû se rencontrer dès l'origine. Nous verrons aussi, en nous occupant des choses incorporelles dans leurs rapports avec l'usucapion et la Publicienne (90), que l'idée de substituer cette action à la revendication civile du propriétaire, a été poussée plus loin, et étendue à la revendication des démembrements de la propriété, à l'action confessoire des servitudes, en remplaçant cette dernière dans les hypothèses où la transmission de ces droits, imparfaite par suite de l'impropreté du mode d'acquisition ou de l'incapacité de l'auteur, a besoin pareillement du secours d'un certain laps de temps pour se légitimer. — En fut-il ainsi dès l'origine? Nous en doutons fort; car, à cette époque, si l'équité joua déjà un grand rôle dans l'interprétation de la loi civile, il est peu probable que le préteur se fût hasardé à supplanter ainsi toutes les actions du droit civil; on pouvait bien consentir à pourvoir aux situations les plus fréquentes non prévues par lui; mais on n'aurait pas voulu généraliser de prime abord les nouvelles créations, surtout en matière de servitudes, c'est-à-dire souvent de choses *mancipi*: c'eût été bouleverser trop tôt l'économie de la législation, et les Romains n'étaient pas novateurs.

— A ce propos, nous ne devons pas manquer de mentionner encore un cas particulier, où l'on serait tenté de chercher une application de la Publicienne: nous voulons parler de l'*usureceptio*, de cet autre mode de consolidation de certains droits réels, dont nous devons la connaissance au manuscrit de Gaius. Deux cas différents donnent lieu à cette variété de l'usucapion. Dans l'un, c'est l'ancien propriétaire d'un bien, qui, dans l'impuissance de payer

(89) Const. 4, C. *De edendo*. — Tel est le cas où la chose est abandonnée *ex noxali causa*. Voy., ci-après, ch. II, § 2; III, 8. Voy. aussi L. 28, D. *De nox. act.*; L. 2, D. *De*

except. rei vend.; L. 4, § 32, D. *De dol. mal.*

(90) Voy. ci-dessous, ch. II, § 4; III.

ses dettes envers l'État, lui a engagé ce bien, et en usucap, par un laps de deux ans, la propriété contre l'acquéreur (*prædiator*), lequel, dans sa négligence, ne s'est pas empressé de se mettre en possession; on l'appelle *usureceptio ex prædiatura* (91). Dans l'autre, nous voyons un débiteur qui mancipe ou cède *in jure* sa chose à son créancier, avec clause de fiducie, et qui en usucap de nouveau la libre jouissance, au bout d'un an, si le créancier, au lieu d'exiger de lui la possession de cette chose, la lui a abandonnée pendant ce laps de temps (92).

Nous ne trouvons malheureusement aucun texte qui fasse même simplement allusion à l'emploi que la Publicienne pourrait trouver ici, et tout ce que nous en dirons, se réduira à de simples conjectures. En nous attachant servilement aux termes de l'édit, nous déciderons sans hésiter que là où il n'y a ni juste titre, ni bonne foi, notre action ne saurait protéger celui qui a perdu sa possession vicieuse; or, c'est ce qui se rencontre manifestement dans l'*usureceptio ex prædiatura*. Dans l'autre, une distinction devient nécessaire; car les choses ne se présentaient pas toujours dans les circonstances que nous venons de citer. En effet, Gaius nous apprend qu'en matière de fiducie, l'*usureceptio* n'est dépourvue de titre, et l'usucapion n'est lucrative, que lorsque le créancier, n'ayant point encore été désintéressé, le débiteur s'est mis en possession de la chose, en vertu d'un louage ou d'un pacte de *precario* conclu avec le créancier; mais qu'elle n'a plus ce caractère, lorsque le contrat de fiducie a lieu avec un ami, auquel on confie la chose pour plus de sûreté, ou avec un créancier, lorsque la dette a été ensuite payée (93): dans ces deux dernières hypothèses, en effet, l'*usureceptio* s'applique à une chose sur laquelle les tiers n'ont aucun droit à faire valoir à l'encontre de son propriétaire; elle n'a plus alors qu'un but, qu'une conséquence: celle de dispenser de remanciper la chose, de même que l'usucapion dispense de manciper plus tard une chose mancipi dont on n'a fait qu'une simple tradition. Or, si dans ce dernier cas, on n'a jamais hésité à faire usage de la Publicienne, ne sommes-nous pas en droit de

(91) Gaius, II, 61.

(92) *Eod.*, II, 59.

(93) Gaius, II, 60.

conclure qu'il en était également ainsi dans l'autre, en matière d'*usureceptio*?

— M. Ortolan (94) trouve encore une autre application de la Publicienne dans l'action compétant à l'individu qui a la possession *longi temporis* d'un fonds provincial, et dont le droit acquis par la prescription de dix à vingt ans, se trouverait ainsi protégé à l'égal de celui que lui confère l'usucapion sur le sol italique. Il existe bien des textes qui nous prouvent qu'à l'époque classique, celui qui avait accompli le temps requis pour une pareille prescription, jouissait d'une action pour revendiquer cette espèce de propriété exorbitante du droit civil (95); mais ce pourrait être tout aussi bien une revendication donnée utilement. Cependant, nous ne prétendons nullement exclure par là l'hypothèse bien différente, et dont ne parlent pas ces textes, où il se fût agi de protéger celui qui n'aurait pas encore accompli le temps fixé pour cette prescription; ici l'on rentre dans la série ordinaire des fictions applicables à notre action; et la Publicienne, créée pour des hypothèses non prévues par le droit civil, a pu parfaitement être transportée sur un sol soustrait à l'empire de ce droit.

II. DEUXIÈME PÉRIODE : ÉPOQUE GRÉCO-ROMAINE. — La fameuse constitution de Justinien, *De nudo jure Quir. toll.*, en supprimant la propriété bonitaire, et faisant disparaître par là une distinction que cet empereur lui-même avouait ne pas différer beaucoup d'une énigme, et en abolissant également toute différence, quant au droit civil, entre le sol de l'Italie et celui des provinces, porta un coup presque mortel à notre action, en lui ôtant une de ses plus fréquentes applications, celle qui rappelait peut-être le mieux son origine. Désormais elle ne pouvait plus servir qu'au possesseur de la pleine propriété et des servitudes qui la grèvent: c'est peut-être ce qui explique pourquoi on ne la voit plus figurer dans bien des monuments législatifs, même antérieurs à Justinien. Ainsi, ni le *Code Théodosien*, ni le *Bréviaire d'Alaric*, ni toutes ces lois barbares calquées sur les lois romaines, et qui furent en vigueur à cette époque dans la Gaule, ne font mention de l'exis;

(94) *Instit. de Just.*, sur le titre *De usucap.*, texte et note 4^e; et sur le § 4, *De action.*

(95) *Const. 8*, pr., C. *De præscr.* III tel *IL ann.* — Voy. *infra*, ch. II, § 4; III, 4, et note 194.

tence de la Publicienne, que leurs rédacteurs devaient cependant rencontrer fréquemment dans les écrits où ils ont puisé.

Justinien lui-même ne consacre à l'explication de cette action qu'une page bien écourtée dans les Pandectes, quelques lignes seulement dans les Institutes, pas un mot dans son Code ni dans ses Novelles. Malgré ce laconisme souvent embarrassant pour l'interprétation, il serait difficile de croire que dans le Bas-Empire et les États qui ont adopté sa législation, la Publicienne ait perdu son usage, au point de se confondre, de s'identifier complètement avec la revendication, comme certains esprits ont témérairement essayé de l'induire d'une explication erronée de la loi 7, § 8, D. *De Publ.*; autrement, que faudrait-il penser des législateurs qui inséreraient dans leur œuvre sur cette matière, une disposition de nature à en détruire tout l'effet? Et comment expliquer que des commentateurs de ces temps-là, tels que Théophile et Harménopule (96), nous auraient encore présenté cette action comme parfaitement en vigueur et revêtue de tous ses caractères les plus classiques? — Cette opinion n'est donc pas soutenable et ne mérite pas de nous arrêter.

— Une autre innovation que le même empereur introduisit dans sa législation, doit encore attirer notre attention, en raison de l'influence qu'elle eut sur le sort de l'action Publicienne. A la suppression de la propriété bonitaire et du sol provincial, succéda une autre réforme : l'antique usucapion de deux ans, peu faite pour les Romains de Constantinople, forcément éloignés des biens qu'ils possédaient sur le sol italique, était devenue à leur égard une flagrante iniquité. Justinien fit alors, pour les citoyens de ses États, ce que les lois romaines avaient fait depuis longtemps pour les citoyens de Rome, à l'égard des provinces éloignées : il abrogea cette usucapion et étendit aux fonds italiques la garantie octroyée anciennement aux fonds provinciaux. Mais la nouvelle usucapion, ou plutôt la prescription décennale, hérita de l'ancien mode d'acquérir qu'elle remplaçait, les exigences et les prérogatives dont l'avait pourvu le droit civil. Les mêmes conditions furent requises

(96) Harmen., *Περὶ δικῶν διαφορῶν νομικῆς δεσπότειας, τίτλ. Α.*, in *fine*
καὶ παντοποιῶν, τίτλ. β'. Περὶ (Thesaur. de Meermann, t. VIII).

pour la possession qui devait y conduire : la même action dut aussi lui être donnée pour la garantir ; c'est ce que supposent évidemment les textes, sans l'exprimer spécialement (97).

Quant à la prescription trentenaire présentée originairement dans certaines hypothèses comme un mode de repousser les actions réelles et personnelles, et qui devint par la suite un véritable mode d'acquérir, il faut en rejeter toute idée d'application de la Publicienne, attendu que ce surcroît de temps requis pour la possession était destiné à remplacer ce dont l'action ne peut se passer : le juste titre et la bonne foi (98). Cette remarque, et la conséquence qui s'en déduit, se retrouvent chez un auteur du moyen âge, Baptiste de Saint-Blaise, dans un opuscule sur les actions, où il semble présenter cette solution comme l'expression de la pratique suivie de son temps (99).

III. TROISIÈME PÉRIODE : ÉPOQUE FRANÇAISE. — Le silence que l'on déplore dans les documents de l'époque justinienne est bien plus complet dans ceux des temps ultérieurs. Aucune loi barbare, aucun Capitulaire de nos rois de la deuxième race, aucune ordonnance de ceux de la troisième, aucun texte enfin de notre époque contemporaine, ne sont là pour jeter la plus petite lumière sur la destinée de l'action qui nous occupe, et nous servir au moins de points de repère dans les quelques notions que nous essayons d'esquisser sur cette question toute historique.

L'action Publicienne, si elle trouva grâce devant cet esprit novateur qui suivit de près le démembrement de l'empire romain, ne put se glisser dans la pratique judiciaire de notre pays, que comme ce *jus non scriptum* auquel la plupart des lois barbares conservèrent une autorité de raison (100). C'est sans doute à la faveur de cette circonstance que nous la voyons figurer de loin en loin dans quelques commentateurs plus ou moins obscurs ; encore faut-il attendre jusqu'au quatorzième siècle, à l'époque de

(97) Const. 1, C. De usucap. transf. — An 531 apr. J. C.

(98) Const. 2 et 8, § 1, C. De praser. IIII et II ann.

(99) *Ista actio, dit-il, non competit praseribenti praseriptione longissimi temporis, in qua non requi-*

ritur titulus, etc. (De act. et eor. nat., cent. I, n° 6).

(100) Voy., par exemple, l'interprétation de la const. 1, C. th. De longa cons. (l. V, t. 42), telle que la donne le Code d'Alarie.

la renaissance de l'étude du droit, pour en rencontrer un qui s'en soit occupé.

Or, il ressort de l'examen des écrits des jurisconsultes de cette époque, que l'on discutait fort alors la question du cumul de la Publicienne avec la revendication, ce qui dénote assurément une tendance vers l'assimilation de ces deux actions. Nous avons déjà discuté ce point, et nous avons montré qu'en effet les textes ne s'opposaient point à la délivrance simultanée des formules relatives à l'une et à l'autre : c'est ce qui s'induit principalement de la loi 1, § 4, D. *Quod legat.*; et Bartole, qui était partisan de ce cumul, nous apprend, sur cette dernière loi, que la pratique avait admis le principe qui s'y trouve proclamé, non-seulement lorsque les textes semblaient accorder les deux actions pour le même objet, mais même dans le cas où les docteurs étaient partagés sur la nature de l'action unique qu'il y avait lieu à exercer (101).

Cette controverse, la seule qui, par sa présence, paraisse encore accuser une certaine valeur dans l'emploi de notre action, se rencontre aussi dans les œuvres des jurisconsultes plus récents; et nous verrons tout à l'heure plusieurs de nos auteurs contemporains aborder le même sujet. Beaucoup d'entre les premiers, en traitant de la revendication, examinent le cas où un conflit s'engage entre deux possesseurs qui excipent d'un droit à peu près égal, et n'hésitent pas, en général, à accorder, dans cette hypothèse, une revendication qui paraît avoir perdu pour eux la dénomination de Publicienne; c'est ce que nous trouvons notamment dans Masuer (102), dans Boniface et dans Basset (103), qui rapportent quelques arrêts ayant statué dans des espèces de cette nature. D'un autre côté, nous lisons, en tête des remarques d'Automne, sur

(101) Bartole, ad l. 1, D. *De Publ.* Voy. dans le sens de son opinion : G. Durandi, *Specul.*, l. IV, 2^e part., *De caus. propr. et poss.*; en sens contraire : Dynus de Muxello, *Tract. de act.*, sur le § 3, l. *De act.*, n° 21. — Paul de Castro (ad l. 1), après avoir émis un avis opposé à celui de Bartole, se hâte d'ajouter : ... *Sed hodie ex consuetudine, proponi possunt alternative, dicendo rem ad se pertinere jure dominii vel quasi...*

— Voy. aussi, pour diverses applications de la Publicienne : Decius, *Consil.* CXI.V, n° 7; et Domoulin, dans ses observations sur la 6^e décrétale de Boniface VIII, tit. XIV, ch. 3 (l. IV de ses œuvres).

(102) *Pratiqu. judic.*, t. X, n° 130.

(103) Boniface, t. II, 2^e part., liv. IV, tit. 19, ch. II; Basset, t. II, l. VII, tit. 7, ch. II. Voy. pourtant : Dartoine, *Rég. de dr. civ.*, R. 33.

le titre *De Publiciana in rem actione*, cette phrase d'un laconisme énergique (104) : « *Harum actionum nomina in desuetudinem abiierunt* » ; et, dans les *Institutions du Droit français* de Serres, cet autre passage, aussi très-significatif (105) : « La division qui est faite ici des actions en civiles et prétoriennes n'est d'aucun usage en France. . . . , et nous ne connaissons pas non plus la pratique de l'action que l'on appelait à Rome Publicienne, dont il est parlé dans le § 4; introduite en faveur du possesseur avec titre et bonne foi, pour être réintégré dans la possession qu'il avait perdue, on lui accorde le droit d'agir pour la rendre, tout comme le véritable propriétaire pourrait le faire. »

En regard de cette opinion qui paraissait être prépondérante, nous pourrions montrer Bugnion qui, en passant en revue les lois romaines non reconnues par la pratique de son temps, n'en cite pas une seule du titre *De Public. in rem act.* ; nous pourrions voir Domat faire un commentaire de ce même titre, absolument comme s'il était en pleine vigueur (106) ; nous pourrions citer Voet (107), qui nous affirme aussi que, nonobstant l'usage désormais constant de ne plus qualifier les actions par un nom particulier, il n'est douteux pour personne que les caractères distinctifs des deux actions n'aient subsisté intégralement ; *atque adeo hæc quoque Publiciana in praxi viget*, continue-t-il, *usque adeo ut a pragmaticis disputari videas utrum cum rei vindicatione Publiciana possit cumulari* ; enfin, nous trouverions une déclaration aussi catégorique dans Brunne-mann (108), qui écrivait pour les provinces de l'électorat de Brandebourg.

Si maintenant nous interrogeons Pothier, toujours si fidèle interprète du dernier état du droit avant la révolution, nous le verrons entrer franchement dans cette dernière voie, et, après avoir d'abord qualifié de *revendication* l'action donnée à l'individu qui a perdu la possession d'une chose avant d'en avoir prescrit la propriété, l'appeler ensuite *Publicienne*, sans hésiter. Au surplus, voici le passage auquel nous faisons allusion en ce moment (109) ;

(104) *Confér. du Dr. fr. avec le Dr. rom.* (Paris 1629).

(105) *Op. cit.*, L. IV, tit. VI, § 3.

(106) Bugnion, *Des lois abrogées* ; Domat, *Lois civ. ad h. t.*

(107) *Ad tit. de Publ.*, n° 11.

(108) *Ad l. 1, cod. tit.*, n° 11.

(109) *De la propr.*, n° 292. Voy. aussi le traité *De la possess.*, n° 83.

nous le transcrivons en entier, parce qu'il peut avoir une certaine valeur aujourd'hui contre l'opinion qui se refuse à admettre une Publicienne dans notre droit actuel. « Quoique régulièrement l'action de revendication d'une chose n'appartienne qu'à celui qui en est le propriétaire, on l'accorde néanmoins quelquefois à celui qui n'en est pas le propriétaire, mais qui était en chemin de le devenir, lorsqu'il en a perdu la possession. — Car si celui qui possédait de bonne foi, en vertu d'un juste titre, une chose dont il n'était pas propriétaire, en a perdu la possession avant l'accomplissement du temps requis pour la prescription, il est reçu, quoiqu'il ne soit pas propriétaire de cette chose, à la revendiquer par l'action de revendication contre ceux qui se trouvent la posséder sans titre. — Cette action est celle qui est appelée en droit *actio Publiciana*. Elle est fondée sur l'équité qui veut que celui qui était le juste possesseur d'une chose et qui, quoiqu'il n'en fût pas encore le propriétaire, était en chemin de le devenir, soit préféré pour avoir cette chose, lorsqu'il en a perdu la possession, à un usurpateur qui s'en est mis injustement en possession..., etc. »

— Nos Codes sont complètement muets sur cette action, et, au premier abord, on serait volontiers tenté de la reléguer au même rang que tant d'autres institutions de la même origine, qui n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt purement historique. Cependant, examinons un peu, et voyons si dans notre Droit, comme le pense le savant professeur, annotateur des œuvres de Pothier (M. Buguet, sur le passage précité), l'action Publicienne, par la seule force des choses, ne remplace pas la véritable revendication bien plus souvent que ne le croient nos praticiens.

Chez nous, et d'après l'esprit de nos lois, la preuve de la propriété, en matière de revendication, est au moins aussi difficile qu'en droit romain; si même on n'était autorisé à penser qu'en présence du principe de la translation clandestine de la propriété à l'égard des tiers, cette preuve ne serait pas plus difficile encore (nous raisonnons ici au point de vue de la législation de nos Codes, et non point de la loi du 11 brumaire an VII, ni de celle du 23 mars 1853 qui en a fait revivre l'esprit). Il en a dû nécessairement résulter que la pratique n'a pu se montrer rigoureuse sur l'administration de la preuve du demandeur en revendication, et qu'elle

s'est contentée volontiers, pour ce dernier, d'une supériorité relative par rapport à son adversaire. Est-ce à dire pour cela, comme semblent l'insinuer MM. Troplong, Duranton et Demolombe (110), que le demandeur, en invoquant sa simple possession, pourra triompher dans une revendication par la seule circonstance que son adversaire *infirmiore jure possidet*, et continuer ainsi une prescription injustement interrompue? Nous ne le pensons pas; et si, dans notre conviction, comme aussi dans celle du premier de ces auteurs, « la subtilité du droit ne va pas jusqu'à » exiger que le demandeur en revendication établisse la filiation de » propriété depuis ses auteurs les plus reculés, et justifie qu'ils » étaient tous légitimes propriétaires.... », il nous est impossible, par contre, d'admettre que la condescendance de ce même droit aille jusqu'à transporter sur le terrain du pétitoire, une contestation que la nature avouée des prétentions mêmes des parties litigantes devait maintenir exclusivement sur celui du possessoire.

Sans doute, il en est autrement à Rome; sans doute, les jurisconsultes de ces temps-là, qui savaient parfaitement distinguer l'usage de la Publicienne de celui des interdits, en disant: *Publiciana ad instar proprietatis... respicit*, montraient bien que pour eux la question, quoique agitée entre deux possesseurs, roulait uniquement sur la propriété, et que la protection des interdits était d'ailleurs suffisante pour le possesseur évincé. Mais c'est que chez eux la possession était bien moins efficace que celle qui résulte dans notre droit de l'introduction des nouveaux principes sur la saisine possessoire, léguée par des traditions purement germaniques, et par conséquent inconnue aux Romains; et ces principes tendent, dans une certaine mesure, à rapprocher la position du possesseur actuel de celle du propriétaire. A Rome, la possession actuelle, même violente, pour avoir interrompu, même *erga omnes*, la possession antérieure du revendiquant (111), lui conservait néanmoins la faculté d'agir par les interdits ou la Publicienne, selon le but qu'il se propose. Notre législation au contraire, ainsi que le font

(110) Troplong, *De la vente*, n° 233, et XVI, 21; Demolombe, 233, et *De la prescript.*, n° 230; Cours de C. Nap., IX, 481.
Duranton, *Cours de Dr. civ.*, IV, (111) L. 5, D. *De usurp. et usucap.*

très-bien observer MM. Aubry et Rau (112), a pourvu trop ample-
ment aux intérêts de celui qui possède actuellement, pour laisser
place à l'exercice de cette action au profit de l'ancien possesseur.
Car, ou le premier a une possession annale, ou il n'en a pas; s'il
l'a, il anéantira par là-même celle du revendiquant, fût-elle bien
plus longue, et empêchera l'action Publicienne de venir à effet;
s'il n'a qu'une possession de moins d'une année, il n'aura point
interrompu la possession annale de son adversaire (113), qui pourra
toujours agir par l'action possessoire, au lieu qu'en droit romain,
dans cette hypothèse, ce dernier ne jouissait pas toujours des inter-
dits, ou il n'en jouissait pas toujours du moins contre le possesseur
même. Enfin, si aucune des deux parties n'a possédé pendant un
an, il n'y a pas de raison pour ne pas donner provisoirement la
préférence au possesseur, jusqu'à ce que le revendiquant soit à
même de justifier de sa propriété. Donc, dans tous ces cas, point
d'action Publicienne.

On pourrait peut-être objecter que ces arguments tirés de la na-
ture de la saisine possessoire, auraient dû avoir le même poids
sous l'empire de la législation que nous interprétait Pothier, et
qu'alors le passage précité de cet auteur deviendrait un non-sens.
Pourtant nous ferons remarquer qu'il ne semble permettre l'action
Publicienne qu'à l'encontre de ceux qui possèdent *sans titre*, c'est-
à-dire qui n'ont pas même de possession annale, et seulement au
profit du *juste* possesseur. Or, rien ne nous dit qu'il ne faisait point
allusion au cas où ce dernier se présentait comme propriétaire,
en agissant au pétitoire; et, envisagées sous ce point de vue, les
considérations des traducteurs de Zacharie perdent leur force;
car, nous le répétons, dans cet ordre de choses, la revendication
qu'il intentera ressemblera bien plus à la Publicienne des Romains
qu'à leur revendication civile; parce que la preuve qu'elle exigera,
se réduira à faire ressortir la légitimité de l'acquisition du deman-
deur, en regard d'une simple possession que peut invoquer le dé-
fendeur. Au moyen de cette explication qui nous permet de tout
concilier, il est légitime de supposer que l'action Publicienne est
et restera toujours en vigueur chez nous, parce qu'elle est la seule

(112) *Cours de Dr. franç.*, trad.
de Zacharie, § 218.

(113) C. Nap., art. 2213, et C. de
proc., art. 23.

ressource de celui qui, sans avouer n'être pas propriétaire, ne peut guère fournir, en faveur de ses prétentions, qu'une preuve tout au plus supérieure à celle de son adversaire.

Seulement, en conservant encore cette dernière utilité, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître que la Publicienne est bien déchue du rang qu'elle occupait même encore sous Justinien; et nous pourrions dire avec beaucoup de raison que la destinée de cette action a été de résister à tous les remaniements de législation, sans modifier ses caractères, mais en perdant peu à peu et par lambeaux la plupart des attributs dont ses fondateurs l'avaient investie.

CHAPITRE II.

Des conditions requises pour exercer l'action.

§ 1. *Notions générales.*

Nous avons déjà eu occasion de dire que les conditions auxquelles se trouve subordonné l'exercice de la Publicienne, sont, à peu de chose près, les mêmes que pour l'usucapion. Les exceptions que souffre cette proposition n'ont trait qu'à la possession, et à plusieurs autres points de moindre importance qui seront examinés en leur lieu et place. Quant à la condition de possession, elle a donné lieu à une controverse très-animée entre les auteurs, qui sont encore aujourd'hui partagés sur cette question délicate : nous ne devons donc pas la passer sous silence.

Il est positif et hors de toute contestation que la possession, si elle existe, est dispensée de toute condition de durée : l'action Publicienne, qui est fondée sur une usucapion commencée et non accomplie, n'est subordonnée à l'écoulement d'aucun laps de temps; mais il faut, selon nous, aller plus loin et dire hardiment qu'elle n'exige aucune possession, en tant bien entendu qu'il s'agit d'une possession effective, d'une détention physique et juridique à la fois. Les auteurs qui ont contesté cette proposition (1), ont fait une étrange

(1) Ant. Favre, *Rational. ad l. 1*, Heineccius, *Edict. perp.*, tit. XXXVII, § 1, D. De Public.; Voet, *Comm. ad* note c, etc.
h. l., n° 2; Cujas, *Comm. ad h. l.*;

confusion, qui ne tendrait rien moins qu'à matérialiser cette condition de possession, si l'on peut s'exprimer ainsi, c'est-à-dire à la réduire à une détention purement physique.

En effet, les seules raisons sérieuses qu'ils avancent dans cette discussion, se bornent à des arguments de textes, et nous pouvons sans crainte les accepter tous et les faire servir parfaitement à notre manière de voir qu'ils sont loin de contrarier, comme on le prétend. C'est d'abord Ulpien, nous dit-on, qui écrit dans la loi 7, § 16, *D. h. l. : Ceterum ante traditionem, quamvis bonæ fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit*; c'est Paul qui, dans la loi 12, § 7, *ibid.*, va jusqu'à prendre la peine de dire qu'il suffit d'avoir possédé un instant, pour avoir l'exercice de cette action; c'est enfin Justinien qui, dans ses *Institutes*, fidèle imitateur en cela de celles de Gaius, nous répète à satiété que celui qui a perdu la possession, pour ne plus jouir de l'action civile, recevra pourtant du préteur une autre action (2)..... Or, nous dit-on toujours, qu'était-il besoin d'insister si fortement sur cette idée, qu'avant la tradition on peut user de la Publicienne; ou sur celle-ci, qu'un moment de possession, si court qu'il soit, est toujours pris en considération; ou enfin, sur celle qu'il faut avoir perdu la possession pour être capable d'intenter cette même action...., si Ulpien, si Paul et tous ces jurisconsultes ne voulaient par là faire comprendre énergiquement la nécessité d'une possession préalable? — La réponse est facile: interrogez l'espèce citée par Paul, et vous verrez qu'il ne pouvait faire autrement que de parler de la possession, attendu qu'il s'agit là d'une vente; et que la vente sans tradition, par conséquent sans possession, n'est point parfaite; examinez le contexte des derniers paragraphes de la loi 12, et vous verrez qu'après avoir enseigné que la Publicienne peut servir à revendiquer un esclave âgé de moins d'un an (*nundum anniculo*), limite inférieure du temps fixé pour l'usucapion, le même jurisconsulte était naturellement amené à dire que cet esclave, eût-il seulement quelques minutes d'existence, serait toujours susceptible de la revendication

(2) ...*Si ejus rei possessionem casu amiserit...* et plus bas: ...*actio in qua dicit is qui possessionem amisit* *eam rem se usucepisse...*, etc. (§ 4, *Inst., De action.*). Voy. Gaius, IV, 36.

prétorienne, parce que la possession n'a besoin que d'une durée infiniment petite.

Au surplus, à des textes nous en opposerons d'autres, et nous montrerons ce même Paul, qui, avant d'exiger une condition de possession quelque petite qu'en fût la durée, disait dans la même loi 12, en parlant de l'acquisition résultant du sénatus-consulte Trébellien : *etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana* (3), faisant bien entendre par là que, dans sa pensée, la nécessité d'une possession préalable n'est point absolue, mais reste subordonnée à la nature du titre qui aurait dû rendre propriétaire. C'est aussi notre sentiment, et nous regardons comme une pétition de principes l'argument qu'on nous soumet (4), et qui consiste à dire que, si la Publicienne se fonde sur la fiction de l'usucapion accomplie, il faut également que l'on admette une possession qui, pour en être au moins le simulacre, doit fatalement en rester le point de départ obligé, puisque, comme le dit la loi 25, D. *De usurp.* : *sine possessione usucapio contingere non potest*. Sans doute, l'usucapion sans la possession est impossible ; mais la question est de savoir quelle est cette possession dont il est fait mention dans la loi précitée ; sans doute aussi la loi 3, § 1, D. *De possess.* nous dit formellement que la possession s'acquiert *animo et corpore*, par l'intention accompagnée d'un acte extérieur qui en révèle l'existence ; mais il ne faut pas exagérer l'importance de cette intervention physique, et nous croyons que l'appréhension existe suffisamment pour le possesseur, lorsqu'il y a chez lui possibilité de manifester physiquement sa puissance sur la chose ; de faire, en un mot, acte de possesseur, en montrant que la chose peut être à sa disposition. Nous nions donc qu'aucun texte romain ait jamais exigé davantage : la loi 25 (*De usurp.*) elle-même ne dit pas autre chose ; bien plus, Godefroid, dans sa glose sur ce texte, ajoute à *possessio* le mot *civili*, c'est-à-dire qu'il entend par là, non cette détention purement matérielle qui n'entre point ici dans les prévisions du législateur, mais cette *détention intellectuelle* (si nous pouvons nous exprimer ainsi) indépendante de toute tradition, caractérisée seulement par le juste titre et par la bonne foi, qui réside dans l'intention d'avoir la chose pour soi, comme

(3) L. 12, § 1, D. *De Publ.*

(4) Pellat, *op. cit.*, sur la loi 1, A. 1.

propriétaire, à l'exclusion de toute autre personne; et qui peut se transmettre à un nombre indéfini de successeurs, sans qu'aucun d'entre eux ait jamais caractérisé son droit par un acte extérieur quelconque. Cette possession, dépourvue ainsi de tout élément matériel, est en tous cas suffisante dans l'exercice de la revendication civile: elle doit donc l'être aussi dans la revendication prétorienne, plus favorisée que la précédente; et c'est certainement à ce genre de possession que se réfèrent les passages de Gaius et de Justinien, que nos adversaires nous opposent. Avec cette interprétation on fera disparaître toutes les apparentes contradictions de quelques textes du Digeste.

Mais voici maintenant ce que nous dirons à ces adversaires: ou la possession telle que nous venons de la définir est suffisante pour l'action Publicienne, et alors il n'y a plus de question; ou vous persistez dans l'opinion qu'il faut une possession plus matérielle, et dès lors vous êtes amenés forcément à dire que l'intention seule ne suffit plus pour la possession, mais qu'il faut une détention effective et physique de la part de celui qui prétend exercer l'action; et par là vous excluez du bénéfice de la Publicienne toute cette classe de personnes dont les titres d'acquisition sont indépendants de la tradition: tels que la loi, les successions universelles et beaucoup de ces nombreux modes prétoriens d'acquérir qui engendraient la propriété bonitaire. Or, une pareille conséquence est évidemment absurde et inadmissible, et nous aimons à croire que c'est faute de ne l'avoir pas méditée, que l'opinion adverse compte encore quelques partisans.

Plusieurs auteurs, notamment Vangerow (5), tout en adoptant la manière de voir que nous défendons, ont reculé devant ses conséquences extrêmes et y ont mis cette restriction, que l'auteur dût avoir été au moins en possession de la chose; sans quoi, disent-ils, il en résulterait cette choquante singularité, qu'un individu qui n'est pas propriétaire, pourrait léguer la chose d'autrui qu'il ne possède même pas, et par suite aussi le droit d'exercer l'action Publicienne. D'autres, tels que Schmid (6), renchérissent encore sur

(5) Vangerow, *op. cit.*, § 335. Sell, *Kam. Lehre der dingl. Rechte*, rem. II, 1, a. Dans le même sens: p. 107 et 112.

(6) P. 361, note 22.

ces exigences et demandent aussi à l'auteur une possession de bonne foi. Nous avouons volontiers ne pas comprendre ces scrupules, et nous ne voyons pas pourquoi le légataire, par exemple, s'il est d'ailleurs lui-même de bonne foi, ne pourrait pas, avec son juste titre, commencer une usucapion ou profiter de la Publicienne, en vertu de cette espèce de possession intellectuelle; de cette possibilité d'avoir la chose en son pouvoir, que lui a transmise le testateur; et la condition de possession réelle qu'on voudrait imposer à ce dernier, n'ajouterait rien à la position juridique du légataire, outre qu'elle n'est édictée par aucun texte (7). — Cela dit, nous passons à l'examen des conditions exigées pour l'exercice de notre action, et qui sont les mêmes que pour l'usucapion : savoir le *juste titre*, la *bonne foi* et la *qualité de l'objet* : ce sera la matière des trois paragraphes suivants.

§ 2. Du juste titre.

I. DÉFINITIONS ET DIVISION DU SUJET. — On appelle *juste titre*, *justa causa*, en cette matière toute cause capable de transférer la propriété et qui la transférerait en effet, si celui de qui on a reçu la chose en eût été propriétaire (8). Parmi ces causes, la *tradition* étant celle qui sert de base à la distinction entre les choses *mancipi* et *nec Mancipi*, et par suite aussi celle entre la propriété *quiritaire* et la propriété *bonitaire*, et présentant par là les deux applications de la Publicienne, il importe, dans l'énumération de ces causes, de distinguer celles qui sont indépendantes de cette tradition, et celles au contraire dont la tradition sert en quelque sorte de complément indispensable.

Les premières sont les seules qui puissent conduire en même temps et indifféremment à la transmission des choses *mancipi* et des choses *nec Mancipi*; par conséquent, il ne pourra être question là de propriété *bonitaire*, sauf dans les cas où le mode d'acquisition d'origine purement prétorienne, est incapable de jamais con-

(7) Dans le sens de notre opinion : Laurent, *Syst. des P. R.*, § 572; Puchta, *Curs. der Inst.*, § 233, texte et note 4.
 Noodt, *cod. tit. de Publ.*, t. II, p. 263; Vinnius, *ad § 4, Inst., De act.*; Glück, *op. cit.*, §§ 595 à 597; Tli-

(8) L. 13, pr., D. De Publ.

férer autre chose que ce genre de propriété, abstraction faite alors de la nature de la chose transmise (9); sauf encore dans les cas où la propriété, transmise par un mode même de droit civil, est déjà bonitaire dans le principe : car alors la nature du mode d'acquérir est chose tout à fait indifférente.

Les secondes causes, c'est-à-dire celles qui exigent pour leur perfection le secours de la tradition, nous offriront toujours, suivant qu'il s'agit d'une chose *mancipi* ou *res mancipi*, la double fonction de notre action; et nous aurons soin, dans ces cas, de distinguer les deux hypothèses toutes les fois qu'il pourrait en résulter quelques développements intéressants.

II. DES JUSTES TITRES INDÉPENDANTS DE LA TRADITION. — Ce sont :

1. *Les hérités testamentaires et ab intestat* (10). Le défunt ici est supposé avoir été en train d'usucaper la chose, et comme tel habile à user de la Publicienne; son droit passe à ses successeurs, même à l'héritier fidéicommissaire auquel l'hérédité avec tous les droits actifs et passifs a été restituée en vertu du sénatus-consulte Trebellien (11). L'action Publicienne sera alors doublement fictice, d'abord comme intentée par un héritier fidéicommissaire qui agit *ficto se herede*; ensuite comme supposant une usucapion accomplie : *fingitur rem usucepisse*.

On pourrait présenter une autre théorie sur ce point, et dire que l'héritier fidéicommissaire universel, auquel l'héritier fiduciaire a déclaré vouloir lui restituer l'hérédité en vertu du sénatus-consulte en question, ayant sur les choses de l'hérédité un droit de propriété purement bonitaire, invoquera, s'il y a lieu, le secours de l'usucapion, pour convertir ce droit imparfait en propriété quiritaire. Si donc il a perdu la possession de la chose héréditaire, comme il réunit les conditions voulues pour l'exercice de la Publicienne, on ne lui refusera pas cette action (12). — L'une et l'autre explication sont satisfaisantes; mais la première est seule admissible dans le droit de Justinien.

(9) Nous avons déjà fait ressortir ce point au chap. I^{er}, § 2, I, *in fine*.

(10) L. 7, § 9, D. *De Publ.*

(11) L. 12, § 1, D. *De Publ.*, et l. 57, *pr.*, D. *Ad sc. Trebell.*

(12) L. 63, D. *Ad sc. Treb.* Cette interprétation a été adoptée par Zimmer (Rhein. Mus., t. III), II, 6.

Dans l'ancien droit, il y avait une hypothèse particulière où le titre *pro herede* ne donnait vraisemblablement pas ouverture à la Publicienne. En effet, Gaius nous enseigne que des motifs d'ordre public, le désir d'empêcher la déshérence des successions, l'intérêt que tous les Romains attachaient à savoir après la mort leur personne continuée, le culte de la famille perpétué et les créanciers désintéressés, avaient fait admettre que tout citoyen pouvait prendre possession d'une hérédité vacante, avec faculté de l'usucaper au bout de l'année, sans aucune condition de juste titre ou de bonne foi (13). Cette *improba possessio*, comme l'appelle notre jurisconsulte, paraît n'avoir plus même été en vigueur de son temps; en tous cas, il est permis de croire, en présence de tous ses caractères, qu'elle n'a jamais été protégée par la Publicienne.

1 bis. L'acquisition par *adrogation*, qui est aussi une manière de succéder à titre universel. Il faut ici encore supposer l'adrogé en train d'usucaper, et transférant à l'adrogeant, avec tous ses droits incorporels, celui à l'action Publicienne qu'il pouvait exercer lorsqu'il était *sui juris* (14).

2. Les *legs per vindicationem* et aussi *per præceptionem*, suivant la doctrine des Proculéiens qui les assimilaient complètement entre eux, qu'ils fussent faits à un héritier ou à un étranger; tandis que les Sabinien pensaient que ces derniers ne pouvaient s'adresser qu'à l'un des héritiers, et n'avaient d'autre effet que d'autoriser le juge, qui faisait le partage, à adjuger par préciput la chose à l'héritier légataire (15). Dans la première opinion, le legs était transféré immédiatement par la seule force de la loi (16); dans la seconde, il ne l'était que par l'adjudication.

(13) Gaius, II, 52. — C'est une question très-controversée que celle de savoir si cette usucapion courait contre le véritable héritier; mais ce n'est point le lieu de la discuter ici. En tous cas, il est positif qu'à partir d'Adrien, et par suite d'un sénatus-consulte dont parle la loi 20, § 6, D. *De heredi. petit.*, la pétition d'hérédité qui compétait contre le possesseur *pro herede*, a dû rendre de son côté l'usucapion dorénavant impossible; sauf toutefois en ce qui concerne l'esclave, héritier

nécessaire qui n'a jamais inspiré une grande sympathie aux jurisconsultes romains. (Voy. sur cette question: Gaius, II, 57 et 58; Vangerow, *Pand.*, § 320, I, et Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 90).

(14) § 1, Inst., *De acq. per adrog.*; l. 11, § 2, D. *De bon. poss. sec. tab.*

(15) Gaius, II, 216 à 222.

(16) Cette proposition avait donné lieu à discussion dans le sein même des écoles anciennes: car, suivant les Proculéiens, dans le legs même *per*

Toutes ces distinctions s'effacent à partir de Justinien : il n'y a plus alors qu'une espèce de legs qui donne lieu à plusieurs actions, et les fidéicommiss à titre particulier leur sont également assimilés (17). Nous n'avons, du reste, rien de spécial à présenter sur l'application de la Publicienne au legs de la chose d'autrui (18).

3. *Les donations entre-vifs et à cause de mort.* On sera peut-être très-étonné de ce que nous rangions ce mode d'acquérir parmi ceux qui sont indépendants de la tradition, alors que beaucoup de textes nous présentent au contraire la donation comme toujours liée à cette tradition (19); sauf dans certains cas et en faveur de certaines personnes que l'on prend soin alors de désigner expressément (20). Mais nous ne faisons en ceci que suivre le texte même de la loi 2 de notre titre, où Paul dit en toutes lettres, en parlant des donations à cause de mort : *quia ad exemplum legatorum capiuntur*. La plupart des commentateurs ont accepté sans trop de scrupule une assimilation sans exemple, dans tous les textes de la compilation justinienne; sauf peut-être Cujas, qui se contente d'en manifester son étonnement : *et est profecto in hanc rem valde singularis*, dit-il naïvement (21), ce qui ne l'empêche pas d'accorder toute sa confiance à ce passage. Pothier fait de même et observe qu'il peut servir de preuve à l'opinion qui enseigne, qu'à l'époque de la rédaction des Pandectes, la donation transférait par elle-même et de plein droit la propriété de la chose donnée (22). Noodt et Glück ne sont guère plus explicites (23).

Pour nous, sans prétendre rejeter ce passage, ni le mettre sur le

indicationem, la propriété ne reposait jamais sur la tête de l'héritier; mais la chose demeurait *nullius*, jusqu'au moment où le légataire avait déclaré accepter la libéralité. Les Sabinien au contraire pensaient que les choses léguées restaient *res nullius* jusqu'à l'adition d'hérédité; après quoi elles appartenaient à l'héritier, tant que le légataire n'avait pas accepté, ou que la condition n'était pas réalisée (Gaius, II, 195 et 200).

(17) *Pr.*, *Inst. De legat.*; *Const.* 1, *C. Comm. de legat.* — § 3, *Inst. De sing. per fideic. relict.*

(18) On peut encore ajouter à ce mode l'acquisition en vertu du *caducum* et de l'*exceptorium*, dans les cas prévus par les lois caducaires (Ulp., R. XIX, 17).

(19) § 2, *Inst. De donat.*; *Const.* 35, § 5, *C. De donation.*

(20) *Const.* 4, *C. théol. De donation.*

(21) *Obserr.*, X, 23. Voy. aussi: *Comm. in lib. XII, Pauli ad edict.*

(22) *Pand. ad tit. de Publ.*, n° XIII.

(23) Noodt, *Comm. ad eumd. tit.*; Glück, *op. cit.*, § 595.

compte d'une interpolation, nous le regardons comme assez important pour mériter une explication détaillée, une justification, si l'on veut, qu'aucun de ces auteurs n'a seulement eu l'idée de proposer. Or, tout bien considéré, nous ne voyons qu'un seul cas où il soit vrai de dire que la donation agit à l'instar des legs; encore est-il spécial à la donation à cause de mort: c'est lorsque cette donation est subordonnée à la condition *suspensive* du décès du donateur, *qui non sic dat ut statim faciat accipientis, sed tum demum quum mors fuerit insecuta* (24). Sans doute, il y a eu là livraison de la chose; mais cette livraison n'a eu aucun effet, et comme on ne peut pas facilement admettre que la tradition opère un transport conditionnel de propriété, de telle sorte que ses effets seraient en suspens, jusqu'à ce que le décès arrivât dans le terme prévu, on est amené à dire que c'est la loi elle-même qui rend le donataire propriétaire de la chose donnée, à un moment où le donateur se trouve réduit à l'impuissance de le faire (25).

Quant à la donation entre-vifs dont la loi 2 précitée ne parle pas, on pourrait, avec M. Pellat (26), citer une hypothèse où elle est également indépendante de la tradition: celle où elle emprunte le secours de la mancipation ou de la cession juridique pour opérer la translation de la propriété; mais il est aisé de voir qu'il n'est pas vrai de dire qu'elle transfère pour cela d'elle-même la propriété sans tradition, puisque c'est alors en vertu d'un autre mode étranger qui n'a fait que remplacer la tradition dans cette fonction; que s'il y a pu y avoir, dans cette circonstance, une analogie entre la donation et les legs, ce ne fut certainement plus à l'époque de Justinien où la mancipation et la cession juridique n'étaient plus en usage. Tout cela nous autorise à penser que les compilateurs du Digeste n'ont pas voulu faire allusion à cette seconde hypothèse, impossible à réaliser dans la nouvelle législation.

4. *La mancipation pour les choses Mancipi*, et 5. *la cession juridique applicable aussi aux autres choses*, qui toutes deux n'existent plus sous Justinien (27). Nous n'avons à cet égard aucune observa-

(24) L. 2, in fine, D. De mort. causa donat.

(25) Ant. Favre, *Rational. ad h. l.*; Octolus, *Inst. de Just.*, sur le § 1, De donat.

(26) *Op. cit.*, sur la loi 2.

(27) Ulp., XIX, 9, 10; Gaius, II, 24, 119 et 122.

tion à faire qui touchât de près ou de loin au sujet que nous traitons ici.

6. *L'occupation*. Ce mode de pur droit des gens ne pourrait fonder de possession *ad usucapionem*, et par suite de droit à l'action Publicienne, que lorsque l'abandon de la chose est le fait d'une personne non propriétaire; car, si c'est le propriétaire lui-même qui délaisse, l'occupation rend propriétaire *ipso facto* (28).

7. *L'adjudication*, où le pouvoir conféré au juge d'opérer translation de la propriété dans les actions divisoires (29). Ce mode d'acquisition, qui s'exerce indépendamment de toute tradition, nonobstant ce qu'en ont pu dire certains interprètes (30), peut porter indifféremment et avec une égale efficacité sur les choses *mancipi* comme sur les choses *neé mancipi*; et par suite il ne peut être question de la double fonction de l'action Publicienne.

Cependant, s'il faut en croire Paul dans le passage d'un fragment récemment découvert (31), l'adjudication serait impuissante à établir l'usufruit dans les *judicia imperio continentia*; d'où l'on en a conclu, un peu hardiment peut-être, que l'adjudication ne conduisait point à la propriété quiritaire dans de semblables instances: parce que le pouvoir du juge seul compétent pour procéder à l'adjudication, émane d'un magistrat qui, dans une instance dont la durée dépend de son *imperium*, ne saurait conférer qu'une propriété bonitaire (32). Cette opinion semble fortifiée par un texte tiré du même jurisconsulte, et où il est dit que le préteur couvre de sa protection les adjudications opérées par le juge (33); or cette protection serait superflue en tant que les acquéreurs jouiraient de la revendication du droit civil. Si donc ils n'en jouissent pas, ce ne peut être que parce qu'ils sont seulement propriétaires bonitaires, puisque étant possesseurs de bonne foi ils n'obtiendraient du préteur aucune exception efficace contre la revendication du tiers propriétaire, lequel ne doit pas souffrir de ce que sa chose a été mal à propos l'objet d'une action en partage entre personnes qui n'y avaient

(28) Cujas, *Recit. solemn. ad l. 1, D. Pro derelicto*.

(29) *L. 7, pr., D. De Publ., et §§ 5 et 7, Inst. De off. jud.*

(30) Entre autres: Favre, *Ration. ad l. 7, D. h. t.*

(31) § 47, *Vatic. I. R. fragm.*

(32) Puchta, *Curs. der Inst.*, § 159; Pellat, sur la *Loi 7, h. t.*

(33) *L. 11, § 1, D. Famil. ercisc.*

aucun droit; comme il ne doit non plus souffrir de ce qu'elle aurait été l'objet d'une vente entre ces mêmes personnes.

Ainsi, dans ce cas, l'usucapion serait encore nécessaire pour parfaire le droit de l'adjudicataire (34), et l'action Publicienne pour le sauvegarder. Mais dans les *judicia legitima*, on ne pourrait comprendre l'emploi de cette action que dans l'hypothèse où le juge aurait adjugé à la partie triomphante une chose qui n'appartenait pas au défendeur : n'étant alors que possesseur de bonne foi, l'adjudication aura seulement mis le demandeur *in conditione usucapiendi* (35).

8. *La possession de biens prétorienne*, en matière de succession testamentaire ou *ab intestat*. Ulpien, à la vérité, en appelant *dominium* le droit dont est investi l'héritier prétorien (36), donnerait à penser qu'il n'est pas purement bonitaire; mais, outre qu'une altération du texte primitif du passage auquel nous faisons allusion, ne serait nullement invraisemblable, il serait encore facile de légitimer cette expression par la remarque qu'elle cadre assez bien avec celle de *δυσπόνητος βοντάριος*, que nous connaissons, et qu'elle donne par là au démembrement le caractère d'une véritable propriété. Gaius d'ailleurs, dans un passage de son commentaire, malheureusement un peu tronqué, nous dit encore expressément : *neque..... bonorum possessorum.... res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur* .. (37); et Varron, dans le passage que l'on cite ordinairement sur cette question (38), ne mentionne nullement cette possession parmi les modes conférant le *dominium legitimum*.

Ici, que le défunt ait été en train d'usucaper la chose héréditaire ou qu'il en ait été propriétaire *pleno jure Quiritium*, le successible qui aura réclamé et obtenu du prêteur la possession de biens, aura toujours, et dans les deux cas, besoin de l'usucapion pour acqué-

(34) Puchta, *Institut.*, § 159.

(35) l. 17, D. De usurp. et usucap.

(36) l. 1, D. De bon. possessionib.

(37) Gaius, III, 80.

(38) *De re rustica*, II, 10. Voici ce passage : *In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt : si hereditatem justam adiit ; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit ; aut si in jure*

cessit aut potuit cedere, et id ubi oportuit ; aut si usucepit ; aut si e preda sub corona emit, tumte enim in bonis sectionere ejus publice tenit.

Dans le sens de notre opinion : Zimmermann, *op. et loc. cit.* ; Unterholzner, *Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums*, § 1 (*Rhein Mus.*, t. I, p. 128 et suiv.).

rir la pleine propriété quiritaire : la Publicienne par suite sera le seul moyen à lui ouvert pour protéger son droit encore imparfait.

9. *L'addiction de biens à un esclave du testateur, ou à un étranger assimilé alors à un possesseur de biens prétorien par la loi 4, § 21, D. De fideic. libert. (39); et 10. L'acquisition, en vertu du sénatus-consulte Claudien, des biens d'une femme qui s'est engagée dans des liens honteux avec un esclave dont elle ne veut pas se séparer (40).* Nous appliquons pour ces deux modes d'acquérir à titre universel, et pour tous les modes à titre particulier qui vont suivre, les dernières observations que nous avons présentées sur l'hérédité prétorienne.

11. *La vente des biens d'un débiteur à la requête de ses créanciers.* C'est Théophile qui nous fait entendre qu'elle ne produit qu'une propriété bonitaire, en qualifiant les acheteurs de possesseurs prétoriens : *παριστοὶ δέσποται* (41); le passage de Varron (42) que les commentateurs opposèrent longtemps à celui du professeur de Constantinople, en l'accusant d'ignorer ce qu'il devait enseigner, ne parlait évidemment que de la *sectio bonorum*, de cette vente publique des biens des condamnés, au profit du fisc, mise en usage par la loi *Petilia* (43), et étendue plus tard par le préteur Rutilius (44) aux biens des débiteurs envers les particuliers. Le manuscrit de Gaius (45) est venu jeter la lumière sur ce point, comme sur tant d'autres, et mettre d'accord les deux auteurs que la science des jurisconsultes modernes n'avait pu concilier.

M. Bonjean (46) refuse à l'*emptor bonorum* la faculté d'user de la Publicienne, sous le prétexte que, jouissant de l'*interdictum possessorium*, pour se mettre en possession des biens qui lui ont été adjugés, il n'a pu encore posséder, et par conséquent reste exclu de l'emploi de cette action. Abstraction faite de cette dernière conclusion qui est toujours très-contestable, puisqu'elle repose (nous croyons l'avoir démontré) sur une fausse idée des exigences

(39) Inst., *De eo cui libert. causa bona add.*

(40) § 1, Inst. *De succ. subl.* — Zimmern, *op. cit.*, I, note 24.

(41) Paraphr. *ad pr. Inst. De succ. subl.*

(42) *Loco modo cit.*

(43) An de Rome, 643.

(44) An de Rome, 664. Voy. L. 2, § 1, D. *De orig. jur.*; Cic., *Pro Plane.*, 2; et Festus, *vo Rutili.*

(45) III, 77 et suiv., et 154.

(46) *Traité des actions*, § 332.

de l'usucapion et de la Publicienne, nous nous permettrons pourtant de faire remarquer à M. Bonjean qu'il n'est pas conséquent avec lui-même, sans quoi il aurait appliqué au successeur prétorien ce qu'il dit ici de l'acheteur : celui-là aussi jouit d'un interdit, de l'*interdictum quorum bonorum*, qui, au dire de notre auteur (47), lui sert exclusivement à obtenir la possession juridique; or, pourquoi, s'il n'a pas possédé, M. Bonjean ne lui refuse-t-il pas non plus l'action Publicienne?

12. *L'envoi en possession par décret du préteur EX CAUSA DAMNI INFECTI*. Il s'agit ici d'une voie d'exécution se rattachant à l'antique principe de la législation romaine, qui enseigne que le tort causé à autrui par les choses qui nous appartiennent, ne produit à notre égard aucune obligation, lorsque nous abandonnons l'objet qui a causé le dommage; et le cas qui fait le thème du présent numéro, n'offre qu'une application restreinte du même principe à l'hypothèse d'un édifice menaçant ruine. Trois moyens sont ouverts, les uns subsidiairement aux autres, au profit du propriétaire de l'héritage voisin : 1° la *cautio damni infecti*; 2° l'envoi en possession proprement dit (*missio in possessionem*); et 3° l'ordre de posséder (*jussus in possessione esse*). Nous n'aurons rien à dire sur la caution (48), ni sur la première possession dont est investi le propriétaire : celle-ci n'est d'ailleurs qu'une contrainte, qu'une voie conservatoire, qui n'entraîne pas même l'expulsion du défendeur récalcitrant, et donne seulement droit à un interdit destiné à la protéger (49). Nous devons insister uniquement sur le caractère et les conséquences de l'ordre de posséder que le préteur prononce, après examen des faits de la cause, et seulement en cas de résistance prolongée de la part du propriétaire de l'édifice en ruine.

Il est positif que la dépossession du propriétaire a son origine et son point de départ dans l'ordre du préteur, et Ulpien nous apprend que le second décret de ce magistrat ne confère à l'envoyé qu'une propriété bonitaire (50); encore la qualité du défendeur expulsé

(47) *Op. cit.*, texte et note 2.

(48) § 2, *Inst.*, *De dictis stipul.* et L. 1, § 7, *De stipul. prot.*

(49) I. 4, § 1, et 13, § 20, D. *De damno inf.*; I. 3, § 23, et 10, § 1, D. *De acq. vel amitt. poss.*; L. 3, § 8, D. *Uti poss.*; L. 1, *pr.* et § 2,

D. *Ne vis fiat ei qui in poss.* — Ces textes nous prouvent encore surabondamment que tous les autres envois en possession sont régis par les mêmes principes et n'ont pas plus d'effet.

(50) L. 18, § 15, D. *De damno inf.*

n'est-elle pas sans influence sur la nature et l'étendue des effets de cet envoi. Ainsi, lorsque le défendeur est propriétaire, ou même simplement possesseur de bonne foi, le droit dont jouit l'envoyé existe dans toute sa plénitude; mais que cet envoi ait eu lieu à l'encontre d'un emphytéote, d'un superficiaire, d'un possesseur de fonds vectigaux, et il ne procurera, même en faisant intervenir l'usucapion, qu'un droit emphytéotique, superficiaire ou vectigal (51). Il faut donc, en tout ceci, quoiqu'on l'ait nié quelquefois, avoir égard avant tout à la nature du droit de l'individu évincé, parce qu'elle décidera toujours de celle du possesseur qui lui sera substitué (52).

13. *L'abandon noxal*, lorsque l'esclave non défendu est emmené par ordre du préteur. Cette hypothèse n'étant qu'une des phases de la question, nous en renvoyons l'explication au n° 8 de la section suivante, où nous en exposerons la théorie complète.

III. DES JUSTES TITRES EXIGEANT LA TRADITION. — Nous rangerons dans cette catégorie:

1. *La rente*. On sait que ce contrat, d'un caractère tout différent de celui dont l'ont revêtu les idées modernes, n'est point par lui-même translatif de propriété, et que la tradition à laquelle s'engage le vendeur, n'engendre pas pour cela contre lui l'obligation de transférer cette propriété; tandis que l'acheteur est tenu de transférer au vendeur la propriété du prix. Mais l'ensemble des obligations qui lient ce dernier, suppose toujours chez lui l'intention de rendre son cocontractant propriétaire, sous la condition que le prix sera payé; d'où il résulte que si ce prix n'est pas payé, la propriété ne sera pas transférée: et c'est en effet ce que nous apprennent une foule de textes (53).

(51) L. 15, § 26, D. *ead. tit.*

(52) Les principes exposés au texte, paraissent et sont effectivement en contradiction avec ce que nous disons plus loin (n° III, 8), pour expliquer la loi 28, D. *De nox. act.*: à savoir, que la qualité du défendeur ne doit pas être prise en considération, dans les cas où il se produit une propriété honnête. Et il faut avouer que le motif assez plausible sur lequel cette dernière proposition est étayée, — et qui

tient à ce que le défendeur, quelle que soit sa qualité, reste toujours tenu de fournir caution ou de subir l'envoi en possession, — semble également devoir s'appliquer à l'espèce développée ici au texte; la disposition si formelle de la loi 15, § 26, *De damno inf.*, seule nous a empêché, avec Unterholzner (*Verjährungslehre*, § 116, et *Rh. Mus.*, t. V, n° 3, *op. jam cit.*), d'en déduire ici la même conséquence.

(53) § 41, Inst. *De rer. div.*; l. 5,

Comment donc, après cela, Gaius a-t-il pu dire, dans la loi 8 de notre titre, que le prêteur n'estime pas nécessaire de s'enquérir si le prix a ou non été payé?... On a essayé de justifier cette proposition presque paradoxale, en disant que le paiement du prix, indispensable pour opérer la translation de la propriété, était inutile pour celle de la possession, que le prêteur seule prenait en considération; puisqu'il ne pouvait être question, à propos de la Publicienne, que d'un vendeur non propriétaire(54). — Quelque spécieuses que soient ces raisons, elles ne sauraient satisfaire; parce qu'elles n'arrivent pas à détruire la valeur des textes si précis et si nombreux touchant la nécessité du paiement du prix, ni l'autorité de la loi des Douze Tables qui, au témoignage de Justinien lui-même, ne faisait que consacrer en cela un principe de droit naturel(55). C'est d'ailleurs interpréter trop arbitrairement le silence de l'édit du prêteur, sur lequel Gaius lui-même ne semble hasarder que de simples conjectures; c'est créer une nouvelle faveur au profit de la Publicienne; c'est introduire une nouvelle différence entre elle et la revendication. La circonstance du paiement du prix n'est ici que l'un de ces éléments multiples dont la réunion confère à la vente le caractère d'un juste titre, d'un titre translatif de propriété: retranchez-la, et vous n'aurez plus qu'un titre incomplet, incapable de servir de fondement à l'usucapion ou à la Publicienne, c'est-à-dire en définitive que vous n'aurez plus de juste titre du tout.

Nous n'entrevoyons, pour concilier les textes, d'autre explication que celle-ci: Le vendeur est présumé avoir consenti à transférer la propriété sur-le-champ, et par conséquent la vente sera un juste titre nonobstant tout paiement du prix, dans deux cas seulement: 1° s'il a accepté une caution, un gage ou toute autre sûreté pour ce paiement; 2° s'il a suivi la foi de l'acheteur sans exiger même de sûretés, en lui accordant un terme pour se libérer. — Dans ces deux hypothèses évidemment, le vendeur sera censé avoir voulu se dessaisir de la propriété immédiatement, pour rester simplement

§ 18, D. De trib. act., l. l. 49 et 50, D. De contr. empt.; Const. 15, C. De rei vind., etc.

(54) Voet, *Ad Pandect.*, h. t. n° 4; Favre, *Ration.*, ad l. 8, h. t., et De

err. pragm., déc. 86, err. V; Glück, *op. cit.*, § 596; Puchta, *Vorles.*, § 173, etc.

(55) § 41, Inst., De rer. dir.

créancier du prix; mais cette présomption disparaîtrait si l'acheteur n'était pas à même d'établir les faits sur lesquels elle repose (56); si, au contraire, il aura pu faire cette preuve, il sera vrai de dire que le prêteur ne s'inquiète plus du paiement du prix. Toutefois cette explication, que nous ne proposons du reste qu'avec beaucoup de défiance, a l'inconvénient de restreindre le fragment de Gaius sus-énoncé, à un nombre limité d'hypothèses, tandis qu'il semblerait statuer sur les cas les plus ordinaires et les plus usuels.

1 bis. *L'estimation par serment d'une chose litigieuse*, que l'on doit assimiler à la vente. Cette hypothèse se présente lorsque le demandeur qui a triomphé dans sa revendication, au lieu d'exiger *manu militari* une restitution à laquelle il a droit, se contente de l'estimation de la chose (estimation qu'il fixe sous la foi du serment) et du paiement de la valeur. Il est alors réputé vendeur, et la propriété de la chose passe au défendeur sans aucune tradition effective. Que maintenant on suppose cette chose *mancipi*, ou le demandeur non propriétaire, le détenteur de la chose, au lieu de le devenir à son tour, n'acquerra que la propriété bonitaire de la chose ou la possession aux fins d'usucaper, et dans cette double position, pourra recourir à la Publicienne, s'il y a lieu (57).

Remarquons seulement que si le défendeur avait cessé de posséder la chose par dol, avant d'être actionné par le demandeur, aucun des effets ci-dessus ne serait produit; le revendiquant conserverait son droit sur la chose, même à l'encontre des tiers, sans préjudice de l'estimation qu'il réclamerait alors, à titre de peine, du défendeur de mauvaise foi (58). Si au contraire c'est pour une autre cause que l'objet ne se trouve plus dans les mains de ce défendeur, celui-ci, en raison de sa bonne foi, aura le droit d'exiger de son adversaire qu'il lui facilite les moyens de rentrer en possession, soit en donnant caution de ne pas s'y opposer, soit en lui cédant ses actions en restitution de la chose (59).

2. L'échange (60).

(56) Doneau, *De jure cir.*, 4^e liv., ch. XVI, nos 10 et 11; Ortolan, sur le § 41, *Inst. De rer. div.*

(57) L. 7, § 5, D. *De Publ.*; L. 3,

D. *Pro empt.* Voy. encore L. 68, D. *De rei vind.*

(58) LL. 69 et 46, D. *De rei vind.*

(59) LL. 47 et 63, D. *eod. tit.*

(60) L. 7, § 5, D. *De Publ.*

3. *La livraison pour cause de dot*(61). Ici il faut soigneusement distinguer deux hypothèses, selon que les choses données ont été estimées, selon qu'elles ne l'ont pas été.

1° Dans la première, l'estimation valant vente(62), le mari qui n'a pas pu acquérir immédiatement la propriété des choses dotales, usucapera *pro emptore*, si cette vente n'était pas subordonnée à la condition que le mariage s'en suivit : mais, en raison de cette modalité, l'usucapion *pro emptore* n'aura pas lieu. On ne pourrait admettre davantage une usucapion *pro suo*, parce que la femme, en opérant la tradition, ne l'a pu faire à aucun autre titre qu'à celui de vente, titre qui est purement conditionnel(63); donc ici, point d'application possible de la Publicienne.

2° Au contraire, si l'estimation n'a pas eu lieu, il en résultera pour le mari, sur la chose, un droit de propriété ou de possession *ad usucapionem*, selon les cas; seulement le titre de cette possession sera *pro suo* et non pas *pro dote*, parce que la dot n'existe réellement qu'à partir du mariage(64).

4. Généralement le paiement d'une obligation vraie ou supposée (*solutio debiti vel indebiti*). Toute tradition faite en vue de cette exécution, sera un titre capable de fonder l'usucapion; qu'elle ait pour objet la chose due elle-même ou une *datio in solutum*(65). En cette matière, l'erreur du débiteur est tout à fait indifférente, et n'est point prise en considération : il suffit que le créancier soit de bonne foi(66).

5. *La transaction*. Deux cas sont encore à considérer ici :

1° Supposons que, pour mettre fin à un procès en revendication, on convienne de part et d'autre que le demandeur obtiendra la chose, moyennant un sacrifice de sa part : il y aura eu remise de la chose, tradition en vertu d'un juste titre, et nous retrouvons ici une application toute naturelle de la Publicienne(67).

(61) L. 3, § 1, D. *ibid.*

(62) L. 10, § 4, et 16, D. *De jure dot.*

(63) L. 2, D. *Pro dote*; L. 2, § 2, D. *Pro empt.*

(64) L. 1, § 2, D. *Pro dote*.

(65) L. 4, D. *De Publ.*, et L. 46, D. *De usurp. et usucap.*

(66) L. 5, D. *De Publ.*, et L. 3, D. *Pro suo*. — Voy. ci-après, n° IV, ce que nous disons du titre putatif.

(67) L. 29, D. *De usurp. et usucap.*; Const. 8, C. *De usucap. pro empt.*

2° Mais il pourrait aussi se faire que la chose litigieuse resât au possesseur actuel, et l'on pourrait douter que ce dernier la possédât alors *ex causa transactionis*; parce que, comme le fait très-judicieusement observer Brunnemann(68), le revendiquant, son adversaire, semble, en pareille circonstance, plutôt renoncer à donner suite à ses prétentions que lui transférer une propriété douteuse, et qui se réduirait en tous cas à une simple éventualité d'acquisition. Cependant la novation judiciaire qui résulte de la litiscontestation, ayant détruit l'ancien titre, il n'est plus rationnel d'y avoir égard: d'ailleurs celui qui renonce au droit de poursuivre et qui a reçu le prix de cette renonciation, a fait un véritable échange; et la chose restée aux mains du possesseur a été en quelque sorte livrée par le demandeur, contre une autre chose, un avantage peut-être même immatériel que lui a concédé le possesseur: il y a donc encore une tradition par suite de transaction(69).

6. *Le jugement.* Cette matière donne lieu aux plus graves difficultés, parce qu'on a peine à y voir une juste cause de tradition. En effet, le juge n'a pas mission en général, même dans les actions réelles, de conférer des droits nouveaux, mais seulement de confirmer ceux qui existaient antérieurement et qui sont contestés au demandeur; et si celui-ci gagne son procès, ce ne sera point en vertu du titre *pro judicato* qu'il pourra posséder, mais d'un titre préexistant, que la sentence du juge a seulement forcé le défendeur de reconnaître(70). Le plus souvent, d'ailleurs, le défendeur n'exécutera pas réellement la sentence (comme il en avait le droit, au moins sous la procédure formulaire), et alors la condamnation à l'estimation du litige, qui viendra le frapper, changera complètement la nature du titre(71). Dans les actions personnelles non arbitraires, c'est bien pis: là il n'y a pas lieu à la restitution de la chose; l'exécution de la sentence se réduira à l'acquiescement d'une obligation, et engendrera le titre *pro soluto*, et jamais par conséquent le titre *pro judicato*(72).

(68) Sur la Const. 8, C. *De usucap. pro empt.*, n° 6.

(69) Doneau, sur la Const. 33, C. *De transact.*, n° 4.

(70) L. 8, § 4, D. *Si serv. vind.*, *vel ad al. pertin. neg.*

(71) L. 35, § 1, D. *De rei vind.*; L. 7, § 1, D. *De Public.*

(72) Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 109; Vangerow, *Lehrbuch der Pand.*, § 329, rem. XIII.

Cependant, en présence du texte si précis de la loi 3, § 1, *De Public.*, il devenait impossible de nier, et il fallut chercher des hypothèses où ce titre *pro judicato* pût se produire et donner naissance à l'action Publicienne. Presque chaque auteur a une théorie propre sur cette question, et nous n'avons nullement la prétention d'en exposer aucune d'entre elles, encore moins d'essayer d'en réfuter, ce qui serait peut-être aussi difficile; la discussion d'ailleurs serait obscure et n'aboutirait certainement pas. Nous nous contenterons de proposer dubitativement l'explication suivante, sans la présenter le moins du monde comme inattaquable.

Lorsque, dans une instance sur une action réelle, le défendeur a été condamné à livrer la chose, il a deux partis à prendre: ou refuser d'exécuter la sentence, ou livrer de plein gré. Dans la première hypothèse, l'ordre du juge devient exécutoire *manu militari*, nonobstant l'opposition du défendeur (73); le revendiquant qui peut devenir ainsi propriétaire de la chose, commencera au contraire une possession *pro judicato*, si le juge lui a attribué par erreur la chose qu'il croyait lui appartenir, en vertu d'un titre imaginaire; car si le titre eût existé réellement, il n'y aurait pas de possession *pro judicato* (ainsi que nous l'avons vu plus haut), mais une véritable propriété qui eût dérivé de ce titre antérieur, et par conséquent aussi il n'eût point été nécessaire d'invoquer l'usucapion. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque le défendeur s'exécute et livre la chose volontairement, ou par crainte de condamnation pécuniaire (dans le cas où il ne pouvait y en avoir d'autre) (74), le titre d'acquisition sera aussi *pro judicato* et la possession du demandeur aura besoin de l'usucapion pour consolider son droit, sans qu'il soit

(73) Il en fut ainsi dès les premiers temps de la procédure formulaire, comme l'atteste un passage de Cicéron (*In Verrem*, II, 12); auparavant l'ordre du juge n'était obligatoire que d'une manière indirecte, c'est-à-dire par la seule crainte de la condamnation pécuniaire.

(74) Ce cas se rencontrait toujours avant les temps de la procédure formulaire. La même chose se produisit encore plus tard, lorsqu'il s'agissait

exclusivement de certaines actions arbitraires, dans lesquelles la nature différente de la satisfaction exigée du défendeur, n'en rendait l'exécution que facultative pour lui: telle était l'action *de eo quod certo loco*; ou lorsqu'il s'agissait même de certaines actions personnelles de bonne foi, auxquelles le demandeur pouvait satisfaire par la livraison de la chose: telle était l'action *empti*.

ici nécessaire de supposer que le juge se soit laissé induire en erreur.

L'exception de la chose jugée qui compéterait dans l'une et l'autre hypothèse au revendiquant qui a triomphé, lui servira, il est vrai, pour repousser toute agression de la part du défendeur, et protégera ainsi l'usucapion au profit du premier; mais elle ne pourrait lui servir contre les tiers (75), tandis que l'action Publicienne leur sera toujours opposable.

7. Le serment. Nous retrouvons ici encore des difficultés analogues à celles du cas précédent, et qui, en se compliquant de la divergence des textes, nous imposent même une réserve bien plus grande. Établissons d'abord clairement les principes incontestables de la matière; nous verrons ensuite ce qu'il faut penser de certaines lois plus ou moins obscures, qui touchent à la question.

Le serment déféré par l'une des parties à l'autre, hors de toute instance, pour vider ou éviter un débat judiciaire, peut donner lieu à une action, à une exception ou à un refus d'action :

A une action, quand celui qui réclame un droit, a, sur la délation du défendeur, juré que la chose est à lui; en cas de refus de la part du défendeur de s'exécuter, le prêteur délivre au premier l'action *de jurejurando*, afin qu'on arrive à discuter devant le juge la question de savoir si le serment a été véritablement et régulièrement prêté. Cette action est *in factum*, et se donne contre le défendeur, débiteur ou possesseur (76).

A une exception, si au contraire c'est au débiteur ou possesseur qu'est déféré le serment, et que ce dernier a juré que le demandeur n'avait rien à prétendre; l'exception *de jurejurando* qui est délivrée en pareille circonstance, est de celles qu'on appelle *in factum composita* (77). Elle lui compète, en matière réelle, aussi longtemps qu'il possède; mais s'il a perdu la possession, il n'aura plus ni ex-

(75) L. 63, D. *De re jud.*, et L. 10, D. *De except., præscript. et præjud.* — C'est en vain qu'on invoquerait la maxime: *res judicata aliis nec nocere nec prodesse potest*, pour soutenir que le jugement ne peut servir contre les tiers de titre à l'usucapion; car la vente, la donation et autres titres d'acquisition, dont les effets restent

entre les parties contractantes, servent parfaitement de fondement à l'usucapion. (Voy. le n° suivant, *in fine*.)

(76) § 11, Inst. *De action.*; L. 9, § 7, D. *De jurejur.*; Const. S. C. *De reb. cred. et de jurejur.*

(77) § 4, Inst. *De except.*; I. L. 9. pr., et 11, pr., D. *De jurejur.*

ception ni action : parce qu'il n'a pas juré que la chose fût à lui, mais qu'elle n'appartenait pas au demandeur (78).

A un refus d'action (pour celui qui ne possède pas, bien entendu), lorsque le fait du serment n'est pas contesté ; parce qu'un pareil serment doit toujours trancher la question, et s'il demeure constant qu'il a été prêté, une action au profit de la partie adverse deviendrait sans objet (79).

Cela posé, voici venir une espèce présentée par la loi 7, § 7, D. *De Public.*, où Ulpien parle d'un individu qui, agissant par la revendication, a, sur la délation du serment faite par le possesseur, juré que la chose lui appartenait : il obtiendra la Publicienne, dit le jurisconsulte, mais seulement contre le possesseur. Or, pourquoi la Publicienne, et non pas l'action *de jurejurando*?....

Plusieurs auteurs ont rapproché cette espèce de celle de la loi 11, § 1, D. *De jurejur.*, laquelle a beaucoup d'analogie avec la précédente, et où le même jurisconsulte suppose seulement que le serment a été déféré au revendiquant, à une époque où il se trouvait encore en possession, et par le défendeur même à cette revendication ; et Ulpien décide encore que le premier d'entre eux aura une action *in factum*. Cette action ne serait donc autre que celle dont parle la loi 7 ; d'autant plus que, dans la seconde espèce, elle se présente avec les caractères d'une action réelle, puisqu'elle procure la restitution des fruits et autres accessoires. Seulement, et pour concilier les exigences du texte, on a dit que l'action était revêtue en même temps des attributs de l'action *de jurejurando*, laquelle constituerait donc alors plutôt une manière d'être, une forme

(78) L. 11, pr., D. *De jurejur.*

(79) L. 7, L. 9, pr. et § 1, D. *ibid.*

— Il ne faut pas confondre ce refus d'action avec celui dont nous parlions auparavant, en rapportant les paroles d'Ulpien dans la loi 11, pr. En effet, le prêteur refuse l'action *de jurejurando*, au possesseur évincé, non point parce que le fait du serment n'est pas contesté, mais parce qu'il n'offre plus aucun intérêt pour la solution de la question. Ce qui le prouve, c'est que, dans sa position, l'ancien possesseur, qui n'est plus défendeur,

mais bien demandeur, en jurant que la chose n'est pas à son adversaire, lors même que le fait du serment fût accepté pour constant, ne saurait pour cela se donner un titre à lui-même. C'est absolument ce qui arriverait dans une revendication, où le demandeur offrirait de prouver que la chose n'appartient pas au possesseur ; le prêteur lui refuserait encore certainement l'action, parce qu'elle n'arriverait jamais à établir le droit de celui qui voudrait l'exercer.

particulière susceptible de s'appliquer à toutes les autres actions civiles et prétoriennes, une action *adjectitiæ qualitatæ*, en un mot (pour nous servir de l'expression consacrée par la doctrine); la Publicienne aurait donc ainsi perdu son caractère de réalité, pour devenir personnelle, et susceptible uniquement de s'exercer contre celui qui défère le serment, *quia non debet aliis nocere quod inter alios actum est* (80).

Mais ce système nous semble bien difficile à admettre; car il enseigne des propositions toutes nouvelles, sur la foi de textes beaucoup trop obscurs; et ce serait bien le seul exemple qui nous montrât l'action de *jurejurando* prenant rang parmi les actions *adjectitiæ qualitatæ*. Aussi d'autres auteurs (81) ont-ils préféré admettre qu'il n'y avait là plus du tout d'action de *jurejurando*, mais seulement la véritable Publicienne réelle donnée *in factum*, ou au moins utilement; et ont prétendu corroborer cette opinion par les deux lois 13, § 1, et 29, D. *De jurejur.*, où il est précisément fait mention, dans des hypothèses analogues, d'une action utile. Nous n'essaierons pas de discuter *ex professo* le mérite de cette nouvelle théorie: nos observations ne porteront que sur l'argument de texte qui a été produit.

Le premier fragment est ainsi conçu: «*Julianus ait, cum qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere debere*»; ce qui voudrait dire, d'après l'interprétation de ces personnes, que celui qui a accompli le temps fixé pour la prescription, en déférant le serment à son adversaire, pourrait être attaqué par la Publicienne, par l'action utile dont parle Ulpien. Or, sans insister sur l'étrangeté du rôle que l'on fait jouer ici à notre action, dont la mission est de protéger une usucapion inachevée, et non point de détruire une usucapion accomplie, nous nous arrêterons uniquement sur la manière dont on a cru justifier cette proposition si singulière, qui ne tend rien moins qu'à ôter à la prescription tout son pouvoir protecteur. L'explica-

(80) L. 10, D. *De jurejur.* — Ce système a été plus ou moins fidèlement suivi par: Doneau, *Comm. jur. cit.*, 24^e liv., ch. XVI; Voet, *Comm. ad tit. Dig. De jurejur.*; Nooit, *adeumd. tit.*; Cujas, *Recit. solemn. ad tit.*

Cod. De reb. cred.; Glück, *op. cit.*, § 592, etc.

(81) Entre autres M. Pellat, *op. cit.*, sur la L. 7, § 7, *De Publ. Voy.* encore les autorités citées à la note 25 du ch. III.

tion la plus en faveur est celle qu'a proposée Barclay (82), et qui consiste à dire que le possesseur, en déférant le serment, aurait renoncé implicitement à se prévaloir de la prescription, et remis entre les mains du demandeur la décision absolue de la contestation tout entière; mais elle exige un changement de ponctuation, en plaçant la virgule après *præscriptionem*, ce qui ne s'accorde pas avec les Basiliques où l'on trouve : 'Ο δέδικταις ἀποδοῖν τὴν ἀγρόν εἶναι, μετὰ τῆς γροῖας παραγραφῆς ἔχει καὶ ἐνδεῖν ἀγωγὴν (83). Aussi nous préférons avec Glück (84), qui s'appuie sur les scholies mêmes des Basiliques (85), voir dans cette action la revendication utile qui appartient à quiconque a accompli le temps fixé pour la prescription, lorsque son titre ne l'a pas rendu propriétaire *ipso facto*; de sorte que le passage n'offrirait plus qu'une application du principe que le serment est une juste cause d'usucapion, principe virtuellement proclamé par les jurisconsultes, quand ils nous disent que ce serment constitue en même temps une transaction dont l'autorité surpasse celle de la chose jugée (86).

Quant au second fragment, il s'explique au moins aussi bien, si non plus facilement encore, dans l'hypothèse d'une action *de jurejurando* qui est toujours d'ailleurs *in factum*, et qui ne devient utile que dans les circonstances où l'action *directe* n'aurait point lieu. Et effectivement, il s'agit là du serment déféré sur la question de savoir si un serment antérieur avait été prêté: régulièrement l'action *de jurejurando* qui mettrait en question le fait de cette première prestation, ne devrait plus être donnée; parce que le demandeur, en déférant le second serment, opère une sorte de novation, constituant de sa part une renonciation implicite à prouver les faits du premier, par suite à exercer l'action qui en découle: celle-ci ne peut donc plus être donnée qu'utilement (87). Ce qui prouve au sur-

(82) *Revue* d'Otto, t. III, p. 942.

(83) *Baz.*, XXII, 3, 13 (t. III, p. 122; édit. Fabrot).

(84) *Op. cit.*, § 591, note 3, *in fine*.

(85) *Op. cit.* (t. III, p. 159; édit. Fabrot).

(86) L. 2, D. *De jurejur.*, et L. 1, pr., D. *Quar. rer. act. non datur.* — Voy. *supra*, ch. I, § 3, I, *in fine*, texte et note 94.

(87) L. 29, D. *De jurejur.* — Cette théorie sur la novation résultant du serment, est développée par Cujas (*Comm. ad Const.* 8, C. *De reb. cred.*), qui cependant ne l'a point mise à profit pour justifier la qualification d'utile que nous rencontrons plusieurs fois chez lui, pour l'action *de jurejurando*. Ainsi ce jurisconsulte fait voir que l'action, primitivement attachée à l'ob-

plus jusqu'à l'évidence qu'il ne peut être question ici que de l'action de *jurejurando*, c'est que Tryphoninus dit en toutes lettres : «...actionem qua hoc quaeritur an juraverit», et nous ne sachions pas que la formule de la Publicienne ait renfermé une semblable question au juge. D'ailleurs, en supposant même qu'il en fût ainsi, l'action n'aurait pu être délivrée dans l'espèce, où il ne s'agit que d'une matière personnelle : car nous ne prenons pas au sérieux la transformation que quelques personnes ont prétendu faire subir à la Publicienne qui serait devenue tout à coup personnelle, nous ne savons pas trop dans quel but. Ainsi, il restera donc acquis que ce passage encore ne pourra jeter aucune lumière sur l'équivoque que présente la loi 7, *De Public.*

Mais en détruisant ainsi les opinions qui, par le rapprochement d'autres textes avec cette dernière loi, pouvaient justifier la théorie d'Ulpien, lorsqu'il semble remplacer par l'action Publicienne l'action de *jurejurando*, au profit du demandeur jurant que la chose est à lui, nous ne faisons que rendre cette anomalie plus choquante et plus inexplicable. Toutefois nous agissons comme au numéro précédent ; nous hasarderons seulement une solution qui ne sera peut-être pas à l'abri de toute critique.

Que le serment constitue un juste titre pour l'usucapion et partant pour la Publicienne, c'est ce que nous croyons avoir établi, en faisant ressortir l'analogie qui existe entre ce dernier et la transaction, comme la chose jugée : on ne peut reconnaître cette propriété à celles-ci sans l'accorder aussi à celui-là. Donc, et en écartant *ab initio* la fusion paradoxale qu'on a proposée entre les deux actions Publicienne et de *jurejurando*, nous dirons ceci : Si le demandeur a juré par erreur que la chose est à lui, et que l'adver-

ligation sur l'existence de laquelle le serment avait été déféré et prêté, ne subsiste plus après cette circonstance ; qu'on ne peut rien argumenter contre ce système de la loi 13, §§ 3 et 5, *D. De jurejur.*, qui ne réserve les actions *empti* et *pigneratitia* que parce que le serment avait été prêté avant la délivrance de leurs formules ; ni de la loi 25, § 1, *D. De pec. const.*, dans laquelle l'action de *pecunia constituta*

existe aussi indépendamment de celle de *jurejurando*, à raison de ce que le serment a été le seul titre du constitut, et que les deux actions ayant dû prendre naissance ensemble, la première n'a pu détruire la seconde ; ni enfin de la loi 7, § 7, *D. De Publ.*, où l'action Publicienne ne saurait être suppléée dans sa fonction par celle qui découle du serment. (Voy. la note suivante.)

saire lui en a transmis la possession, il faudra attendre l'accomplissement de l'usucapion pour arriver à la propriété de la chose, et jusque-là la Publicienne protégera le droit du possesseur; mais elle ne le protégera que contre celui qui lui a déféré le serment, parce qu'à celui-là seul il pouvait nuire (88).

Mais alors, nous dira-t-on, si la chose jugée, qui reste efficace seulement entre les parties, produit pourtant, d'après votre propre aveu, une juste cause d'usucapion, même à l'encontre des tiers, et que l'action Publicienne qui dérive de cette juste cause, a la même étendue, pourquoi restreignez-vous entre les parties cette même action, lorsqu'il s'agit de protéger la possession dérivée du serment que vous avez pourtant représenté, en vous armant de l'autorité même des textes, comme agissant avec plus d'énergie que la chose jugée elle-même? — Cette objection, dont nous ne nous dissimulons pas la gravité, peut pourtant être affaiblie, sinon renversée entièrement, par cette considération, que, tout en reconnaissant au serment une autorité au moins égale à celle de la chose jugée, on pouvait et devait la restreindre davantage entre les parties, parce qu'elle n'est plus basée, comme cette dernière, sur la présomption de vérité qui doit s'attacher à tous les actes d'un homme revêtu de fonctions publiques, mais tout au plus sur une présomption de bonne foi qui n'exclut nullement l'erreur (89), mais qui pouvait faire loi entre des parties désireuses de terminer leur différend par cette voie expéditive et toute conciliatrice.

La réponse paraîtra-t-elle suffisante? Nous ne savons; mais des contradictions existent dans tous les systèmes, et le nôtre offre l'avantage d'en avoir moins, et de replacer les choses sur leur véritable terrain, en restituant à la Publicienne ses fonctions ordi-

(88) Nous suivons ici encore le système de Cujas, qui nous paraît avoir parfaitement démêlé la part des deux actions, en disant que l'action *de jurejurando* ne compétait dans l'hypothèse de la loi 7, § 7, *De Publ.* que pour obtenir la possession de la chose, et l'action Publicienne pour la récupérer, si elle venait à être perdue; mais il suppose par cela même que le droit du demandeur qui a agi par la

première des deux, n'est pas une pleine propriété, puisqu'il dit: *quasi bonæ fidei possessor ex jurisjurandi causa justissima* (*Comm. ad Const. 8, C. De reb. cred.*), et il est regrettable qu'il n'ait pas eu devoir faire connaître clairement comment il entendait que cette possession de bonne foi pût prendre naissance. (Voy. encore son *Comm.* sur la L. 7, *De Publ.*)

(89) L. 14, D. *De jure patron.*

naires, et plus en harmonie avec l'emploi qu'elle trouve à propos des autres titres d'acquisition ici mentionnés.

8. *L'abandon noxal*. C'est déjà la loi des Douze-Tables qui, pour empêcher que le dommage causé par un esclave ne retombât en définitive, pour une valeur supérieure à cet esclave, sur son maître qui en reste pécuniairement responsable (90), autorisa ce dernier à en faire l'abandon à celui qui avait été victime du délit de l'esclave. Pour étudier les effets de cet abandon qui est presque un paiement, et qui tantôt suppose la tradition, tantôt en est indépendant, nous distinguerons les deux cas où le maître se présente et où il ne se présente pas.

1° Le premier cas se subdivise lui-même en deux autres, suivant que l'esclave est présent, suivant qu'il est absent.

Dans la première hypothèse, s'il est présent et que son maître ne résiste pas à la prétention de la partie lésée, mais le lui abandonne de son propre mouvement, cette dernière en deviendra propriétaire : propriétaire quiritaire et non bonitaire, au moins si le maître a réalisé l'abandon au moyen d'un mode capable de transférer la propriété quiritaire. Que s'il n'a employé que la tradition, pour les choses *mancipi*, le droit qu'il aura conféré au demandeur, ne sera qu'une propriété bonitaire; et nous trouverons ici un emploi possible de la Publicienne. Le titre du propriétaire, qui prendra en pareille circonstance la qualification de *pro noxæ dedito*, serait d'ailleurs simplement *pro suo*, si le maître avait abandonné l'esclave en vertu d'une fausse cause, comme le suppose le fragment d'Ulpien, qui forme la loi 5 de notre titre (91).

Remarquons encore une particularité qui mérite d'être signalée, et qui se retrouvera chaque fois qu'une propriété bonitaire se produira au profit du demandeur : la possession ainsi procurée à la victime du dommage conduirait à l'usucapion et à la Publicienne, lors même qu'elle fût de mauvaise foi, *quamvis sciens alienum*, dit Africain en toutes lettres (92). C'est donc une exception au principe que la bonne foi est nécessaire pour l'usucapion et l'exercice de notre action, mais qui se justifie suffisamment ici par cette consi-

(90) Gaius, IV, 75 et 76; L. 6, § 1, D. De re jud.; L. 5, D. De Publ.

(91) L. 3, § 21, D. De usurp. et usucap.; L. 3, D. Pro suo.

(92) L. 23, D. De nox. act.

dération, que la question d'abandon est indépendante de la qualité du défendeur; que, par suite, lors même que le demandeur saurait son adversaire non - propriétaire, comme il pourrait élever les mêmes prétentions contre le véritable propriétaire quiritaire, ou au moins réclamer du possesseur une indemnité pécuniaire (sans que celui-ci pût exciper de sa qualité, pour se refuser à l'abandon, sous peine d'être traité comme le maître qui aurait nié avoir l'esclave en son pouvoir), il en résulte qu'il n'y a aucun intérêt à examiner si le demandeur ignore ou non que le détenteur de l'esclave avait ou n'avait pas le pouvoir d'en disposer. Aussi verrons-nous plus tard cette hypothèse, avec toutes celles qui se rattachent à la propriété bonitaire, figurer au nombre des cas où la Publicienne se donne contre le véritable propriétaire; et cela, comme nous l'avons déjà signalé, avec plus d'avantages même que la revendication civile (93).

Si l'esclave est absent, le maître devra fournir caution de le représenter dès qu'il le pourra; s'il ne satisfait pas à cette obligation, ou s'il nie frauduleusement avoir l'esclave à sa disposition, il est condamné à en payer l'estimation, et nous retombons alors dans le cas prévu par le n° 1 bis ci-dessus, où la possession du demandeur dérive de l'estimation par serment de la chose litigieuse (94).

2° Lorsque le maître est absent, ou ne veut pas défendre l'esclave, le préteur intervient pour autoriser le demandeur à emmener cet esclave (95), qui sera alors *in bonis*, lors même que le défendeur en fût seulement possesseur de bonne foi. C'est donc bien à tort que, trompés sur la véritable nature de la propriété bonitaire, Godefroid et Cujas (96) se sont évertués à prouver que le demandeur tient ici son droit de la loi elle-même, laquelle, par l'intermédiaire du préteur, leur conférerait la pleine propriété de l'esclave. Cette explication, qui est basée sur une hypothèse toute

(93) *Infra*, ch. III, § 2, n° II, 1^{er} cas; et *supra*, texte et note 52. — Les principes développés au texte nous donnent la clef de ce passage d'Ulpien, qui forme la L. 137, D. *De reg. jur.*: *qui auctore iudice comparat, bonæ fidei possessor est*. La présence et la sanction du magistrat sont en

effet des garanties suffisantes du droit du demandeur.

(94) L. 7, § 1, D. *De Publ.*; L. 2, § 1, D. *Si ex nox. causa*.

(95) L. 6, D. *De Publ.*

(96) Godefroid, *Gl.* sur la L. 26, § 6, D. *De nox. act.*; Cujas, sur la L. 2, D. *Si ex nox.* (*Comm. in lib. VI Pauli ad edict.*)

gratuite, outre qu'elle heurte de front les textes qu'elle paraît commenter et qui nous montrent constamment l'esclave *in bonis*, est au surplus inutile, maintenant que nous savons que, toutes les fois que le magistrat substitue son autorité à celle de la loi, il se produit une propriété d'une nature moins parfaite, sinon moins efficace, que celle qui dérive du droit civil.

Le maître se présente-t-il, tout est remis en question : l'abandon noxal tombe de plein droit, et l'usucapion, si elle s'est accomplie au profit du demandeur, est rescindée pour cause d'absence (97). Il se produit donc ici une véritable *restitutio in integrum*; mais comme il est juste qu'elle soit réciproque (98), l'action noxale renaîtra aussi au profit de la victime du dommage, et avec elle le droit à la défense de la part du maître (99) : ce qui nous ramène au premier cas ci-dessus.

Les règles que nous venons d'exposer, trouvent également toutes leur application, lorsque c'est un animal qui est la cause du dommage (100); elles trouveraient encore cette application aux fils de famille ou aux hommes libres *in mancipio*, avec les distinctions que comporte la nature des choses (101), si l'impossibilité de soumettre la liberté à l'usucapion ne forçait de limiter l'effet de l'abandon à la simple possibilité d'une translation de droits de famille, et non point de droits de propriété, qui seuls auraient pu présenter ici une utilité à la Publicienne (102).

— Nous avons terminé l'énumération des titres qui comportent tradition, il ne nous reste plus qu'une seule observation à faire : c'est que cette tradition n'a pas besoin de suivre toujours sa cause génératrice, celle en vertu de laquelle elle se produit, mais qu'elle peut parfaitement la précéder, lorsqu'elle a été faite en vue de cette cause, et que ses effets demeurent alors en suspens jusqu'au moment où la cause intervient (103). Bien plus, il n'est pas même nécessaire que cette tradition ait été faite en vue ou en conséquence d'une juste cause; elle peut l'être dans la perspective ou en suite

(97) § 5, Inst. *De act.*; L. 1, § 1, *act.* — Cujas, au passage cité, note et LL. 2, 9, 13, 14, 15, D. *Ex quib. caus. moj.* 96 ci-dessus.

(98) L. 24, § 1, D. *De min.* XXV ann.

(99) LL. 26, §§ 6 et 30, D. *De nox.*

(100) Inst. *Si quadr. paup. sec.* (IV, 9).

(101) L. 33, D. *De nox. act.*

(102) Gaius, I, 110, et IV, 75.

d'une cause non translatrice de propriété; et si plus tard le juste titre tend à se produire, la tradition, en vertu d'une opération inverse de celle que suppose le *constitut possessoire*, changeant alors de nature avec l'intention des parties, vaudra comme si elle avait été dès le principe accompagnée d'une juste cause : la loi 9, § 1, D. De Publ., ne nous présente qu'une application de ce principe, spécialisée dans l'hypothèse d'une vente (103).

IV. DU TITRE PUTATIF. — La possession, pour avoir sa raison juridique d'existence, pour avoir une origine légitime à invoquer en sa faveur, ne conduit pas pour cela à l'usucapion ou à la Publi-cienne, si le titre dont elle dérive n'est point juste, c'est-à-dire s'il n'est pas capable de rendre propriétaire (105). Toutefois il peut arriver que la bonne foi suppléera au juste titre, en ce sens que le vice dont il est entaché disparaîtra, aux yeux de la loi, devant la croyance qu'il était juste, au moins lorsque cette croyance n'est pas fondée sur une erreur de droit : c'est alors ce que l'on appelle un *titre putatif*. Le Digeste nous en présente plusieurs exemples, en matière d'abandon noxal et en général du paiement de toute obligation supposée (106). Mais si nous jetons les yeux sur les Institutes, nous y verrons exprimer une idée tout opposée, dans cette phrase si concise et en même temps si énergique : *Error falsæ causæ usucapionem non parit* (107). — Comment concilier ces textes?... Sans doute, il est bien évident qu'on n'a pas voulu, dans ce dernier passage, proscrire le cas où, ayant un juste titre, on croit posséder

(103) L. 9, § 2, D. De Publ.

(104) Voy. § 41, Inst. De rer. div.; L. 62, D. De exict., et L. 77, D. De rei vind.

(105) L. 43, § 1, D. De Publ.

(106) L. 5, D. eod. tit. et L. 3, D. Pro sdo. — La restriction que nous avons mise dans le texte à la nature de l'erreur, nous paraît pleinement justifiée par la loi 5 précitée. En effet, Ulpien y écrit : *sicæ vera causa sit, sicæ falsa, et non point sicæ justa...*, *sicæ injusta*. Si le titre était injuste, la bonne foi du possesseur, lors même qu'elle porterait sur le caractère juridique du titre, et à plus forte raison si elle ne portait que sur la capacité

de l'auteur, la bonne foi, disons-nous, serait évidemment insuffisante pour conduire à l'usucapion. Quant aux lois 7, §§ 2 et 4, 43, § 2, D. De Publ., les espèces qu'elles contiennent ne présentent point d'hypothèse d'un titre putatif, mais d'un véritable juste titre accompagné de bonne foi; puisque l'erreur porte ici sur la capacité de l'auteur; et que, si l'on ne peut pas soutenir à la rigueur qu'il y ait véritablement une vente de la part d'un fou ou d'un faux tuteur, il n'en est pas moins vrai qu'il y a quelque chose de plus qu'un titre putatif : l'apparence d'un juste titre.

(107) § 41, Inst. De usucap.

en vertu d'un autre titre qui n'existe pas, même si l'erreur était ici une erreur de droit : *nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione* (108); mais, sans aller si loin, il reste nombre d'hypothèses où ce passage rendrait l'usucapion impossible, toutes les fois qu'il n'existe aucune apparence de juste titre. Cette solution au surplus serait peut-être encore douteuse, si dans d'autres textes on ne trouvait la preuve irrécusable que la croyance d'un juste titre, le titre putatif, ne suffit plus (109).

C'est d'abord la loi 6, D. *Pro derelicto*, qui nous dit que l'on ne peut usucaper une chose qu'à tort on aurait cru abandonnée; c'est encore la loi 1, pr., D. *Pro donato*, qui en dit autant pour une chose qu'on s'imaginerait avoir reçue en donation; la loi 2, D. *Pro legato*, pour la chose supposée léguée; la loi 1, § 4, D. *Pro dote*, pour la chose supposée livrée en dot (110); ce sont enfin les lois 2, pr., D. *Pro empt.*, et 48, D. *De usurp. et usuc.*, qui nous présentent comme absolument impossible l'usucapion au profit de celui qui a fait livraison d'une chose, dans la croyance qu'il l'avait vendue. Ces contradictions rendent tous ces passages bien difficiles à accorder. A la vérité, on pourrait dire que Justinien ne partageait point l'opinion des jurisconsultes, dans les ouvrages desquels il puisait; et l'on pourrait regarder le § 11 des Institutes comme représentant le dernier état de la législation romaine, que l'empereur voulut ainsi ramener à l'unité; mais cette explication ne mettrait pas les jurisconsultes classiques d'accord entre eux. A la vérité encore, Paul nous apprend que la vente présentait ici une anomalie toute particulière, qui s'éloignait considérablement des idées reçues sur l'acquittement d'une obligation supposée en général; attendu que, pour cette dernière, on aurait égard à l'époque seule du paiement, au lieu que, dans la vente, on considère et l'époque du contrat et celui de la tradition (111). Peut-être faut-il mettre ce surcroît d'exi-

(108) § 11, Inst. *De legat.* — Warnkœnig, *Inst. jur. priv.*, § 353.

(109) *Nec enim existimatio sufficit*, disait à ce propos Cujas, dans ses observations sur la loi 11, D. *Pro empt.* (*Ad Afric.*, in lib. VII *Quast.*), *nisi sit vera: necessaria est, ut Græci interpretes loquuntur, τῆς αἰτίας πρὸςπαράστασις*.

(110) Voy. encore: L. 27, D. *De usurp. et usuc.*, et la Const. 3, C. *De usucap. pro hæc.*

(111) L. 48, D. *De usurp. et usuc.*; L. 2, pr., D. *Pro empt.* — Voy. encore: L. 7, § 17, D. *De Publ.*, et les développements que nous donnons à propos de cette loi, *infra*, § 3, III.

gences sur le compte d'une réminiscence des anciennes ventes par mancipation, ou de l'édit lui-même, qui paraissait attacher une importance toute particulière à la bonne foi en matière de vente.

Mais pour nous, toutes ces justifications, beaucoup trop subtiles, laissent entière l'antinomie des autres textes, et, pour les expliquer, il faut se porter sur un autre terrain, et aller en chercher le secret dans les circonstances qui peuvent avoir amené l'erreur. Or, il semble ressortir des écrits des jurisconsultes que, toutes les fois que cette erreur est excusable, parce qu'elle a été plus ou moins inévitable, l'usucapion pourra avoir lieu : *quod ita interpretandum*, disait Nératius (112), *ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet*. Ainsi l'on a pris en considération l'erreur qui porte sur le fait et non sur le droit (113); ou celle qui porte sur le fait d'autrui et non sur le fait de la personne qui l'invoque (114). Au contraire, on n'a pas admis au bénéfice de l'usucapion ceux qui ne pouvaient proposer comme titres putatifs que la donation, le legs, la constitution de dot et autres titres lucratifs, parce que l'erreur est alors beaucoup moins présumable (115).

Toutefois la lecture des monuments juridiques qui nous restent sur cette question délicate, suffit pour convaincre de tout le vague, de toute l'incertitude qui régnait dans la jurisprudence (116); et ça a été peut-être pour trancher toutes les difficultés de la matière, que Justinien inséra dans ses Institutes la règle que nous savons : en généralisant un principe que d'autres empereurs, déjà avant lui, avaient proclamé dans le Code pour quelques espèces particulières (117).

§ 3. De la bonne foi.

I. DÉFINITIONS ET NOTIONS GÉNÉRALES. — On a souvent dit que la

(112) L. 5, § 1, D. *Pro suo*.

(113) LL. 2 et 4, D. *De jur. et facti ignor.*; L. 7, D. *Ad se. Vell.*

(114) L. 5, § 1, *infra*, D. *Pro suo*. — On peut citer comme exemple l'erreur d'un individu qui, ayant chargé un esclave ou un mandataire de lui acheter une chose, s'est laissé persuader par celui-ci que l'achat avait lieu, quand au contraire il n'en avait rien été (L. 41, D. *Pro empt.*).

(115) L. 27, D. *De usurp. et usuc.*

— Voy. aussi Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 103.

(116) Voy. encore, outre les textes précités, la loi 9, D. *Pro leg.*

(117) Dioclétien et Maximin, Const. 24, C. *De rei vind.*; Const. 5, C. *De proscript. longi temp.*; Const. 3, C. *Pro don.*, et Const. 3, C. *De usucap. pro har.*

bonne foi consistait dans l'opinion qu'a le possesseur d'être propriétaire (118). Mais cette définition pèche au moins par défaut de généralité, et il vaut mieux y substituer celle-ci : *l'ignorance des vices qui affectent le titre d'acquisition* ; ignorance qui peut porter soit sur la capacité de l'auteur de transmettre, soit sur la capacité du possesseur d'acquiescer, soit enfin sur l'existence même du titre d'acquisition (119) : mais, dans ce dernier cas, elle constitue le titre putatif dont il a déjà été question à la fin du paragraphe précédent. L'erreur qui porterait sur la capacité de la chose, parce qu'on aurait cru à la possibilité d'y appliquer un mode d'acquisition auquel elle se refuse, constituerait en général une erreur de droit, et rendrait la bonne foi inutile, comme nous l'avons dit dans le passage précité (120). Toutefois nous devons ajouter qu'il ne paraît pas que cette erreur ait été un obstacle à l'usucapion, dans le cas où il s'agissait de transférer la propriété d'une chose *mancipi*, alors que l'acquéreur eût pensé que la tradition suffirait pour atteindre ce but : parce que, dans cette matière, sans doute, la bonne foi n'était pas prise en considération (121).

C'est ici la seconde condition exigée par le préteur à l'imitation de la loi des Douze Tables (122), et qui supplée à l'existence même des conditions qui manquaient à l'acquisition : *bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas, quoties lex impedimento non est* (123) ; elle se présume toujours, parce qu'il serait outrageant et absurde de demander à quelqu'un de prouver qu'il n'est pas de mauvaise foi. Mais est-elle une condition distincte du juste titre, en ce sens que ce dernier ne serait qu'un des éléments de la bonne foi, à laquelle il servirait de preuve et de fondement ? Plusieurs personnes l'ont ainsi pensé (124). Nous croyons inutile d'entrer dans la réfutation de cette opinion dont nos précédentes définitions décèlent assez d'elles-mêmes l'inexactitude ; d'autant plus encore que

(118) Unterholzner, *op. modo cit.*, § 93 ; Blondeau, *Chrestom.*, p. 315 et 317.

(119) § 35, *Inst. De rer. div.* ; L. 27, *D. De contr. empt.* ; L. 109, *D. De verb. signif.*

(120) L. 21, *D. De usurp. et usuc.* — Voy. le passage cité, note 154, *infra*.

(121) Voy. L. 28, *D. De nox. act.*, et ci-dessus : § 2, n° III, 8.

(122) Trypheninus l'appelle le *jus vetustissimum* (L. 12, § 8, *D. De capt.*).

(123) L. 136, *D. De reg. jur.*

(124) Blondeau, *op et loc. cit.* ; Ducourroy, *Inst. traduites et expliquées*, n°s 375 et 377.

la discussion porterait plutôt sur les mots que sur les choses : car entre ces deux systèmes, la différence pratique est réellement nulle. En effet, dans la manière de voir que nous critiquons, celui qui invoque l'usucapion, en établissant son juste titre, a virtuellement fait la preuve de sa bonne foi ; dans la nôtre, en prouvant son juste titre, il est dispensé de justifier de cette bonne foi ; et si son adversaire, le défendeur à l'action Publicienne, pourra prouver qu'il est de mauvaise foi, il le pourra également dans le premier système, où la présomption qui découle du juste titre est tout aussi puissante que si elle avait une existence indépendante.

II. DES PERSONNES CHEZ QUI LA BONNE FOI DOIT EXISTER. — Nous examinerons la question sous trois points de vue : selon qu'il s'agit : 1^o des successeurs à titre universel ; 2^o des successeurs à titre particulier, 3^o des personnes *alienis juris*.

1. *Des successeurs à titre universel.* Ceux-ci, continuant la personne de leur auteur, profitent ou souffrent de sa position. Ainsi la bonne foi du défunt servirait à l'héritier, de même que son dol lui nuirait : *quia vitiorum defuncti successor est*, comme il est dit énergiquement dans une des lois de notre titre (125). Mais le dol de l'héritier ne vicierait pas la possession de bonne foi que lui a léguée son auteur, en vertu de la maxime : *mala fides superveniens non nocet*, sur laquelle, du reste, nous reviendrons un peu plus loin (126). Tout ceci n'est qu'une application des règles générales de l'usucapion.

2. *Des successeurs à titre particulier.* Les principes diffèrent un peu ici : la bonne foi n'a plus besoin d'exister chez l'auteur, il suffit qu'elle existe chez le successeur qui a recours à la Publicienne (127). Au surplus, nous devons dire qu'à la mauvaise foi de l'auteur vient très-souvent s'ajouter un vice dans la qualité de la chose, vice qui fera perdre à l'acquéreur tout le bénéfice de sa bonne foi (128).

(125) L. 11, § 2, D. De Publ. — Voy. Const. 11, C. De acq. et retin. poss., et Const. 4, C. De usucap. pro har.

(126) Ci-dessous, n^o III.

(127) L. 7, §§ 11 et 15, D. De Publ.

(128) Pothier, *Pand.*, ad tit. De Publ., n^o X, note 1^{re} ; Glück, § 597. — Voy. la règle et quelques-unes de ses exceptions, dans les textes suivants : Gaius, II, 45, 49 et 50 ; §§ 3 à 6, Inst. just. De usuc. — Voy. ci-dessous : § 4.

Remarquons aussi qu'il importe peu que le titre d'acquisition soit onéreux ou gratuit, comme cela résulte implicitement de la L. 5, D. *De divers. temp. præscript.*, et de la Const. 1, *De usuc. transf.* A la vérité la L. 4, §§ 29 et 31, fait cette distinction pour l'exception de dol qui compète contre l'auteur, en la rendant opposable à l'acquéreur à titre gratuit et non à celui à titre onéreux; mais cette différence, qui était d'ailleurs contestée contre les jurisconsultes, comme on peut le voir dans le texte précité, pourrait encore s'expliquer par la diversité même des positions, et par le désir qui animait le législateur, de frapper le dol, partout où il le rencontrait: témoin l'exception *quod metus causa*, imaginée contre des faits analogues au dol, et que l'on donnait indistinctement contre tous ceux qui avaient profité de la violence, c'est-à-dire *contre la violence elle-même*, quel qu'en fût l'auteur (129). Et il est légitime de supposer que cette tendance à généraliser l'emploi des remèdes juridiques se manifesta aussi dans l'exception de dol, quoique d'une manière moins complète (130).

Si le successeur ne souffre point en général de la mauvaise foi de l'auteur, réciproquement aussi la bonne foi de celui-ci serait impuissante à effacer le vice de la possession du premier: le successeur ne pourra donc point user de la Publicienne, comme son auteur (131).

Justinien, dans ses derniers monuments législatifs, est venu apporter quelques modifications restrictives à ces principes, en exigeant, de la part de l'acquéreur de bonne foi dont l'auteur a été de mauvaise foi, au lieu d'une prescription décennale (usucapion en vigueur de son temps), une prescription de trente ans, à l'encontre du véritable propriétaire qui ignorait et son droit de propriété et l'aliénation de la chose (132).

3. *Des personnes ALIENI JURIS.* Il faut distinguer ici entre les acquisitions de possession opérées par le fils de famille ou par l'esclave *peculiari nomine*, et celles qu'il opère *nomine patris* ou *nomine domini*.

(129) L. 4, § 33, D. *De doli mali et met. except.*

(130) Voy. Pothier, *Pand.*, ad tit. *De doli mali*, n° XXV, note; et Un-

terholzner, *Verjährungslehre*, § 99, note 339.

(131) L. 2, § 47, D. *Pro empt.*

(132) Nov. CXLIX, ch. 7.

Les premières profitent toujours au père ou au maître, lors même qu'elles ne sont pas connues de lui, parce qu'en pareil cas la transmission se fait à son insu : la permission qu'il a accordée d'avoir un pécule, constitue pour lui la volonté de posséder ce pécule en général (133). Il résulte de ceci que, si le père ou le maître ignore la circonstance de l'acquisition, tout en sachant que la chose est à autrui, ou *vice versa*, il pourra usucaper, quand même il apprendrait plus tard la vérité sur l'un ou sur l'autre de ces points; le tout en vertu de la maxime déjà citée : *mala fides superreniciens...* etc.

Mais quant aux acquisitions faites *nomine patris* ou *nomine domini*, il est nécessaire que le père ou le maître, pour usucaper, tout en restant de bonne foi, connaisse toujours la circonstance de l'acquisition (ce qui suppose qu'il ignore que la chose est à autrui); parce que la possession ne s'acquiert pas comme la propriété, par le seul fait qui s'est accompli dans la personne du fils ou de l'esclave, mais avec le secours d'un élément de plus : l'intention, qui doit exister chez celui qui profitera en définitive de l'acquisition (134); et l'usucapion ne commencera que du moment que le maître aura connaissance de cette acquisition.

Les règles ci-dessus sont les mêmes, lorsqu'il s'agit des esclaves

(133) L. 1, § 5, et L. 3, § 12, D. *De acq. vel am. poss.*

Nous trouvons du reste une application assez extensive de ce principe, dans la loi 9, § 6, D. *De Publ.*, laquelle donne la Publicienne à l'héritier d'une succession, pour une chose qu'un esclave héréditaire a achetée, et dont il a ensuite perdu la possession, même avant l'adition d'hérédité. Les personnes juridiques ne peuvent pas plus avoir la volonté d'acquérir, que le père de famille ou le maître qui ignore ce qui s'est passé (L. 1, § 22, D. *De acq. vel amitt. possess.*; L. 44, § 3, D. *De usurp. et usucap.*); mais on accorde à l'héritier la même faveur qu'à ces derniers, parce qu'on lui tient compte pour le passé de la volonté qu'il a manifestée, en faisant adition; de même qu'on tient compte, pour l'avenir, de cette volonté au maître qui a permis à l'esclave d'avoir un pécule.

Cette règle, établie pour l'usucapion d'une chose dont l'esclave héréditaire a pris possession, a été étendue par exception, *jure singulari*, dit Papien (L. 44, § 3, D. *De usurp.*) à l'hérédité jacente, puis aux corporations, aux universalités et aux habitants d'une ville (*municipes*), lesquels peuvent acquérir par leurs esclaves, et même par leurs mandataires (L. 2, D. *De acq. vel amitt. poss.*).

(134) L. 44, § 1, D. *De acq. vel amitt. poss.*; L. 2, § 11, D. *Pro empt.*; L. 8, D. *De usurp. et usuc.* — Il résulte des principes exposés au texte, que, pour les acquisitions immédiates de propriété, il n'y a pas à distinguer si elles sont faites *peculiari nomine* ou autrement, parce que le père ou le maître acquerrait alors toujours *intito et ignorante* (§ 3, Inst. *Per quas pers. nob. acquir.*).

d'autrui que l'on possède de bonne foi ou à titre d'usufruitier, et des hommes libres que l'on possède de bonne foi seulement (135). Il est bien entendu du reste que la bonne foi est exigée de la part de tous les individus *alieni juris*, sans faire les distinctions que nous avons développées, relativement à la bonne foi des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent : que si, par exemple, l'esclave est de mauvaise foi, jamais son maître, même de bonne foi, ne pourra usucaper (136). Enfin, il est inutile d'ajouter que l'assimilation que nous faisons ici entre les fils de famille et les esclaves, ne se rapporte qu'à l'époque où la législation n'avait pas encore, par la création des divers pécules, rapproché la position des premiers de celle des personnes *sui juris*.

III. DE L'ÉPOQUE REQUISE DANS L'EXISTENCE DE LA BONNE FOI. — En matière d'usucapion, à la différence de ce qui existe pour l'acquisition par la perception des fruits, la continuité de la bonne foi n'a jamais été exigée (137) : il suffisait aux Romains qu'elle existât au début de la possession, parce que c'est de ce moment seul qu'on serait devenu propriétaire, si l'acquisition avait été parfaite.

Pourtant ce principe, à ce qu'il paraît, ne fut pas adopté dans toute son extension par l'une des écoles des jurisconsultes romains. Effectivement, nous lisons dans Ulpien (138) que les Sabinien enseignaient qu'en matière de vente, l'acheteur devait être de bonne foi à deux époques distinctes : celle de l'achat et celle de la tradition ; et les Proculéiens eux-mêmes, sans partager cette rigueur pour ce contrat, modifiant pourtant ici les principes généraux d'après lesquels on doit s'attacher uniquement à l'époque de la perfection du contrat, voulaient que la bonne foi existât lors de l'achat,

(135) § 1, *Inst. Per quas pers. nob. acq.* ; l. 7, §§ 6 et 8, *D. Pro empt.*

(136) l. 43, § 1, *D. De usurp. et usucap.*, et Pothier, *ad eund. tit.*, n° LXXXVI.

(137) l. 7, § 12, *D. D. Publ.* ; l. 48, § 1, *D. De acq. rer. dom.* ; l. 4, § 18 et l. 43, pr., *D. De usurp. et usucap.* ; l. 2, § 13, *D. Pro empt.* ; Const., 1, C. *De usuc. transf.* — § 35, *Inst. De rer. div.* ; l. 8, *D. De acq. rer. dom.* Voy. pourtant : l. 25, § 2, *D. De usur. et fruct.*

(138) l. 10, pr., *D. De usurp. et usucap.* : «.... Quæritur ut usucapio currat, dit-il, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat, exigimus an traditionis? Et obtinuit Sabinii et Cassii sententia, traditionis initium spectantium. » On est assez d'accord pour corriger cette dernière phrase, en lisant comme s'il y avait : *ETIAM traditionis initium spectantium.*

au lieu d'accompagner seulement la tradition, qui est pourtant l'unique et véritable point de départ de la possession. C'est à quoi fait évidemment encore allusion le passage suivant du même auteur (139) : « *Julianus libro septimo Digestorum scripsit traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri..... Nec quisquam petit, hoc nos existimare sufficere, initio traditionis, ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere ET TUNC bona fide emptorem esse* » ; voulant faire entendre par là qu'il ne suffit pas, comme on l'aurait pu induire des expressions de Julien, d'être de bonne foi à l'époque de la tradition (*traditionis initium spectantium*), mais qu'il faut l'avoir été *ET TUNC*, même alors : termes équivoques que l'on ne saurait guère expliquer qu'en les rapprochant du texte amendé de la loi 10 (*De usucap.*), citée à la note 138, et qui viseraient alors l'époque du contrat.

Cette obscurité dont on ne peut sortir qu'au prix d'une correction arbitraire et douteuse, a fait chercher à quelques auteurs (140) une explication plus satisfaisante des mots *et tunc* de la loi 7 de notre titre. Et en effet, en les faisant rapporter à *experiri* qui précède, on arrive à dire qu'il faudrait être de bonne foi à l'instant de la tradition, comme à celui où l'on intente l'action, dont la mauvaise foi survenue après le contrat paralyserait ainsi l'exercice ; proposition qui se trouve appuyée par un autre fragment, aussi d'Ulpien, et dans lequel il écrit, en citant encore l'opinion de Julien, en ce qui concerne le part d'une esclave volée : « *Interdum tamen, licet furiva mater distracta non sit, sed donata igno, anti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana.... SI QUOD EO TEMPORE, QUO EXPERIAR, FLUTIVAM MATREM IGNOREM* (141). »

Quelle que puisse être la valeur de cette argumentation, il n'est pas impossible de la détruire, et de montrer qu'il vaut encore mieux en définitive accepter la divergence d'opinions, que nous signalons en commençant, entre les Sabinien et les Proculéiens. Et d'abord l'explication des mots *et tunc* n'est en tous cas que spé-

(139) L. 7, § 17, D. *De Publ.*

(140) Entre autres ; H. de Coccejus, *Diss. de potest. justi tit. in ficto*

dom., sect. III, § 17 ; S. de Coccejus, *Jur. civ. controv.*, ad dict. leg.

(141) L. 11, § 3, D. *De Publ.*

même loi (142), où Ulpien nous présente les conditions de la Publicienne comme portant exclusivement sur l'époque de l'achat, on y lira cette phrase décisive, et qui implique contradiction formelle avec le sens que l'on prêterait à l'autre texte : « et ideo neque QUOD ANTE EMPTIONEM, neque QUOD POSTEA dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio videtur. » Et la précision du texte des Basiliques elles-mêmes va faire disparaître le dernier vestige d'un doute à cet égard : « Αἱ δὲ καὶ ἐν τῷ χρόνῳ τῆς ἀγορᾶς, καὶ τῷ τῆς παραδότησεως, εἴη τὸ λαβόντα καὶ πύσαι » (143).

Reste la loi 11, § 3, *De Publ.* Et certes, si nous lisons avec Cujas et quelques autres commentateurs qui ont adopté sa restitution (144), au lieu de *quo experiar, quo et pariat*, nous trancherions d'un coup le nœud de la difficulté, au moyen d'une ingénieuse leçon. Mais, outre qu'elle est démentie par les Basiliques, elle ne se trouve ni dans la Florentine (145), ni dans la plupart des manuscrits de la Vulgate; et comme on ne peut raisonnablement taxer ces expressions d'interpolation, ainsi que l'a essayé un auteur allemand (146), il faut chercher ailleurs une explication de nature à empêcher l'induction que l'on serait tenté de tirer d'un passage si étrangement anomal. Or, cette explication ne la trouverait-on pas dans une particularité que semble présenter l'usucapion *pro suo* : s'il faut en croire le témoignage de Pomponius, qui, en qualifiant ainsi le titre de possession de l'individu en train d'usucaper le part de l'esclave accouchée chez lui, exige une bonne foi continue du possesseur; à telle enseigne que s'il avait connu un instant le véritable maître de l'esclave, sans l'avertir, il ne pourrait plus continuer son usucapion (147)?—Plusieurs auteurs l'ont ainsi pensé (148); mais nous ne pouvons souscrire à leur opinion. Car cette particularité, si elle existe effectivement (ce dont nous douterions volontiers, en présence de l'autorité imposante de plusieurs textes con-

(142) L. 7, § 14, D. *Ibid.*

(143) Baz., XV, 2, 7.

(144) Cujas, *ad l. 11, § 3, De Publ.* et *ad l. 4, 15, D. De usurp. et usuc.*; Ant. Favre, *Rational.* *ad l. 11, § 3*; Voet, *Comm. ad tit. de Publ.*; Pothier, *Pand., ad eund. tit.*, n° XIV, note 3. Tigerström, *Die b. f. possess.*, p. 123.

(145) Baz., XV, 2, 11; Flor., t. I, p. 182.

(146) Westphal, *Syst. des R. R.*, § 1013.

(147) L. 1, pr., D. *Pro suo*.

(148) Doneau, *Comm. jur. cir.*, 5^e liv., ch. XXV, n° 9; Glück, § 597.

traies (149), peut se justifier tout au plus par cette considération que le titre *pro suo*, donné en pareil cas à la possession, serait incompatible avec la connaissance que l'on a du droit d'autrui sur la chose : puisqu'on invoque ici pour juste titre sa seule possession, c'est-à-dire en définitive, puisqu'on supplée par sa bonne foi à un juste titre qui existait bien pour l'esclave que l'on avait achetée, mais qui n'existe plus pour l'enfant dont elle était accouchée chez l'acheteur. Mais, réduite à ces termes, la question perd de son importance, et le surcroît de rigueur, proclamé par Pomponius, ne se comprend plus : attendu que, dans l'espèce, la bonne foi, en se métamorphosant (qu'on nous passe l'expression) en juste titre, a dû en usurper les conditions et qualités ; et il serait impossible d'imaginer un titre qui dût exister à une autre époque que celle qui a marqué l'origine et le point de départ de la possession. Il faut donc croire qu'en cette matière, Pomponius, qui n'a pas trouvé de prédécesseurs, comme il semble l'avouer lui-même, n'a pas non plus trouvé d'imitateurs. Ainsi, l'usucapion *pro suo* ne nous fournira encore aucune lumière pour la solution de la question.

Mais si l'on écarte ce moyen d'argumenter, où pourra-t-on arriver à concilier les exigences de la loi 11, § 3, *De Publ.*, avec les principes généraux de l'usucapion et de la possession, sans accepter pour cela les conséquences que nos adversaires ont voulu tirer de rapprochements dont nous avons contesté la valeur ?... — Rien de plus facile, et toute difficulté disparaîtra, si nous démontrons pourquoi l'on a pu exiger dans cette loi une bonne foi, au moment où l'on exercera la Publicienne ; cette raison, nous la trouverons, non plus dans une particularité de l'usucapion *pro suo*, mais de l'usucapion *pro donato* ; et nous allons voir tout de suite qu'elle n'était point régie par les mêmes principes que lorsqu'elle se fonde sur des titres onéreux. Peut-être pourrions-nous déjà en apercevoir un indice, dans cette précaution, un peu exagérée au premier abord, que prend Ulpien, dans la loi 7, § 3, *De Publ.*, de nous avertir que les causes lucratives sont capables de fonder également une juste possession, et par suite de donner ouverture à la Publicienne : ce qui ne paraissait cependant faire aucun doute. Peut-être

(149) L. 6, pr., et L. 40, § 2, D., et L. 4, § 18, D. *De usurp. et usucap.*
De acq. vel amitt. poss.; L. 33, pr.

pourrions-nous en voir un indice encore plus frappant dans cette circonstance que tous les textes relatifs au principe : *mala fides superreniens non nocet*, et qui sont cités note 137 *suprà*, ne statuent jamais que dans l'hypothèse de la vente; tandis que la loi 11, § 3, suppose une donation. Mais pour en obtenir une preuve plus complète et qui achève de dissiper les incertitudes, il faut ouvrir le Code de Justinien : là nous y verrons une constitution qui exige, en matière de donation, une bonne foi continue, de sorte que *non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo incepta est* (150). Ainsi, pour la mère, qui, dans l'espèce précitée, a été donnée et non vendue, une bonne foi à l'époque de la tradition et même à celle du contrat, serait insuffisante pour l'usucapion et la Publicienne : il faut qu'elle existe d'une manière continue depuis cette dernière époque, jusqu'au moment où l'on veut invoquer l'usucapion ou exercer l'action (151).

Maintenant donc et pour nous résumer, nous dirons que la bonne foi, dans toute possession dérivée d'une acquisition à titre onéreux, n'a besoin d'exister qu'à l'époque de la tradition, ou en général de la prise de possession; et cela, sans distinguer entre l'usucapion et la Publicienne, puisqu'on ne pourrait, sans inconséquence, montrer plus d'exigences pour cette dernière, dont l'exercice suppose après tout une possession interrompue, que pour l'usucapion, qui se contente la plupart du temps d'une possession initiale de bonne foi. Et comme exceptions à ces principes, on peut dire que, dans la vente, la possession est requise aux deux époques du contrat et de la tradition; et que, pour la donation, elle doit continuer sans interruption aucune pendant toute la durée de la possession, jusqu'à l'entière consolidation du droit.

— En disant que la loi se montre pour la Publicienne moins exigeante que pour l'usucapion, nous ne faisons que proclamer un principe qui ressort de l'esprit et de la teneur de tous les textes de

(150) Const. un., C. De *uue. transf.*

(151) Schol. 14, B *tit.* de Stéphane: (éd. Zachariæ de Lingenthal, p. 45). — Dans le sens de notre opinion: Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 96; Pellat, *op. cit.*, sur la loi 11, § 3, de

Publ. — Le texte nous offre ici une trace de cette répugnance des Romains à admettre la bonne foi en matière d'acquisition à titre gratuit; nous en avons rencontré un autre exemple, § 2, n° IV, texte et note 115.

la matière ; un seul dément cette proposition : c'est la loi 2, § 16, D. *Pro empt.*, dans laquelle Paul, tout en admettant que celui qui a acheté d'un fou qu'il croyait sain d'esprit, pourra usucaper *utilitatis causa*, lui dénie pourtant l'action Publicienne ; venant ainsi contredire formellement le texte d'Ulpien de la loi 7, § 2, D. *De Publ.*, qui accorde expressément la même action dans cette hypothèse. On a fait d'incroyables efforts pour concilier les deux jurisconsultes ; l'explication encore la plus satisfaisante consiste à admettre que, dans la loi 2, § 16, Paul a voulu dire, qu'en raison de la non-existence de la vente, aucun de ses effets *inter partes* ne se serait produit ; ni la garantie d'éviction, ni l'accession de possession, ni enfin l'action Publicienne ; parce que l'acheteur ne pourrait opposer, à l'exception *justi dominii* de son auteur, aucune réplique de dol (152).

Cette solution est loin d'être à l'abri de toute critique ; car on pourrait objecter que l'assimilation entre la garantie et la Publicienne n'est pas juste, puisque celle-ci exige en tous cas une condition de plus, la bonne foi, qui supplée en partie à ce que le titre a de vicieux. Que si le vice de ce titre est si radical, qu'il est dépourvu de toute efficacité entre les parties, la vente ne doit pas avoir plus d'effet, disons même mieux, elle doit avoir encore moins d'effet contre les tiers ; d'ailleurs, la preuve qu'il n'est pas si radical, c'est qu'il est susceptible de fonder l'usucapion (l'expression *utilitatis causa* que Paul a soin d'intercaler ne saurait en aucune façon justifier son inconséquence) ; et la distinction qu'on propose ici entre les tiers et les parties, qui n'est pas écrite dans la loi, ne peut être invoquée pour en concilier les incohérences. Aussi la plupart des interprètes (153), s'attachant de préférence, pour ce qui concerne les règles de la Publicienne, au titre qui lui est spécialement consacré, regardent-ils comme une interpolation les mots *nec Publiciana competit* de la loi 2, *Pro emptore*.

§ 4. De la qualité de l'objet.

I. GÉNÉRALITÉS. — Il semblerait que l'action Publicienne, basée

(152) Cette explication est due en partie à Puchta (*Institut.*, § 233, note 9, et *Vorles.*, § 173, 2). *ad tit. Pro empt.*, n° IV, 2^e note ; Vangerow, *op. cit.*, § 335, rem. II ; l. c., etc.

(153) Entre autres : Pothier, *Pand.*,

sur la fiction d'une usucapion accomplie, ne pût évidemment s'appliquer aux choses dont l'usucapion n'est pas admise, soit à cause de leur nature particulière, soit en raison d'une prohibition spéciale de la loi : *quia neminem prætor tuelur ne contra leges faciat* (154); et que les deux institutions dussent marcher de front, quant à leurs conditions d'exercice. Eh bien! nous verrons au n° III ci-dessous que le parallélisme n'est pas parfait; et que les prohibitions précédentes sont manifestement violées, pour la plupart des choses incorporelles, et même pour certaines choses corporelles, dont la nature aurait dû faire écarter l'emploi de l'action. Quant à ces dernières, nous mentionnerons l'espèce prévue par le jurisconsulte Paul, et suivant laquelle la Publicienne peut être intentée pour un esclave qui n'a pas encore atteint l'âge d'un an, hypothèse où l'accomplissement de l'usucapion est matériellement impossible (155).

Nous allons consacrer les deux numéros suivants à l'examen des choses que l'on peut réclamer par la Publicienne; seulement nous nous bornerons presque toujours à une énumération sommaire, attendu que la plupart de ces questions se réfèrent plus spécialement à la matière de l'usucapion, et n'offrent aucune particularité digne de fixer l'attention, en ce qui concerne le développement des principes relatifs à notre action.

II. DES CHOSSES CORPORELLES. — Ne sont pas susceptibles d'usucapion ni de revendication Publicienne :

1. *Les hommes libres*, parce que la liberté est inaliénable et imprescriptible de sa nature (156).

2. *Les choses sacrées, religieuses et saintes, les choses publiques et autres de même espèce*, qui sont hors de commerce (157); telles que les églises, les tombeaux, les limites (158), les fleuves, les ports (159), etc.

3. *Les biens du fisc, des cités et des églises* (160), et les fonds pro-

(154) L. 12, § 4, D. De Publ. — *Ubi lex inhibet usucapionem*, dit encore la loi 21, D. De usurp. et usuc., *bona fides possidenti nihil prodest*.

(155) L. 12, § 6, D. De Publ.

(156) § 1, Inst. De usucap.; L. 2, pr., D. De statutib.; L. 9, D. De usurp. et usucap.; Const. 3, C. De præscr. longi temp.

(157) § 7, Inst. De rer. div.; L. 9, cit.

(158) Cicéron, De leg., I, 21. — Cette imprescriptibilité disparut sous les empereurs (Const. 5, C. théod. De fin. reg., et Const. 6, C. just. eod. tit.).

(159) §§ 1, 2, 3 et 4, Inst. De rer. div.

(160) § 9, Inst. De usuc.; L. 9, D.

rinciaux (161). Néanmoins on admet que les biens dévolus au fisc comme vacants, peuvent être usucapés, aussi longtemps qu'ils n'ont pas acquis cette qualité par une déclaration formelle (162).

4. *Le pécule adrentice*, aussi longtemps que dure la puissance paternelle (163). Une opinion qui compte assez de partisans, tendrait à généraliser cette exception pour toute espèce de pécule des pupilles, dont les biens seraient ainsi imprescriptibles d'une manière absolue. Nous n'entrerons pas dans l'examen de cette controverse, parce qu'elle sort du cadre de notre travail; nous ajouterons seulement que, si jamais cette imprescriptibilité a existé (chose que l'absence de tout texte (164) rend fort problématique), elle n'a en réalité frappé tout au plus que les biens des mineurs et pupilles, de la catégorie de ceux qu'on appelait *prædia rustica* ou *suburbana*, dont un sénatus-consulte rendu sous Septime-Sévère avait prohibé l'aliénation (165).

5. *Le fonds dotal*, en vertu de la célèbre loi *Julia de adulteriis*, d'abord limitée au sol italique et à l'usucapion civile, puis étendue aux terres des provinces et à la nouvelle prescription décennale (166). L'inaliénabilité, et, par voie de conséquence, l'imprescriptibilité cessent : 1^o en cas d'envoi en possession *damni infecti causa* et d'ordre de posséder, si le mari ne fournit pas caution (167); — 2^o lorsque la chose est aliénée pour obéir à une action *communi dividundo* (168); — 3^o lorsque la femme consent à l'aliénation. Toutefois cette restriction disparaît sous Justinien, qui ne tolère l'aliénation qu'à partir du moment où la femme a acquis le droit de redemander sa dot (169).

De usurp.; Const. 2, C. *Comm. de usucap.*; Const. 2, C. *Ne rei dom. vel templ.*; Nov. III, ch. 1.

(161) Gaius, II, 46.

(162) L. 18, D. *De usurp. et usuc.*

(163) Const. 1, § 2, C. *De ann. except.*; Const. 1, C. *De bon. mat.*; Nov. XXII, ch. 24.

(164) En effet, les textes suivants que l'on oppose souvent, parlent de choses volées, et l'imprescriptibilité tient alors à une autre cause qu'à l'état et à la capacité du propriétaire. — Voy. L. 7, § 3, D. *Pro empt.*; L. 56, § 4, D. *De furt.*; L. 4, § 1, D. *De usurp.*

L'opinion que nous combattons, a

été soutenue entre autres par Pothier, *ad tit. Pand. De usurp.*, n^o IV, note; Thibaut, *Syst. des P. R.*, § 1014; Mühlenthal, *Doctr. Pand.*, § 262; Makelley, *Lehrb.*, § 259; Enterholzer, *Verjährungsl.*, §§ 35 à 38, etc.

(165) L. 4, pr., §§ 1 et 2, D. *De reb. cor. qui sub tut.*

(166) Paul, *Sent.*, liv. II, t. 21, § 2; Gaius, II, 63; pr., Inst. *Quib. al. lic. vel non*; L. 1, D. *De fundo dot.*; Const. un., § 15, C. *De rei uxor. act.*; Const. 3, C. *De jure dot.*

(167) L. 1, pr., D. *De fundo dot.*

(168) Const. 2, C. *De fundo dot.*

(169) Paul, *Sent.*, et Inst. de Just.,

6, *Les choses volées et enlevées ou occupées de vive force*. Les premières furent soustraites à l'usucapion déjà par la loi des Douze Tables, et ensuite encore par une loi *Atinia* ou *Atilia*, qui semble n'avoir eu pour but que de développer les dispositions de la précédente (170); les lois *Plautia* et *Junia de rei publica* s'occupèrent des secondes (171), en assimilant le possesseur violent à un voleur. Il était après cela naturel que la Publicienne ne pût les attaquer, et c'est ce que nous dit Ulpien, dans une des lois de notre titre (172).

Le vice qui provient de cette double cause subsiste même lorsque la matière a été transformée; il ne se purge que par la circonstance que la chose est revenue sciemment entre les mains du propriétaire (173), ou qu'elle a été vendue par le voleur: cas où le prix touché par ce dernier, à la différence de l'objet vendu, perd le caractère de chose volée; de telle sorte que l'ancien propriétaire, en extorquant du voleur la somme qu'il a entre les mains, commettrait lui-même un vol, et serait passible de l'action *rei bonorum raptorum* (174).

Le même vice s'attache aussi aux produits de la chose enlevée: comme aux fruits des champs, au croît des animaux, au part de l'esclave, lesquels sont réputés soit des accroissements ou accessoires de l'objet, soit des fruits, selon la nature du produit et la nature du droit qui compète à l'individu sur la chose principale (175).

Cependant les règles de notre matière sont différentes, suivant qu'on envisage ces produits sous l'un ou sous l'autre rapport. Dans le premier cas, s'il ne s'agit que des accroissements ou des produits accidentels, en dehors du but qui a fait comprendre la chose dans une opération juridique, on répute volé tout accroissement ou accessoire produit avant le vol et même après le vol, chez le voleur ou son héritier même de bonne foi, mais non plus chez le possesseur

loc. cit.; Const. un., § 15, C. *De rei ux. act.*

(170) La loi *Atinia* est de l'an 357 de Rome. — Gaius, II, 45 et 49; §§ 2 et 3, Inst. de Just., *De usuc.*; L. 32, D. *De usurp. et usucap.*; Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XVII, 7.

(171) Ans 665 et 746 de Rome.

(172) L. 9, § 5, D. *De Publ.*

(173) L. 26, D. *De furt.*; L. 4,

§§ 6, 12 et 20, D. *De usurp. et usucap.*; L. 215, D. *De verb. signif.*

(174) § 37, Inst. *De rer. div.*; L. 10, § 3, D. *De jure dot.*; L. 27, D. *De hered. pct.*; L. 28, § 1, D. *De usur.*

(175) L. 11, §§ 2 et 1, D. *De Publ.*; L. 31, pr., D. *De usurp. et usucap.*; L. 6 et 48, §§ 5 et 6, D. *De furt.*; Const. 12, C. *De furt.*

de bonne foi, au profit duquel l'usucapion et l'action Publicienne pourront alors se réaliser. C'est ce principe que nous voyons appliqué par les textes au part de l'esclave volée ou fugitive (176), et au part de l'enfant de cette esclave, lorsque l'enfant a été conçu chez le voleur, mais son part chez le possesseur de bonne foi (177); solution que l'on peut étendre par analogie à la libéralité faite à l'esclave, et en général à tous les produits que l'on ne pourrait pas assimiler aux fruits: tels que les accroissements que la chose a reçus par alluvion, adjonction ou plantation (178).

Remarquons que l'on assimile à l'esclave volé l'esclave fugitif, parce que c'est là un véritable vol qu'il commet de sa propre personne: *sui furtum facere intelligitur* (179); ce qui n'empêche pourtant pas qu'on ne puisse usucaper ou demander par la Publicienne une chose achetée par cet esclave, encore que son maître ne détienne pas en réalité la chose (180).

Dans le second cas, lorsqu'il s'agit des fruits, la question change de face, et il n'y a jamais lieu à exercer la Publicienne, parce que l'usucapion est inutile: en effet les fruits deviennent la propriété quiritaire du possesseur de bonne foi, dès qu'ils sont détachés de l'objet producteur (181). Mais à quel instant s'attachera-t-on pour accorder au fruit une existence propre, qui lui rende désormais incommunicable le vice de la chose frugifère, c'est-à-dire qui l'empêche d'être réputé volé comme elle? Les jurisconsultes se partageaient sur cette question: Ulpien exigeait que le fruit eût été conçu ou produit chez le possesseur de bonne foi; mais cette rigueur ne paraît pas avoir été goûtée par la majorité, qui s'attachait avec plus de raison à l'époque à partir de laquelle le possesseur est censé propriétaire: celui de la perception (182).

7. Les choses dont le testateur a interdit l'aliénation; elles parti-

(176) L. 11, §§ 2 et 4, D. De Publ.; L. 33, pr., D. De usurp.; L. 48, §§ 5 et 6, D. De furt., et L. 6, ibid.; Const. 42, C. De furt.

(177) L. 11, § 5, D. De Publ.

(178) § 4, Inst. Per quas pers. nob. acq.; L. 9, § 4, D. De usufr.

(179) L. 69, D. De furt.; L. 9, § 5, D. De Publ.; § 4, Inst. De usuc.; Const. 1, C. De serco fugit.

(180) L. 43, D. De Publ.; L. 13, D. De acquir. vel amitt. poss.

(181) L. 43, D. Quib. mod. usufr.; L. 28, pr., D. De usur.; L. 8, D. De acq. rer. dom. Voy. ch. I, note 38.

(182) Ulpien, L. 43, §§ 5 et 6, D. De furtis; Paul, L. 43, § 2, D. De acquir. rer. dom., et L. 4, § 19, D. De usurpat.

ci, ent encore de la nature des choses volées, au moins en tant que l'héritier a connaissance du vice (183).

8. *Les choses données aux prêteurs et proconsuls.* C'était là une disposition particulière de la loi *Julia repetundarum* qui, pour remédier autant que possible aux exactions dont ces magistrats se rendaient trop souvent coupables dans les provinces, leur défendit de rien recevoir entre-vifs, lors même que la donation eût été déguisée sous le voile d'un contrat à titre onéreux. C'était donc aussi pour eux et tous leurs ayants cause un obstacle à l'usucapion de la chose donnée au mépris de ces dispositions, et le vice dont elle était entachée ne se purgeait non plus, comme celui du vol, que par le retour dans les mains du donateur ou de ses héritiers (184).

9. *Les choses litigieuses*, par suite de la *litiscontestatio*. L'origine de cette incapacité remonte déjà à la loi des Douze-Tables, par laquelle il était défendu, sous peine d'amende du double, de consacrer ces choses aux dieux, ou de les affranchir, s'il s'agissait d'esclaves (185). Et l'auteur anonyme du traité *De jure fisci* nous apprend que ce fut Auguste qui, par un édit, généralisa cette prohibition, en défendant l'aliénation de toute chose litigieuse, sous peine d'une amende égale à la valeur de cette chose (186).

III. DES CHOSES INCORPORELLES. — Ne pouvant être ni saisies, ni appréhendées physiquement, elles ne sont par là susceptibles ni d'une véritable tradition, ni d'une véritable possession (187); seulement, et pour faciliter les opérations juridiques relatives à ces droits, on arriva, par motif d'utilité, à admettre une sorte de quasi-tradition et de quasi-possession pour la plupart d'entre eux (188). C'est encore ainsi et par une extension semblable, qu'on arriva à permettre l'acquisition de ces droits par une possession plus ou moins prolongée, comme nous allons le montrer plus bas.

(183) Const. 3, § 3, C. Comm. de legat.; Const. 1, C. De usucop. pro empt.

(184) L. 8, pr. et § 1, D. De lege Jul. — Cette loi fut portée par César, dans son premier consulat.

(185) L. 3, D. De litig.; L. 3, § 1, D. De al. jud. mut.

(186) L. 1, pr. et 22, pr., D. De jure fisci. — De jure fisci, § 8.

(187) § 2, Inst. De reb. incorp.; Gaius, II, 28; L. 43, § 1, D. De acq. rer. dom.; L. 32, D. De servit. urb.

(188) L. 23, § 2, D. Ex quib. caus. moj.; L. 3, D. De usufr.; L. 1 (in fine), D. De serv. rust.; L. 1, §§ 6 et 7, D. De superfic.

a du reste déjà été dit que, pour ces choses, les principes de la Publicienne ne peuvent plus marcher de front avec ceux de l'usucapion, ni même de la prescription décennale. Aussi importe-t-il d'étudier ici séparément l'application de ces deux institutions, afin d'en bien différencier les règles.

1. De l'acquisition des choses incorporelles par la possession. — Nous allons passer en revue les principaux droits qui rentrent dans cette catégorie, en restant aussi sobre que possible de détails qui n'ont trait qu'indirectement à notre sujet.

1^o Pour les *servitudes*, l'usucapion paraît avoir existé dans le principe, au moins en vertu d'une jurisprudence plus ou moins constante, si l'on est en droit de l'induire d'un unique passage des Pandectes; passage qui cite une loi *Scribonia* comme ayant supprimé dès lors ce mode d'acquérir (189). Quelles furent l'époque et la portée de cette loi, c'est ce qu'il est difficile de savoir aujourd'hui, et l'on en est réduit aux conjectures les plus hasardées sur la question. On a même prétendu qu'il n'avait été question que de l'usucapion des servitudes grevant la propriété urbaine et qui en constituent une qualité physique indépendante de l'ayant droit; de sorte que la loi serait restée étrangère aux servitudes rurales et personnelles, dont la nature écarte toute idée d'usucapion. Ce qu'il y a de positif, c'est que le droit des Pandectes n'admet plus ce mode d'acquérir, en ce qui concerne toute espèce de servitudes (190). Mais on y suppléa peu à peu par l'introduction d'un mode analogue, et qui paraît dû à la pratique de ces temps-là; ce mode est appelé tantôt *longa consuetudo*, tantôt *diuturnus usus*, par les textes (191); mais ils se gardent bien de le qualifier d'usucapion, encore moins de *longi temporis præscriptio*, chose importante à noter; et il semble ressortir de presque tous ces passages, que la durée de la possession variait suivant les circonstances de fait, suivant la nature de la

(189) L. 4, § 29, D. *De usurp.* — Un passage de Cicéron (*Pro Cæcina*, ch. 26) ferait croire que de son temps l'usucapion était encore admise; mais l'ambiguïté de son texte n'a pas permis d'asseoir là-dessus une date certaine.

(190) L. 14, § 1, D. *De servit.*; L.

43, D. *De acquir. rer. dom.*; L. 10, § 1, D. *De usurp.*; L. 44, § 5, D. *ibid.*

(191) L. 10, D. *Si serv. vind.*; L. 2, § 10, D. *De aq. et aq. plur. arc.*; L. 5, § 3, D. *De itin. act. priv.*; L. 23, D. *De serv. præd. urb.*; L. 25, D. *Quemadm. serv. amitt.*; Const. 4 et 2, C. *De servit.*

servitude, peut être même suivant les usages locaux. Nous ignorons également si les autres conditions de l'usucapion, la bonne foi et le juste titre, devaient aussi être remplies, ou jusques à quel point elles l'étaient; peut-être même cette possession ne conduisait-elle pas directement à la servitude, mais donnait uniquement droit à un interdit et à une action utile destinés à procurer *viam servitutis*, ou à en protéger la paisible jouissance (192). Tel nous semble du moins être le dernier état du droit, d'après les idées que font naître les monuments législatifs de Justinien.

2° La nature si incertaine du droit du possesseur des fonds provinciaux (*agri publici et privati*, et plus tard *prædia stipendiaria et tributaria*), offre encore plus de difficulté que les servitudes, lorsqu'il s'agit de démêler dans les textes les moyens d'acquérir qui s'y adaptaient. Il n'entre point dans notre plan de nous étendre beaucoup là-dessus; rappelons seulement que ces biens étaient concédés par le peuple ou l'empereur à des particuliers, mais précairement et sous la condition d'une révocabilité perpétuelle. Certainement dans l'origine, comme le concédant s'était réservé sur eux une sorte de suzeraineté, de domaine éminent, en n'abandonnant aux concessionnaires qu'un simple droit de jouissance, qu'une possession plus ou moins stable, ces fonds ne furent susceptibles d'aucune espèce de propriété privée, et restèrent inaliénables et imprescriptibles: c'est un point que nous avons déjà eu occasion de constater, en rangeant ces fonds au nombre des choses corporelles incapables d'usucapion (193). Ce n'est que plus tard que les principaux modes d'acquérir leur devinrent applicables, qu'une usucapion particulière de dix à vingt ans et qu'une action réelle leur furent attribuées, mais toujours sous la réserve du droit du véritable propriétaire, dont le titre était indélébile (194); et c'est là ce

(192) L. 10, D. *Si servit. vind.*; L. 2, § 10, et L. 26, D. *De aq. et aq. plu. arc.*; L. 5, § 3, D. *De itin. act. prie.*

(193) Ci-dessus, II, n° 3. Voy. encore Gaius, II, 16.

(194) Const. 8, pr., C. *De præscr. XII vel XL ann.* — La loi 12, § 2, D. *De Publ.*, qui dit: «*In rectigalibus et in aliis rebus quo*

«*usucapi non possunt...*», ne dément point notre assertion relative à l'imprescriptibilité du droit; mais elle montre bien que la véritable usucapion, celle qui porte sur la pleine propriété du fonds lui-même, n'a ici aucune application, pas plus pour l'*ager rectigalis*, que pour les autres fonds provinciaux: car c'est à ces derniers que tout évidemment allusion les expres-



qui nous autorise à conclure que la possession (et nous employons ce mot à défaut d'un autre) du fonds provincial a pu s'acquérir par prescription (195).

3° L'*ager vectigalis* est une autre espèce de fonds provincial qui ne commence à paraître que plus tard; il est également concédé à des particuliers, mais moyennant une redevance perpétuelle et périodique, qui semble plutôt personnelle que réelle (196). Cette obligation, qui rapprochait beaucoup le genre de droit dont il était l'objet, de celui qui s'exerçait sur l'*ager emphyteuticarius* dont il fut le type et l'origine, nous donnerait assez à penser que les règles relatives aux modes d'acquisition, notamment à l'usucapion décennale des fonds provinciaux, n'étaient plus vraies ici, parce que, ainsi que nous allons le voir, plusieurs textes fournissent des raisons puissantes pour dénier à l'emphytéote une semblable usucapion, tandis qu'il n'y en a guère pour l'accorder au possesseur de l'*ager vectigalis* (197).

4° L'emphytéose (*ager emphyteuticarius*, *emphyteusis*, etc.) paraît avoir été régi par des principes analogues. En ce qui concerne l'application de l'usucapion ou prescription décennale dont nous venons de parler, nous ne possédons aucune preuve directe qui nous autorise à la rejeter, comme mode d'acquérir le droit lui-même; car le passage des Basiliques (198):καὶ ἐπὶ τῶν ἐμψυτευτικῶν καὶ τῶν ἀλλοτρίων

sions *aliis pradiis*, qui décèlent mal une coupure que Tribonien avait pu juger nécessaire dans sa nouvelle législation. Ce qui le prouve d'ailleurs jusqu'à l'évidence, c'est qu'on peut voir une suppression analogue dans la loi 1, D. *Quib. mod. usufr. amitt.*, reproduite dans son intégrité par le § 61, *Vol. fragm.* M. Pépin-Lahalle, dans son *Hist. de l'emphytéose*, a donné exactement comme nous la même interprétation de la loi 12, quant au parti qu'on peut en tirer pour la discussion de cette question (1^{re} part., § VI).

(195, Voy. la note 5) du ch. 1^{er}.

(196, l. 1, pr., D. *Si ager vect.*; Const. 3, C. *De fund. rei priv.*

(197, On ne peut induire, comme l'a fait Glück (§ 597, 5^e, de la loi 15, § 27, D. *De datatio inf.*, aucune preuve

que le droit du possesseur de l'*ager vectigalis* fut susceptible de s'acquérir par une *prescriptio longi temporis*; car il est facile de se convaincre qu'il s'agit là d'un envoi en possession *damni infecti causa*, prononcé, il est vrai, à propos d'un *ager vectigalis*, mais à l'encontre des véritables propriétaires (*municipes*); et la prescription dont il est ici question, n'avait d'autre but que de convertir la propriété bonitaire de l'envoyé en propriété quiritaire; mais la qualité du fonds, d'être *vectigalis*, n'a aucune influence sur la nature du droit conféré par l'envoi: ce n'est que la qualité du possesseur qui est prise en considération (voy. *supra*, texte et note 52).

(198, *Basyl.*, XV, 2, 12 (l. II, p. 227).

τὴν αὐτὴν ἐμπύτην διὰ τὴν αὐτὴν ἀπαρτίωσι..., ne prouve pas plus que le § 2 de la loi 12 qu'on a prétendu ainsi traduire, que la prescription n'ait eu un semblable effet. Mais si l'on remarque qu'il était interdit à l'emphytéote d'abandonner volontairement son fonds sans l'autorisation du propriétaire concédant (199), ce qui s'entendait naturellement d'une aliénation intéressée; que dès lors il semblerait difficile de se placer dans des hypothèses propres à fonder une possession *ad usucapionem*; si l'on remarque encore qu'en fait le propriétaire, n'ayant aucun intérêt à expulser un possesseur qui remplissait fidèlement les obligations du véritable concessionnaire, ce possesseur n'était jamais dans la nécessité d'invoquer, à l'encontre du premier, une consolidation plus ou moins problématique de son droit, on démontrera comment la question, pour avoir pu se présenter, devait pourtant être extrêmement peu pratique; et c'est ce qui explique le silence des textes à son égard (200).

Nous devons cependant ajouter qu'une constitution d'Anastase reconnaît au possesseur d'un droit emphytéotique la faculté de l'acquérir par une jouissance continue de quarante années, avec paiement du canon; ou au véritable emphytéote, celle de se libérer du canon par un non-paiement pendant le même laps de temps (201); mais il semble dans l'un et dans l'autre cas qu'il y ait eu plutôt là l'effet d'une prescription extinctive de l'action du propriétaire, que l'acquisition d'un droit par une possession de bonne foi qu'on ferait dériver d'un tiers non-propriétaire.

5^e Le droit de superficie, assimilé à une servitude (202), devait être régi par les mêmes principes; et c'est en effet ce que nous trouvons formellement écrit dans les textes (203).

2. De l'application de la Publicienne aux choses incorporelles. — Pour les fonds provinciaux auxquels nous avons reconnu une usucapion, l'usage de notre action n'a rien que de très-rationnel; il se présente là comme partout ailleurs, en venant prendre

(199) Const. 3, C. *De fundo patrimonii*.

(200) Dans ce sens: Puchta, *Curs. der Inst.*, § 215, texte et notes 65 et 66.

(201) Const. 14, C. *De fundo patrimonii*, et Puchta, *op. cit.*, § 215, note 11.

(202) L. 86, § 1, D. *De leg.*, l. — Cujas, sur la loi 12, *De Publ.*, in lib. *Alf. Pauli ad ed.*

(203) L. 26 et L. 39, D. *De usurp. et usucap.*

la place de l'action réelle que nous avons constatée appartenir à celui qui a reçu le fonds d'un individu incapable de transmettre (204).

Mais pour les autres droits incorporels, c'est différent; et il devient difficile d'expliquer comment la subtilité et la rigueur des juriconsultes ont pu s'accommoder de l'emploi de la *Publicienne*, là où l'usucapion n'existe plus; pourtant Ulpien dit clairement dans les trois passages suivants qui nous ont été conservés (205):

« *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus, urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per donum quis etiam passus est aqueductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.* »

« *In rectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.* »

« *Idem est si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.* »

La majorité des auteurs (206) coupent court à la difficulté par un jeu de mots, en soutenant que ces droits sont susceptibles de *praescriptio longi temporis*. Mais, outre que ce motif qui aurait pu en être un sous Justinien, n'aurait eu aucune valeur dans les temps classiques où l'auteur écrivait (ce qui eût été, ce me semble, pour Tribonien une puissante raison d'effacer alors le mot *usucapi*, comme il l'a fait ailleurs tant de fois), il est positif que cette prescription décennale n'a jamais existé pour la plupart de ces choses incorporelles, ainsi qu'on a pu s'en convaincre par la lecture des textes que nous avons rapportés: il faut donc rejeter cette explication. Voici maintenant celle que nous proposerons, comme étant la plus vraisemblable.

La tradition, capable de transférer la propriété quiritaire des choses *res mancipi*, est impuissante à y constituer des servitudes, même par une réserve expressément insérée dans les pactes (207); à plus forte raison en est-il de même, lorsqu'il s'agit d'une chose *res mancipi*. Il est donc naturel et conséquent d'admettre que l'usuca-

(204) Voy. ci dessus: ch. I, § 3, n° 1, *in fine*.

(205) L. 11, § 1, et L. 12, §§ 2 et 3, D. De Publ.

(206) Cujas, *in lib. Al. Pauli ad ed.*, sur la loi 12. De Publ.; Pothier,

Pand., cod. tit., n° XIV; Favre, *Rational.*, ad L. 11, § 1, *h. l.*; Glück, *op. cit.*, § 597; Vangerow, § 337, II, 1, *h.*; Pacht, *Inst.*, § 233, note 1, etc. (207) § 17, *Volte. jur. rom. fragm.*

pion, fondée presque toujours sur une tradition, ne peut avoir lieu non plus pour ces droits incorporels; pour les droits sur l'*ager rectigalis*, pour l'emphytéose et la superficie, nous avons également montré comment l'usucapion ne s'y est jamais appliquée. Mais le prêteur qui trouve le quasi-possesseur dans toutes les conditions voulues pour arriver à l'usucapion, lui accorde utilement l'action Publicienne, dont l'exercice est d'ailleurs subordonné aux mêmes conditions.

Ainsi la servitude personnelle ou réelle, qui, lorsqu'elle est établie par un mode de droit civil et par le véritable propriétaire du fonds, est protégée par l'action civile, par l'action confessoire (208), étant constituée irrégulièrement, — soit par le véritable propriétaire, mais au moyen de la tradition, mode de droit des gens, soit par un non-propriétaire, mais au moyen d'un mode légitime (cas qui seul était encore possible sous Justinien) —; cette servitude, disons-nous, sera protégée alors par le prêteur (*nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*), au moyen d'une action qui ne sera autre que l'action Publicienne confessoire (209); car c'est ainsi que la qualifie Stéphane, dans une de ses scholies nouvellement découvertes: τῆς περὶ ἀντιστοιχίας ἀντιστοιχίας τοῦ ἐκ τῆς Πρωτοδικῆς μέρους (210).

Nous retrouvons donc ici, quant aux démembrements de la propriété, ce qui se passe pour la pleine propriété, et la Publicienne joue, par rapport à l'action confessoire civile, le rôle qu'elle joue dans un ordre de faits, par rapport à la revendication civile: nous avons vu en effet la Publicienne protéger: 1° une propriété imparfaite à raison du mode de transmission; 2° une propriété imparfaite

(208) L. 2, § 4, D. Si rer. vind.

(209) Dans ce sens: Pellat, sur la loi 11, § 1, h. t. — Fidèle à son système, M. Urtolan, qui, ainsi que nous l'avons déjà signalé (ch. I, § 3, 1; texte et note 94), prétend trouver un emploi de la Publicienne à la possession pleine et entière du fonds provincial, a étendu cette opinion à la possession des servitudes établies sur ce fonds par des pactes et des stipulations (t. I, p. 125, note). Les mêmes

raisonnements qui nous ont fait repousser cette application dans le premier cas, nous engagent à en faire autant ici: car, encore une fois, rien ne nous dit que ce n'était pas la l'action civile confessoire qui était donnée utilement dans cette hypothèse; et les nombreux textes invoqués par le savant professeur ne prouvent nullement le contraire.

(210) Suppl. Bat., Sch. 10; p. 41 (écl. Zachariæ).

(la possession) à raison de l'incapacité de l'auteur. Eh bien! ces deux circonstances qui se rencontrent dans les fractionnements de la propriété, comme dans cette propriété pleine et entière, en rendant impossible l'exercice de l'action confessoire du droit civil, comme ils ont rendu impossible, pour cette dernière, l'exercice de la revendication, ont dû emprunter à l'intervention prétorienne les mêmes artifices pour se protéger : de là cette création d'une Publicienne confessoire, comme il y avait déjà une Publicienne réelle. L'analogie nous porte encore à croire que cette nouvelle Publicienne a été donnée également au propriétaire du fonds, toutes les fois qu'il a pu y trouver un intérêt d'alléger la preuve (qui est aussi difficile pour la confessoire que pour la revendication) : ce qu'il fera alors, en se plaçant dans la position fictive d'un possesseur en train d'usurper le droit réel sur la chose ; de même que nous avons vu le propriétaire, qui voulait user de la Publicienne, renoncer à sa qualité douteuse et contestée, pour invoquer les prérogatives préférables du possesseur de bonne foi.

Mais (et en cela les droits démembres se distinguent de la pleine propriété) il existe encore une autre action relative aux servitudes, action dont la fonction toute négative a pour but de permettre au propriétaire de repousser la jouissance démembrée d'un droit réel sur son fonds : nous voulons parler de l'action négatoire. La preuve qu'elle impose ne diffère pas en général de celle de la revendication ; et un système très en faveur en Allemagne consiste à reproduire, par la création d'une *Publicienne négatoire*, au profit de cette action négatoire civile, toute la série des avantages que la Publicienne réelle a apportés au revendiquant, dans la question de pleine propriété. De l'aven même de ses partisans (211), cette théorie, éclosée au sein du moyen âge sur le sol germanique, sans être complètement arbitraire, n'est qu'une extension gratuite des principes que nous présentent les textes romains ; extension justifiée jusqu'à un certain point, par la nécessité d'adapter aux besoins de la pratique moderne une législation que l'on s'obstinait cependant à vouloir conserver dans presque toute son intégralité. C'est dire assez que

(211) Puchta, *Ueber die Negativ-actio*, encore Vangerow, *Pand.*, § 351, et rienklage (*Rhein. Mus.*, t. I, p. 165) ; Makelley, *Lehrb.*, § 293. et suiv.), et *Vorles.*, § 173. — Voy.

pour nous, qui ne prétendons nullement légiférer, mais seulement exposer les idées classiques sur la Publicienne, une semblable théorie ne peut avoir aucune valeur; et l'absence de tout document d'une origine réellement romaine ne peut que nous fortifier dans cette manière de voir.

Quant à ce qui concerne l'emphytéote, le superficiaire ou le possesseur d'un *ager vectigalis*, l'usage qu'ils pourront faire de notre action, se comprend et s'explique très-facilement. Car les droits dont ils sont investis, étant de création prétorienne ou de création civile très-récente, et n'exigeant pas en général pour leur perfection un mode de droit civil, seront toujours protégés par les actions qui leur sont propres, c'est-à-dire les actions *emphyteuticaria*, *superficiaria* ou *vectigalis* (212): au moins toutes les fois qu'ils émanent du véritable propriétaire, contre lequel ces actions se donnent alors pour sanctionner et protéger le contrat intervenu entre les parties.

La Publicienne au contraire, à côté de ces remèdes juridiques, sera indispensable à tous ces possesseurs, lorsqu'il s'agira pour eux de se maintenir dans une position irrégulière, parce qu'ils n'auront pas contracté avec le propriétaire: elle jouera donc aussi, par rapport à ces trois actions, le rôle qu'elle joue à l'égard de la revendication, à l'imitation de laquelle elles ont été établies (213).

CHAPITRE III.

Des personnes qui peuvent figurer activement et passivement dans la contestation.

§ 1. A qui compete la Publicienne.

Les développements que nous avons déjà eu occasion de donner jusqu'ici nous dispenseront de nous étendre beaucoup dans ce paragraphe. En effet, il ressort de ce qui a été dit, que tout possesseur qui remplit les conditions requises par l'édit, pourra jouir de

(212) L. 1, § 1; D. *Si ager vectig.*; (213) Cojas, *Recit. solemn. ad tit.*
L. 1, §§ 1 et 6, D. *De superf.*; Const. *De Publ.*
1, C. *De jure emphyt.*

notre action : il le pourra toujours, lorsque sa possession le conduirait à l'usucapion de la chose, et même lorsque cette chose n'en serait pas susceptible (1). C'est ainsi qu'elle compète à l'ancien possesseur d'une servitude ou d'un *ager vectigalis*, à l'emphytéote et au superficiaire.

Le titre de la possession est indifférent pour légitimer l'emploi de la Publicienne; car il peut être aussi bien gratuit qu'onéreux, avec cette seule restriction toutefois, que le donataire demandeur ait conservé sa bonne foi pendant tout le temps qui précède la délivrance de la formule (2).

L'action n'est pas non plus déniée au propriétaire, qui y trouvera l'avantage d'établir plus facilement la légitimité de ses prétentions (3). Enfin, elle passe à tous les successeurs à titre universel, civils ou prétoriens, de bonne ou de mauvaise foi (4).

§ 2. Contre qui est donnée la Publicienne.

I. GÉNÉRALITÉS. — *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur*, dit Nératius, dans la loi 17, *De Publ.*; et en effet il eût été inique de déposséder le propriétaire au profit d'un possesseur, dont les prétentions ne reposent que sur la fiction d'une usucapion, déjà bien rigoureuse, même lorsqu'elle est réellement accomplie (5). D'un autre côté, quand même ce propriétaire invoquerait son droit et ses titres d'acquisition, il ne pourrait repousser l'action Publicienne du possesseur, dont il ne contredirait ainsi pas formellement les allégations : car, en prouvant qu'il est propriétaire, même *ex jure Quiritium*, il ne prouverait nullement que son adversaire n'a pas usucapé, ou qu'il n'était en train d'y arriver, si sa possession eût continué : ce qui est tout un aux yeux du prêteur, qui n'a point égard aux droits des tiers dans la délivrance de la formule; par conséquent, le juge aussi, forcé de se renfermer dans les termes de cette formule, n'écouterait jamais le propriétaire qui

(1) Ch. II, § 1, n° III, 2.

(2) Ch. II, § 3, n° III.

(3) Ch. I, § 1, n° I, *in fine*.

(4) Ch. II, § 3, n° II, I.

(5) *Quam autem habet aquita-*

tem, s'exclame Cicéron (*De off.* II, 22), *ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat, qui autem habuit, amittat?*...

voudrait porter le débat sur un autre terrain, et faire trancher une question toute différente.

Pour pourvoir à la position du propriétaire, il n'y a donc qu'un moyen; c'est l'insertion dans la formule d'une addition qui autorise le juge à examiner si le défendeur est véritablement propriétaire: *si ea res possessoris non sit* (6). C'est là le but de l'exception délivrée en pareille circonstance, et qui prend le nom d'*exceptio iusti dominii*. Quoique toujours délivrée au propriétaire, quand il le requiert, elle ne restera pas toujours non plus sans réponse et pourra être paralysée, par exemple, par la réplique *rei venditæ et traditæ* ou *rei donatæ et traditæ*, laquelle cédera à son tour devant la duplique *rei donatæ contra legem Cinciam*.

Nous verrons dans le numéro suivant les cas, assez nombreux du reste, où de semblables répliques peuvent venir à effet; puis nous examinerons les complications qui peuvent surgir, lorsque la Publicienne est intentée contre un possesseur seulement: ce sera l'objet du dernier numéro.

II. DES CAS OÙ LA PUBLICIENNE EST DONNÉE EFFICACEMENT CONTRE LE PROPRIÉTAIRE. — Ils sont au nombre de six (7); en voici l'exposé.

Premier cas. — Le propriétaire *ex nudo jure Quiritium*, qui veut repousser la Publicienne intentée par le propriétaire bonitaire, verra son *exceptio iusti dominii* repoussée par la réplique de dol ou *replicatio rei venditæ et traditæ* de ce dernier. Pareille chose arriverait même si la personne qui a livré la chose *mancipi*, sans en être propriétaire, a succédé plus tard au véritable propriétaire quiritaire, ou que celui-ci soit devenu l'héritier de celui qui a livré: car, en ces circonstances, le débat continue à s'agiter entre le propriétaire bonitaire d'une part, et l'individu qui a fait tradition de l'autre; et comme ce dernier devient l'ayant cause du proprié-

(6) L. 17, D. *De Publ.* — L. 16, *ibid.*

(7) Cujas (*Recit solem. ad tit. De Publ.*), M. Pellat (sur la loi 16, *h. t.*) et plusieurs autres commentateurs comptent en général sept cas; mais, tout en omettant le premier que nous mentionnons, et sur lequel les flées étaient peu fixés à l'époque où écri-

vait Cujas (qui paraît avoir le premier fait cette énumération), ils comptent pour deux les hypothèses prévues par les lois 18, § 15, D. *De damno inf.* et 28, D. *De nox. act.*, qui ne présentent évidemment chacune que des applications du principe que nous généralisons dans ce premier cas.

taire ou que le propriétaire en devient l'ayant cause, la réplique du propriétaire bonitaire continue à avoir son efficacité.

Ces règles sont vraies encore, lorsque la propriété bonitaire, au lieu de dériver d'une tradition, a pris sa source dans l'un des autres modes que nous avons mentionnés (8), par exemple, l'édit du prêteur. Ainsi, les propriétaires d'un édifice menaçant ruine, d'un esclave ou d'un animal qui a causé un dommage quelconque, ne pourront opposer l'exception *justi dominii* à celui qui a obtenu du prêteur un envoi en possession : dût cet ordre de posséder n'avoir été prononcé qu'à l'égard d'un tiers, que le véritable propriétaire aurait laissé posséder et qui aurait fait l'abandon de la chose (9).

Deuxième cas. — Sans distinguer entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire, entre les choses *mancipi* et les choses *res mancipi*, pourvu qu'elles aient été transférées toutes en vertu d'un mode approprié, il peut se faire que l'auteur n'ait été que possesseur de l'objet. Si l'on suppose alors que, dans cette conjoncture, il soit devenu héritier du véritable propriétaire, ou, réciproquement, que le propriétaire lui ait succédé, le nouveau possesseur, s'il est de bonne foi, pourra intenter avec succès contre l'auteur, d'abord la Publicienne, et ultérieurement la réplique de dol ou *rei venditæ et traditæ* (10).

Troisième cas. — Le possesseur de bonne foi attaqué en revendication, est tenu de la conservation de la chose : la perte de sa possession le constitue donc en faute (11), et l'oblige à payer la valeur du litige au demandeur qui a triomphé dans cette action. Le paiement de cette valeur, qui donne d'ailleurs au condamné le droit de réclamer du propriétaire la cession de ses actions contre les tiers, est aussi pour lui une juste cause de possession capable de donner naissance à la Publicienne (12) ; cette dernière action lui compétera non-seulement contre le nouveau possesseur, mais même contre le propriétaire qu'il a désintéressé : car si celui-ci vou'ait

(8) Ch. I, § 2, n° 1, in fine.

(9) L. 18, § 13, D. De damno inf.; L. 28, D. De hor. act. Voy. supra, note 7, et ch. II, § 2, n° 1, 8.

(10) L. 72, D. De rei vind.; L. 2, D. De except. rei vend. et trad.; L.

1, § 32, D. De doli mali et met. except.

(11) L. 36, § 1, D. De rei vind.

(12) L. 63, D. De rei vind.; L. 7, § 1, D. De Publ.; L. 22, pr., D. De act. rer. arbol.

agir par l'exception *justi dominii*, il serait repoussé par la réplique de dol.

Autre chose arriverait, si la perte de possession avait été le résultat d'un dol, au lieu d'une simple faute : le paiement de la valeur du litige n'aurait alors plus lieu qu'à titre de peine, sans être considéré comme le prix de la vente fictive qui se produisait dans l'hypothèse précédente : ce point, au surplus, a déjà été expliqué (13).

Quatrième cas. — J'ai reçu une chose *a non domino*; une revendication dirigée contre moi, par le véritable propriétaire, n'a abouti à aucun résultat; or, plus tard j'intente à mon tour contre lui la Publicienne, parce que j'ai perdu cette chose : il me répond par l'exception *justi dominii*; mais je l'écarterai par la réplique de la chose jugée (14), parce qu'il a été décidé qu'il n'était pas propriétaire, et que l'exception susmentionnée obligerait le juge à s'occuper de nouveau de la question. Si j'agis par la Publicienne, c'est que je ne saurais user de la revendication, attendu que la première sentence ne m'a pas rendu propriétaire, mais a seulement jugé que mon adversaire ne l'était pas.

Cinquième cas. — Celui-ci est des plus compliqués et exige des développements. Un individu est mis en possession d'une chose en vertu d'un contrat quelconque; mais pendant une absence qu'il fait, un tiers usucape cette chose qu'il a reçue par suite d'un contrat passé avec les héritiers de l'individu. Le premier possesseur, qu'il soit devenu propriétaire *ipso facto* ou ultérieurement par l'usucapion, ou même s'il n'a pas eu le temps d'usucaper avant le tiers, sera pourtant toujours dans les conditions requises pour agir par la Publicienne, qui lui compéterait concurremment avec la revendication, dans les deux premières hypothèses; mais il faudrait dans tous les cas, au préalable, se faire restituer contre l'usucapion accomplie au profit de l'adversaire. S'il n'est que possesseur ou s'il se présente comme tel, il arrivera alors ceci : c'est que demandeur et défendeur fondent leurs droits plus ou moins complets sur la

(13) Ci-dessus, ch. II, § 2, n° III, 4 b. — Voy. Cujas, *Recit. sol. ad* l. 63, D. *De rei vind.*, et Obier X. 6. — Pour la formule générale délivrée par le prêteur, dans cette hypothèse, voy. ch. IV, note 15.

(14) L. 24, D. *De except. rei jud.*

possession de bonne foi, et l'on serait tenté alors de trancher leur différend par la règle que donne Ulpien dans la loi 9, § 4, D. *De Publ.*, sur laquelle nous reviendrons un peu plus bas (15) : ainsi, dans notre hypothèse et en vertu de cette règle, le second acquéreur devrait l'emporter.

Mais cet expédient, ressource extrême pour le juge embarrassé de prononcer entre des parties qui excipent toutes d'un droit égal, ne saurait être employé ici, qu'il y a de juste raison de protéger l'absent. Effectivement, ce dernier, avant de partir, avait confié l'administration de la chose à un mandataire qui mourut avant son retour ; et il ne serait pas juste que, pour avoir choisi un homme de confiance, il dût souffrir de l'ignorance et de l'impéritie de ses propres héritiers qui, par erreur de droit, se croyaient investis du mandat après la mort de la personne instituée mandataire (16). Aussi le prêteur, ou bien refusera, *causa cognita*, l'exception *justi dominii* que lui demanderait le second acquéreur, ou bien, tout en la lui délivrant (s'il estime que les faits ont besoin d'être vérifiés), donnera aussi à son adversaire la réplique de dol, qui mettra le juge à même de faire cet examen.

Telle est l'hypothèse généralisée que nous présente la loi 57, D. *Mandati vel contra*, où il n'est question que d'un marchand d'esclaves, donnant mandat de vendre pendant son absence quelques esclaves, qui ont été vendus ensuite par ses héritiers au lieu du mandataire mort avant son retour (17).

(15) Ci-dessous : n° III, 2^e hypoth.

(16) L. 73, D. *De reg. jur.* ; L. 2, D. *Quod ti aut clam* ; L. 65, D. *De etict.*

(17) Le texte, malheureusement incorrect de cette loi, a donné lieu à bien des discussions et à des explications bien erronées de l'espèce qu'il suppose. Ses expressions fin des, telles qu'on les trouve dans la Florentine (l. I, p. 417), sont celles-ci : « *Sed a venaliciarium ex provincia reverentium Publicana actione non utitur acturum, quum exceptio « justi dominii causa cognita datur... »* etc. A les prendre au pied de la lettre, elles signifieraient tout le

contraire de ce que nous avons décidé au texte, puisqu'elles refuseraient la Publicienne au marchand d'esclaves, au possesseur absent ; et il faudrait alors rayer cette espèce des cas où notre action peut s'intenter contre le propriétaire. Mais une conséquence si choquante ne pouvait être acceptée, aux yeux du plus grand nombre des interprètes : il a donc fallu trouver une explication assez satisfaisante pour ne pas heurter de front les principes de la matière. Nous ne les suivrons pas dans les nombreux systèmes qui ont été proposés à ce propos (voy. Voet, *Comm. ad tit. Mandati*, n° 16 ; Janus et Costs, *Comm. ad § 3, Inst. De action.* ;

Ainsi, dans ce cas, la Publicienne est donnée *rescissa usucapione*, c'est-à-dire en faisant annuler l'usucapion qui s'est accomplie au détriment du précédent possesseur absent (18). Il y a aussi une autre hypothèse où l'usucapion est rescindée, c'est lorsque l'absent étant propriétaire de la chose usucapée, c'est la revendication qui est donnée *rescissa usucapione* (19). Semblable chose serait arrivée dans l'espèce prévue par la loi 57, *Mandati*, si l'on avait supposé le marchand d'esclaves propriétaire. Enfin les Institutes et plusieurs passages du Digeste (20) parlent encore du cas où il y a lieu à rescinder l'usucapion au profit d'un absent que l'on ne peut citer en justice, parce qu'il n'a été représenté ni par un *procurator*, ni par aucune

Gothofredus, *Animadr.*, ch. 2; Glück, § 593, etc.); et nous préférons, avec Cujas (*ad. h. l.*, in *lib. X. Resp. Papin.*, et *Obser.*, X, 6) et la majorité des auteurs de notre époque, ne voir dans le texte de la loi qu'une altération due peut-être seulement à la maladresse de quelque copiste, mais qui n'exige qu'une légère correction pour rétablir un sens tout à fait satisfaisant. Effectivement, en lisant, au lieu de *non utiliter, non inutiliter*, ou simplement *utiliter*, on aura tranché la difficulté; et, ce qui plus est, on se trouvera d'accord avec le texte des Basiliques (XIV, 1, 57), qui portent: «...ὁ κοιντέπρωτος καὶ ὁ δεύτερος ἀπὸ τοῦ ἡγεμῶνος», ainsi qu'avec les Scholies I et 5 sur cet ouvrage; et l'on offrira le moyen d'expliquer les expressions *causa cognita*, qui n'avaient plus aucun sens dans tout autre système.

Cependant, tout en admettant l'ingénieuse correction de notre éminent interprète, nous ne pouvons nous dispenser de relever en passant une erreur qu'il a commise, dans l'exposé de cette espèce (in *lib. X, Resp. Pap.*); c'est lorsqu'il enseigne que le marchand d'esclaves doit nécessairement avoir acheté d'un non-propriétaire; sans quoi, dit-il, il n'aurait pas la Publicienne. Cujas se trompe évidemment, quand il refuse cette action au propriétaire, et l'on connaît les raisons

qui nous font juger ainsi: elles ont été présentées en temps et lieu. Ce sont des raisons générales; il n'y en a point d'autres; et l'on ne peut, comme M. Pellat (sur la loi 14, *De Publ.*), étayer sa critique sur ce motif spécial à l'hypothèse présente: que si le propriétaire n'avait l'action Publicienne, il ne pourrait être restitué *in integrum*, et aurait été ainsi moins protégé du prêteur que le possesseur de bonne foi. Le savant professeur se trompe à son tour, et est en contradiction avec ses propres principes sur cette question, puisqu'il semble dire par là que le propriétaire, pour avoir droit à la restitution, devrait agir par la Publicienne, c'est-à-dire se poser en possesseur; d'où résulteraient deux choses: 1^o que le propriétaire ne pourrait jamais être restitué, idée que les textes, et M. Pellat tout le premier, démentent formellement (voy. le titre: *Ex quib. caus. maj.*, Dig.); 2^o que la restitution ne pourrait se faire que dans une instance où l'action Publicienne est intentée, proposition qui n'est pas plus admissible que la précédente.

(18) L. 23, § 5, D. *Ex quib. caus. maj.* XIV ann. *in integr. restit.*

(19) Arg. de la loi 17, pr., D. *Ex quib. caus. maj.* — Voy. aussi § 3, *Inst. de act.*, in *fine*.

(20) § 3, *Inst. de act.*; L. 21, pr., §§ 1 et 2, et L. 22, D. *Ex quib. caus. maj.*

autre personne qui se soit portée défendeur pour lui contre la revendication du propriétaire. Si donc, dans ces trois cas, nous trouvons l'action du demandeur (et elle pourrait être autre qu'une revendication civile ou prétorienne) intentée *rescissa usucapione*, ce n'est pas à dire pour cela qu'il y ait là un nom spécial donné à cette action, comme il est facile de s'en convaincre par la lecture de tous les passages qui présentent de pareilles hypothèses; cette qualification est seulement destinée à caractériser la circonstance où l'action se donne, comme on en trouve d'autres où elle est donnée *rescissa traditione* ou *rescissa alienatione* (21).

Cependant presque tous les commentateurs (22), confondant ensemble ces trois cas, ne veulent voir ici qu'une application inverse de la Publicienne, qui serait alors donnée avec la fiction d'une usucapion inaccomplie; sans prendre garde que, si dans l'un des cas prévus ici, celui de la loi 57, *Mandati*, il se trouve en effet une usucapion rescindée ou supposée inachevée, c'est-à-dire celle de l'individu qui a acheté les esclaves de l'héritier du marchand, il y a aussi la fiction commune qui se rencontre dans toute Publicienne, celle de l'usucapion achevée au profit du marchand d'esclaves absent; et nous ne voyons pas alors pourquoi l'on s'attacherait plutôt à la première qu'à la seconde.

C'est pourtant ce qu'ont fait les juriconsultes dont nous combattons la manière de voir, et ils ont appelé cette action *Contre-Publicienne* ou *Publiciana rescissoria*, expression qui ne se trouve dans aucun texte romain, et que nous ne pouvons accepter. Nous la repoussons, parce que cette création d'une action nouvelle est toute gratuite, et qu'il y a de puissantes raisons pour s'en défier; nous la repoussons, parce que ni les Institutes de Gaius, ni celles de Justinien, ni les Pandectes ne la mentionnent ou ne font même allusion à son existence. Il y a bien, dans les secondes, le § 5 du titre *De actionibus*, qui parle de l'action rescisoire de l'usucapion: mais qui nous dit que ce soit là la Publicienne? le langage du rédacteur est le même dans le § 6, où il s'agit de l'action réelle donnée *rescissa traditione*; et il a fallu

(21) § 6, *Inst. De act.*; L. 13, § 1, *D. De rain.* XIV ann.

(22) Entre autres: Heineccius, *El. sec. ord. Inst.*, § 1132; Buchovius,

Holomann et Vinnius, *ad* § 5, *Inst. De act.*; Maynus, *De act.*, liv. II, ch. 4; Pothier, *Pandect*, h. t., 1^{re} l., note 1; Bonjean, *Tr. des act.* § 282, III, etc.

toute l'autorité de Théophile pour appliquer à celle-ci la qualification de *Paulienne*. Sans entrer dans l'examen des difficultés qui ont surgi de cette dénomination et qui disparaîtraient incontinent, si l'on ne voulait voir encore ici qu'une de ces mille modalités imprimées aux actions civiles par l'intervention prétorienne, ne sommes-nous pas en droit de dire à nos adversaires qu'ils ont eu tort de substituer dans notre matière leur autorité privée à celle d'un des rédacteurs des *Institutes*, qui s'est bien gardé, lui, de voir la *Publicienne* dans le § 5, comme il trouvait la *Paulienne* dans le § 6?..... Il y a bien encore, dans le dernier ouvrage, la loi 35, *De oblig. et action.*, qui semble donner un appoint à l'opinion adverse, lorsqu'elle dit que la *Publicienne*, *quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur*; mais le passage ne signifie pas autre chose que ceci: c'est que la *Publicienne*, lorsqu'elle est donnée *rescissa usucapione* (chose dont nous n'avons jamais nié la possibilité), ne dure qu'une année; elle ne dure qu'une année, non pas parce qu'elle constitue alors une action spéciale différente de la *Publicienne* réelle, mais parce que, comme le dit au surplus Paul lui-même dans ce texte, elle est donnée contrairement au droit civil: caractère qu'elle partage avec tous ces remèdes restitutoires et rescisoires introduits par la juridiction des préteurs (23); tandis que la véritable *Publicienne*, dans sa fonction ordinaire, loin de corriger ou d'anéantir le droit civil, le complète plutôt, et en fait disparaître les lacunes.

En résumé, pour nous, tous les passages qui mentionnent une action donnée *rescissa usucapione*, signifieront uniquement que le préteur restitue au préalable le demandeur contre les effets de l'usucapion, afin de pouvoir lui délivrer ensuite une action capable de sortir son plein et entier effet; mais que cette rescision qui ne s'opère que par une restitution *in integrum* ordinaire, ne préjuge en aucune façon la nature de l'action qui devra s'intenter ensuite, laquelle reste subordonnée au caractère des circonstances qui pourront en faire sentir la nécessité; c'est ce qui arrive dans les divers cas que nous avons indiqués auparavant, et où il y a lieu chaque

(23) Voy. pour les restitutions *in integrum*: *Const. ult.*, *C. De temp. in integr. restit.*

fois à la Publicienne. Mais, encore une fois, on ne peut les invoquer pour l'existence d'une seconde Publicienne, d'une Publicienne rescissoire que les Romains n'ont jamais connue, parce qu'ils n'en ont eu nul besoin (24).

Sixième cas. — Si l'ancien possesseur de bonne foi l'emporte quelquefois sur le nouveau propriétaire, il peut arriver à l'inverse que le nouveau possesseur de bonne foi triomphe du propriétaire : c'est ce qui se produit lorsque le mandataire d'un individu, après avoir vendu la chose, la livre malgré la défense formelle du propriétaire mandant; et dans ces conjonctures, la tradition qui ne peut rendre l'acheteur propriétaire *ipso facto*, peut pourtant le mettre en position d'usucaper. La Publicienne qu'il intentera alors, sera efficace, même contre l'ancien propriétaire, possesseur actuel, dont l'exception *justi dominii* sera annihilée par une réplique de dol, que la loi 14 de notre titre formule en ces termes : *si non auctor (petitoris) voluntate (possessoris) rendidit*.

— Tels sont les cas où la Publicienne se donne contre le propriétaire. Maintenant, si nous voulions suivre ici la doctrine de quelques interprètes (25), nous devrions y ajouter celui de la loi 13, § 1, D. *De jurejur.*, d'après laquelle le demandeur qui a juré que la chose est à lui, obtiendrait l'action Publicienne contre le détenteur de la chose, après l'accomplissement de l'usucapion. Or, d'après la théorie que nous avons donnée de cette loi, et de plusieurs autres qui doivent être conférées avec elle (26), ce système n'est plus admissible. Il y a mieux; en abondant même dans le sens que l'on persiste à donner à ce texte, c'est-à-dire en admettant que l'action née du serment prêté en pareille circonstance fût la Publicienne, on est forcé de convenir que le système n'est pas soutenable davantage, et qu'il ne résiste pas à ce dilemme : ou le serment est un juste titre d'usucapion, ou il ne l'est pas; s'il l'est, c'est qu'il aura détruit en même temps celui du précédent propriétaire qui, en déférant le serment, a entendu abandonner à son adversaire la solution du différend, et alors il n'est plus vrai de dire que la Publicienne

(24) Dans le sens de notre opinion : Doucau, ad § 3, Inst. de act., n° XIV; Pollu, sur la loi 14, De Publ., etc.

(25) Westenberg, Pr. jur. sec. ord. Dig., § 22, IV; S. de Coccejus, Contr., ad l. tit.; quest. 7, n° 4.

(26) Supra, ch. II, § 2, n° III, 7.

se donnerait contre le propriétaire; s'il n'est pas un juste titre, on ne saurait justifier l'emploi que la même action reçoit ici au profit du demandeur; à moins de vouloir la ranger, d'après quelques auteurs parmi les actions personnelles, théorie bien téméraire, et qui nous entraînera loin du parti que l'on prétendait tirer de la loi 13, pour la matière dont nous nous occupons présentement.

III. DU DÉBAT SOULEVÉ PAR LA PUBLICIENNE ENTRE DEUX POSSESEURS. — Ici, en général, il n'y a plus d'espèce particulière à imaginer pour autoriser l'emploi de notre action: elle se donne contre tous les possesseurs(27), même sans avoir égard à leur qualité. C'est ainsi qu'elle compète aussi contre le donateur, comme a soin de le faire observer Ulpien, dans un passage de notre titre (28); voulant sans doute aller au devant de l'objection qu'on serait tenté de tirer du bénéfice de compétence, qui autoriserait le donateur à ne s'acquitter que *quatenus facere potest* (29); seulement, comme il s'agit ici d'une matière réelle, matière dans laquelle le bénéfice n'a pas lieu, parce qu'il n'existe alors en faveur du donateur aucun motif de limiter la condamnation à la restitution de la chose détenue, ce ne sera jamais comme défendeur à la Publienne qu'il pourra se prévaloir de cet avantage, mais comme défendeur à l'action *judicati*, qui pourra être délivrée pour faire exécuter la sentence rendue en suite de la première action (30).

Ce que nous disions plus haut en commençant, qu'il n'y a plus à s'occuper en général de la qualité du possesseur, ne doit pas s'entendre sans beaucoup de réserve, ni d'une manière trop absolue. Dans une instance en revendication, il y a toujours une des deux parties qui est dans une position supérieure à l'autre: circonstance qui décide de l'issue de la contestation; la même chose doit arriver lorsque la Publienne est intentée, puisqu'elle ne se donne que contre celui *qui infirmiore jure possidet*. Mais la question de savoir quel est celui dont la possession mérite le plus de faveur est fort délicate, et dépend de plusieurs circonstances que les jurisconsultes

(27) Voy. pourtant un cas probable où la Publienne ne se donnerait pas contre tous possesseurs, mais seulement contre le possesseur qui, en défendant, a délégué le serment sur la question de savoir si l'objet réclamé

appartenait au demandeur: ch. II, § 2, n° III, 7, *in fine*.

(28) L. 7, § 3, D. *De Publ.*

(29) § 38, Inst. *De action.*; L. 19, § 1, D. *De re judic.*

(30) L. 11, §§ 1 et 2, D. *De re jud.*

romains eux-mêmes paraissent n'avoir pas appréciées toutes au même degré; les commentateurs modernes ont encore ajouté beaucoup à la confusion, en y faisant entrer des éléments dont les premiers n'ont vraisemblablement jamais tenu compte. Ainsi, tandis qu'ils n'avaient guère égard, dans leurs décisions, qu'à l'actualité de la possession ou à la priorité de mise en possession, nous voyons, chez les auteurs de notre époque, présenter comme douteuse l'infériorité de la possession dénuée de titre régulier ou de bonne foi(31); ce qui rend pourtant évidemment impossible l'usage de l'action et de l'exception contre cette action; ou soutenir que le titre *pro herede*, en raison des choses que le défunt et son hérité pouvaient détenir à titre précaire, affaiblit le droit du défendeur, qui ne pourrait établir sa juste possession à l'égard de toutes ces choses(32); opinion qui n'a aucun texte pour elle; ou encore compter, au mépris de la loi 7, § 3, *De Publ.*, pour inférieurs les titres lucratifs en présence des titres onéreux: sous le prétexte que la loi 6, § 11, *D. Quæ in fraud. cred.*, fait cette distinction pour l'exercice de l'action Paulienne(33).

Pour nous, nous écarterons toutes ces subtilités qui n'ont pas inquiété les Romains, et, en nous restreignant aux distinctions qu'ils ont faites, nous aurons encore l'occasion de signaler des antinomies, auxquelles leur insolubilité a acquis une célébrité doctrinale dans cette matière. Pour traiter la question sous toutes ses faces, il convient de distinguer deux hypothèses générales, lesquelles seront encore susceptibles de plusieurs subdivisions.

Première hypothèse: Les deux adréssaires ont reçu la chose d'un même auteur. — En pareille circonstance nous n'avons pas même besoin de distinguer si cet auteur était propriétaire, ou s'il ne l'était pas; ou s'il n'était que possesseur lors de la première cession, et propriétaire lorsqu'il a opéré la seconde. Dans chacun de ces cas, le premier acquéreur mis en possession l'emportera évidemment(34); et cette décision est basée sur le principe que la première transmission ayant dépouillé irrévocablement l'auteur de

(31) Bachovius, *De action.*, diss. III, lib. 21, etc.

(32) S. de Coccejus, *J. cit. contr. ad t. De Publ.*, quest. VI.

(33) Voet, *Comm. ad h. l.*, n° 7; Malblanc, *in Dig.*, h. l., § 413.

(34) Const. 3, C. giég. *De rei vind.*; Const. 13, C. just. *eod. tit.*; l. 9,

sa propriété ou de sa possession, il ne peut ultérieurement transférer un droit qu'il n'a plus lui-même. Le second acquéreur qui n'a rien reçu, est sans droit pour exercer la Publicienne, encore moins la revendication; de même qu'il serait incapable d'y défendre, s'il était actuellement en possession; son adversaire au contraire, s'il a contracté avec le propriétaire, aura le choix entre les deux actions, et exercera la seconde, s'il n'a reçu qu'une possession de bonne foi; nous avons donc ici un cas où la Publicienne a autant d'efficacité que la revendication (35).

Remarquons que si même on supposait la transmission d'une chose *mancipi* opérée par pure tradition, il n'y aurait pas de raison pour décider autrement que nous ne l'avons fait : le premier acquéreur aura été investi de la propriété bonitaire, et la tradition n'aurait plus rien pu conférer au second. Que si l'on veut admettre une mancipation ou tout autre mode de droit civil intervenu entre ce dernier acquéreur et le propriétaire *ex jure Quiritium*, il lui transférera ce qui restait à celui-ci : la nue propriété quiritaire, mais par suite encore la possibilité d'être repoussé, comme l'ancien propriétaire, dans une revendication publicienne dirigée contre le propriétaire bonitaire, qui se défendra au moyen de la réplique *rei venditæ et traditæ*.

Seconde hypothèse : *Les deux adversaires ont reçu la chose d'auteurs différents.* — Deux cas peuvent se présenter; suivant qu'un des auteurs était propriétaire, suivant qu'aucun d'eux ne l'était :

1° Si l'un d'eux était propriétaire, son successeur serait en tous

§ 1, D. de Publ. la loi 11, D. Qui pot. in pign., dans sa première partie, contient une décision analogue en matière d'hypothèque.

Lors même que l'auteur, de possesseur qu'il était primitivement, serait devenu propriétaire à une époque qui se placerait entre les deux transmissions, le second acquéreur, encore bien qu'on le supposât en possession, n'aurait pas pour cela un droit supérieur à celui de son adversaire; car son auteur qui eût voulu se défendre par l'exception *justi domini*, contre le premier acquéreur auquel il avait

transmis avant d'être propriétaire, serait toujours repoussé par la réplique *rei venditæ et traditæ* (voy. *supra*, le 2^e cas où la Publicienne est donnée contre le propriétaire) : donc le second acquéreur n'aura pas pu recevoir un droit plus avantageux.

(35) Nous trouvons prévue, dans l'art. 1111 du C. Nap., une hypothèse exactement semblable à celle-ci; mais qui est résolue, en matière mobilière, d'après des considérations déduites d'un principe inconnu aux Romains; celui de l'art. 9279 : *En fait de meubles, possession vaut titre.*

cas préféré; quand même il eût perdu la possession, quand même son titre d'acquisition fût postérieur en date à celui de son adversaire, quand même il n'eût reçu qu'une propriété bonitaire: car la propriété même bonitaire l'emporte toujours sur la simple possession de bonne foi, puisque le propriétaire quiritaire qui actionnerait avec succès le possesseur de bonne foi, ne saurait triompher du propriétaire bonitaire (36).

Il ne faudrait pas, pour ce dernier cas, se laisser séduire par cette objection que, puisque les deux parties ne pourraient agir chacune que par la Publicienne, elles devraient être traitées toutes deux comme des possesseurs de bonne foi: ce qui ramènerait la question au cas suivant, où les deux auteurs ayant été chacun non-propriétaires, c'est la possession actuelle qui décide de l'issue du procès. Car ce n'est point la nature de l'action, mais le titre de la possession qui doit être pris en considération: et cela est si vrai que, dans la première hypothèse, nous avons vu la Publicienne aussi efficace que la revendication, et il existe même des cas où elle l'est davantage (37).

2° Si aucun des auteurs n'était propriétaire, il n'y a que deux considérations qui s'offrent à la pensée, comme devant trancher la difficulté: l'actualité de la possession, et le moment où elle a commencé; mais sur laquelle des deux faut-il porter son choix? Ici les juriconsultes ne semblent plus d'accord: si d'une part Julien, et à sa suite Ulpien et Paul s'attachent de préférence à la première des deux circonstances (38), Nératius d'autre part tient pour l'antériorité de mise en possession (39); et cette dissidence d'opinions, qu'il n'est pas si rare de trouver dans le Digeste, ne saurait pourtant être mise sur le compte de l'esprit de secte: car si Ulpien, en citant, dans la loi 9, § 4, de notre titre, l'opinion de Julien qui était Sabinien, avait un instant préféré celle de Nératius, disciple de Labéon et Proculus, il l'aurait fait certainement sans se laisser toucher par la doctrine de l'école qu'il devait suivre de préférence;

(36) Ce propriétaire bonitaire pourrait évidemment dire alors au possesseur de bonne foi: *Si vinco vincen-tem te, a fortiori te vincam.*

(37) Voy. à cet égard: ch. I^{re}, § 3, n^o 1, texté et note 88.

(38) Ulpien et Julien, l. 9, § 4, D. *De Publ.*; Paul, l. 2, D. *Uti possid.*, et l. 14, D. *Qui pot. in pign.*

(39) l. 31, § 2, D. *De act. empti et vend.*

puisque nous le voyons, quelques lignes plus haut, dans le § 3 de la même loi, citer sans scrupule ce même Nératius qui lui est ici tant opposé.

Il faut croire du reste que la manière de voir de Julien l'emporta dans la pratique, comme le feraient au surplus déjà pressentir les mots *que sententia vera est*, par lesquels Ulpien termine sa citation, et l'omission certainement volontaire du fragment de Nératius dans la compilation des Basiliques, où l'on ne trouve par la loi 31, *De act. empti*. Mais nous avons, dans un autre titre du Digeste, une preuve plus positive qu'il n'en était pas autrement : dans la loi 14, *Qui pot. in pign.*, Paul suppose deux individus qui ont hypothéqué le même objet à deux créanciers différents. Eh bien ! il se décide encore en faveur du possesseur actuel, de même qu'il préfère, comme Ulpien dans la loi 9, § 4, *De Publ.*, le premier d'entre eux qui a possédé, lorsque tous deux font dériver leur droit du même débiteur. Cette unité de vues se justifie d'ailleurs et s'explique tout naturellement par la considération que, dans notre hypothèse, la seconde tradition n'amoindrit plus en aucune façon l'effet de la première, puisque celui qui a reçu la chose d'abord, n'empêche pas un autre de l'avoir reçue plus tard, avec les mêmes avantages, d'un auteur différent ; il ne reste donc plus entre leurs positions respectives que cette différence : c'est que l'interruption de possession qu'a éprouvée le demandeur et qui nécessite de sa part l'emploi de la Publicienne, l'empêche de continuer son usucapion, tandis que son adversaire est demeuré *in conditione usucapiendi*, même à l'encontre du demandeur ; c'est donc à cet adversaire qu'il fallait accorder la préférence (40).

Cependant plusieurs interprètes, encore imbus de ces idées des anciennes écoles, pour qui la science du droit consistait plus à dé-

(40) La loi 10, D. *De pign. et hyp.*, aussi tirée des écrits d'Ulpien, et qui, au premier abord, paraît mettre le jurisconsulte en contradiction avec lui-même, contient une nouvelle application de ces idées : elle suppose, comme la première partie de la loi 14, *Qui pot. in pign.*, la même chose hypothéquée par un seul débiteur à deux créanciers différents ; mais, contrairement à ce dernier texte, elle préfère le possesseur. Cela tient à ce qu'elle pose aussi une condition de plus que lui : l'impignoration *simultane et in solidum* au profit des deux créanciers. Il n'y avait donc ici encore d'autre moyen de sortir d'embarras, que de favoriser le possesseur actuel (Voy. *supra*, note 34).

ment à ce dernier texte, elle préfère le possesseur. Cela tient à ce qu'elle pose aussi une condition de plus que lui : l'impignoration *simultane et in solidum* au profit des deux créanciers. Il n'y avait donc ici encore d'autre moyen de sortir d'embarras, que de favoriser le possesseur actuel (Voy. *supra*, note 34).

couvrir et à concilier les antinomies, qu'à exposer les principes réellement incontestables, n'ont pas accepté si facilement cette dissidence d'opinions entre les juriconsultes romains. Dire tout ce qui a été imaginé pour les mettre d'accord serait fastidieux, et allongerait bien inutilement notre travail; aussi ne l'entreprendrons-nous pas. Une seule explication nous semble mériter d'être relevée, non pas parce qu'elle serait plus vraisemblable ni mieux étayée que les autres, mais parce qu'elle nous donnera l'occasion de développer une hypothèse qui, à côté de celles que les textes ont prévues, ne manque pas d'un certain intérêt pratique. Il s'agit du cas où les deux parties, toutes deux évincées de leur possession, se trouveraient en présence d'un tiers possesseur (11). Pour nous, comme pour la majorité des auteurs (12), rien n'est plus éloigné de l'espèce de la loi 31, *De act. empti*, qui ne saurait être entendue d'une autre manière que celle que nous avons enseignée; mais il serait curieux d'étudier toutes les involutions de procédure auxquelles pourrait donner lieu la position sus-indiquée.

Et d'abord, pour bien caractériser la difficulté, il faut supposer une action Publicienne simultanément intentée avec succès de la part des deux anciens possesseurs: si alors les deux procès suivent leur cours naturel et indépendant, il arrivera un moment où le possesseur, vaincu par l'un des deux demandeurs, sera obligé de se dessaisir de la chose; mais en raison de cette circonstance il est présumé, vis-à-vis du second demandeur, avoir cessé de posséder sans dol; il n'a donc plus qualité pour défendre à sa Publicienne, et sera absous dans cette autre contestation: ce qui obligera son adversaire victorieux à intenter de nouveau la même action contre le premier demandeur devenu actuellement possesseur. Voilà donc trois procès, quand il n'y avait que deux contestations dans le principe.

(11) C'est ainsi qu'ont prétendu expliquer la loi 31, *De act. empti*: Pacius, Bachovius (*De act.*, diss. III, lib. 22), Schulding (*Thes. contror.*, déc. XIX, lib. 10), Thibaut (*Syst. des P. R.*, § 237, note 9), etc. M. de Vangerow (§ 335, II, 2, b) enseigne

encore une autre doctrine sur cette loi.

(12) Cujas, *Recit. sol.*, ad h. l.; Favre, *Ration.*, ad h. l.; Noodt, ad h. tit.; Pothier, *Pand.*, h. l., 10 XLIV; Glöck, *Erlaut. der P.*, § 593; Puchta, *Cur. der Inst.*, § 233, note p.; Pellet, sur la loi 9, § 1, h. l.

Mais il est probable qu'à Rome les choses ne se passaient pas ainsi; et, en s'autorisant de deux textes du Digeste qui statuent dans une hypothèse exactement semblable, mais pour les actions en revendication et en pétition d'hérédité (13), on peut tracer à peu près la marche suivante. Lorsque le premier juge, en état de décider la contestation entre l'un des demandeurs et le possesseur originaire, aura donné gain de cause à celui-là, il n'ordonnera au défendeur de restituer, qu'autant que son adversaire aura fourni caution d'intervenir, si le second demandeur venait attaquer l'ancien possesseur, et de venir le défendre contre la Publicienne, quand elle sera intentée pour la seconde fois; de cette manière, les deux possesseurs se trouveront seul en présence; ce qui nous ramènera à l'hypothèse prévue par la loi 9, § 1, de notre titre, et au lieu des trois procès précédents, il n'y en aura plus que deux.

CHAPITRE IV.

De la procédure et des effets de l'action.

§ 1^{er}. De la procédure de la Publicienne.

I. SYSTÈME FORMULAIRE (1). — Les moyens employés par le possesseur évincé pour forcer son adversaire à comparaître devant le préteur (*in jus vocatio*), se bornent à des actes de son autorité privée; seulement ce magistrat peut interposer son autorité, pour frapper d'une amende le défendeur récalcitrant (2), sauf à ce dernier de l'éviter, en promettant ou en donnant caution de comparaître au jour convenu entre les parties: c'est là l'usage de la *cautio*

(13) L. 57, D. *De rei vind.*, et L. 57, D. *De her. petit.*

(1) Nous n'avons pas eu de voir tracer un exposé de la procédure de la Publicienne, sous le système des actions de la loi, parce que vraisemblablement notre action n'existait pas encore, tant que ce système fut en vigueur. En effet, en reportant l'abrogation complète de ce dernier à l'an 583 de Rome, époque extrême de la date

incertaine de la loi *Edutia*, on se trouve encore éloigné du temps où vécut le préteur Publicius, de plus de cent années, en suivant l'opinion qui le regarde comme contemporain de Cicéron; et d'un moins dix années, d'après celle qui le ferait vivre avant TERENCE (voy. *supra*, ch. I, § 1, n° II).

(2) Gaius, IV, 16; L. 2, § 1, D. *Si quis in jus voc.*

in iudicio sistendi (3). Le demandeur pourra, s'il le juge à propos, faire connaître à son adversaire les motifs pour lesquels il le cite (*actionis* ou *litis denunciatio*), sans que cette formalité soit obligatoire pour lui (4). Si le défendeur se cache ou est absent; ou si par tout autre moyen il parvient à se soustraire à l'*in ius vocatio*, sans que personne se présente pour lui, et qu'on ne puisse agir contre les cautions (en supposant que le défendeur se fût pourtant déjà engagé à comparaître); ou enfin si, comparaisant devant le préteur, il refuse de répondre et de lier l'instance (5); dans tous ces cas le demandeur s'adressera au magistrat qui l'enverra en possession de la chose; et cet envoi rejettera sur l'autre partie l'obligation d'attaquer et de prouver que la demande n'était pas fondée (6).

Mais si les deux parties sont en présence devant le préteur (*in iure*), le demandeur exposera *de plano* sa prétention; il invoquera sa propriété bonitaire ou sa précédente possession de bonne foi, son juste titre, et réclamera la délivrance de l'action Publicienne; en faisant le tout soit oralement, soit par écrit, ou même en se référant sans plus de détails à la formule relatée sur l'*album*: c'est ce qui s'appelle *actionem dictare* ou *postulare*. D'autre part le possesseur peut encore, s'il le veut, réclamer un délai pour préparer sa défense, mais toujours en garantissant sa promesse de comparution, ou par serment, ou par fidejussion, ou encore par quelques autres modes qu'il est inutile de rappeler ici (*radimorim*). Mais en outre, et dans tous les cas, il est obligé de fournir la *cautio iudicatum solvi*; faute de quoi faire, le préteur délivrera au demandeur l'interdit *quem fundum*, par lequel il sera ordonné au possesseur de se dessaisir de sa possession; ce qui coupera encore court, au moins pour le moment, au procès: car, le premier se trouvera par là dispensé d'agir par la Publicienne, et n'aura plus qu'à attendre l'initiative de son adversaire (7).

Il peut même se faire que le demandeur, au lieu de réclamer l'ac-

(3) L. 1, D. *In ius voc. ut eant*; D. *Ex quib. caus. moj.* XIV ann.; L. 2, D. *Qui salind cog.* L. 5, § 3, D. *Quib. ex caus. in poss.*, etc.

(4) L. 7, D. *De inoff. test.*; L. 2, § 11, D. *De her. petit.*

(5) L. 18 et 19, D. *In ius voc.*; L. 2, pr., D. *Quib. ex caus. in poss.*; L. 32, D. *De reg. jur.*; L. 11, § 3,

(6) L. 7, §§ 17, 18 et 19, D. *Quib. ex caus. in poss.*; L. 1^{re}, D. *De damno inf.* (voy. la note 19 du ch. II).

(7) Ulp., *Progm. cindobon.*

tion Publicienne, conteste à son adversaire sa possession, son rôle de défendeur; et pour vider ce procès préliminaire et distinct du principal, le préteur rendra un autre interdit, l'interdit *uti possidetis* ou *utrubi*, selon les cas (8), qui décidera quel est le plaideur qui devra occuper dans l'instance principale la position de défendeur: et ce sera en définitive celui dont la possession n'aura été ni violente, ni clandestine, ni précaire par rapport à son adversaire. Si le revendiquant se trouvait dans ce cas, son but serait de nouveau atteint, comme dans l'hypothèse précédente au moyen de l'interdit *quasi fundum*; et la délivrance de l'action deviendrait pour lui sans objet. Mais si dans toutes ces contestations préliminaires, le rôle respectif des parties n'a pas été modifié, c'est-à-dire si le demandeur n'a pas été réintégré dans sa possession, le débat recommencera sur la question de propriété fictive.

Pour contester la concession de l'action à son adversaire, le possesseur ne pourra, en aucun cas, invoquer des motifs tirés du fait: car le magistrat n'est pas compétent dans cet ordre de choses; il devra se borner à soutenir qu'en droit l'action n'est pas admissible. S'il ne réussit pas, le préteur, sur les indications du demandeur, délivrera (*accommodare actionem*) une formule ainsi conçue:

« JUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULO AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITICUM ESSE OPORTERET (9), SEQUE IS HOMO ARBITRIO TUO AULO AGERIO RESTITUTUR (10), QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, JUDEX, NUMERUM NUMERUM AULO AGERIO CONDEMNAT: SI NON PARET, ABSOLVITO (11). »

Il ne resterait plus maintenant au défendeur d'autre parti à prendre que de faire insérer dans cette formule, par le préteur, des exceptions qui, sans en contredire directement l'*intentio*, pourraient la renverser par des moyens fondés sur l'équité, ou autres raisons prises en dehors du droit invoqué par le demandeur. Ce sera encore au préteur à voir s'il y a lieu ou non d'accorder ces moyens de défense: s'il le fait, il attribuera par là au juge des pouvoirs suffisants pour examiner les circonstances particulières alléguées

(8) § 1. Inst. *De interd.* Voy. au Dig. les titres: *Uti possid.* (M.III, 17) et *De utrubi* (M.III, 31).

(9) Gaius, IV, 36.

(10) Cicéron, *In Verr.*, II, 12.

(11) Gaius, IV, 51.

par le défendeur. L'insertion se fera à la suite de l'*intentio* et avant la *condemnatio*.

Ainsi, pour prendre les deux exceptions le plus ordinairement opposées à la Publicienne, nous donnerons à l'exception *justi domini*, cette formule :

« SI EA RES POSSESSORIS NON SIT (12); »

et à l'exception *bonae fidei possessionis* (dans le premier cas prévu par la loi 9, § 4, *De Publ.*), par conjecture, cette autre :

« SI EA RES POSSESSORI NON PRIUS TRADITA SIT. »

Que maintenant le demandeur se croie fondé à nier les faits sur lesquels repose l'une ou l'autre de ces exceptions, et il fera de son côté écrire, par le prêteur, à la suite de l'exception, une réplique qui sera à cette dernière, ce que celle-ci est à l'action : par suite la formule de la réplique, qui varie selon les cas, ne différera pas de celle de l'exception délivrée en vue des mêmes circonstances (11). Citons la réplique de dol qu'on opposerait à la première des deux exceptions, en ces termes :

« SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO NUMERII NEGIDII FACTUM SIT (13), SEQUE FIAT (14); »

ou, en la rendant *in factum composita*, au profit du propriétaire bonitaire :

« SI RES A NUMERIO NEGIDIO NEC VENDITA, NEC TRADITA SIT; »

ou encore, si l'on veut prendre le quatrième cas où la Publicienne se donne contre le propriétaire :

« SI RES JUDICATA NON SIT (15) AULI AGERII ESSE. »

La formule délivrée, on peut dire du procès : *res in judicium deducta, lis contestata est*. Les parties vont alors devant le juge, munies de leurs preuves et, s'il y a lieu, des réponses des juriconsultes dans l'affaire ; puis on plaide de part et d'autre. Enfin le juge

(12) L. 17, D. *De Publ.*

(13) L. 2, § 1, D. *De doli mali et met.*

(11) Gaius, *comm.* IV, § 119. Voy. aussi : § 126.

(15) L. 21, D. *De exc. rei jud.* — En récapitulant les divers fragments que nous venons de citer, on arrivera, dans l'espèce prévue par ce texte, à la formule générale suivante :

« SI QUEM HOMINEM A. A. LIT, ET

IS EXTRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TEM SI EUM HOMINEM, DE QVO AGITUR, EX J. Q. ESSE OPORTERET, SEQUE IS HOMO ARBITRIO Tuo A. A. RESHICATUR, — SI IS HOMO POSSESSORIS NON SIT, — SI EUM HOMINEM JUDICATUM NON SIT A. A. ESSE, — QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, JUDAY, N. N. A. A. CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVITO. »

prononce sa sentence de vive voix, et en la motivant (16). Pourtant il peut échapper à l'alternative que lui pose l'injonction de la formule, en jurant qu'il y a doute (17); mais s'il prononce, il doit préciser et déterminer la somme à laquelle le défendeur est condamné, et qui est laissée, comme on l'a vu, à l'arbitrage du juge, pour le cas où l'exécution réelle n'a pas lieu, parce qu'elle est devenue impossible; car la condamnation *ad id quod petitum est* n'est jamais valable, quand la *condemnatio* de la formule est *infinita* ou *sine taxatione* (18).

II. SYSTÈME EXTRAORDINAIRE SOUS JUSTINIEN. — Le revendiquant présente au magistrat sa demande par écrit, dans ce qu'on appelle le *libellum conventionis*: espèce d'assignation contenant un exposé sommaire des prétentions et des moyens à l'appui, le tout signé du demandeur, avec l'engagement pris par lui de lier l'instance dans le délai de deux mois, et de la poursuivre jusqu'au jugement, ainsi que de rembourser tous les frais (19). Cet acte est suivi d'une requête tendant à ce qu'il soit communiqué au défendeur. Le juge rend alors une sentence qui accueille ou rejette la demande (20); s'il l'accueille, il donne ordre à un *executor* ou huissier d'assigner le défendeur (21), et cet *executor*, en notifiant l'assignation, oblige en même temps le défendeur à donner caution de comparaître (c'est l'ancienne *cautio in judicio sistendi* du système formulaire): faute de pouvoir fournir cette caution, le défendeur est mis sous la garde de l'huissier, ou reste en prison jusqu'au moment de la comparution (22). Il faut dire, du reste, que cette rigueur n'était pas exercée contre toutes personnes, notamment ni contre les *illustres*, ni contre les femmes (23).

Le délai de comparaître est de vingt jours (24). Si le défendeur ne comparait pas, même après trois édits rendus successivement

(16) L. 59, § 1, et 60, D. *De re jud.*; L. 1, § 1, D. *Quæ act. sine appell.*, etc.

(17) Cicéron, *Pro Cluent.*, ch. 28, 33 et 47.

(18) Gaius, IV, 51; L. 1, §§ 5 et 6, D. *De re jud.*; L. 59, pr., D. *ibid.*

(19) Nov. I, III, pr. et ch. 1 et 2; Nov. XCVI, pr. et ch. 1; Nov. CXL, ch. 2.

(20) Const. 33, pr., §§ 2 et 5, Const. 37, § 2, C. *De epis. et cler.*

(21) Const. 1, § 3, C. *De obert. toll.*; Const. 17, § 1, C. *De dignit.*

(22) Const. 1, C. *De sportul.*, et Const. 6, C. *De cust. recor.*

(23) L. 15, D. *Qui satisd. cog.*; Nov. CXXIV, ch. 9; Const. 1, C. *De off. dic. jut.*; Const. 1, § 1, C. *De sport.*; Const. 8, C. *De princ. agent.*

(24) Nov. I, III, ch. 3.

par le juge à cet effet (25), le demandeur peut se faire envoyer provisoirement en possession de la chose litigieuse (26); et le défendeur a une année pour faire tomber cet envoi, en donnant caution et en offrant de se défendre: passé ce délai, il perd le bénéfice de la possession et les avantages y attachés, c'est-à-dire qu'il se trouve dans la position d'un demandeur en revendication obligé de faire sa preuve; mais s'il préfère, le demandeur poursuivra l'instance, en plaidant comme si son adversaire était présent (27).

Les parties en présence devant le magistrat exposent leurs prétentions, comme sous le système formulaire; mais maintenant il n'y a plus de formule d'action à requérir ni à délivrer, parce qu'il n'y a plus qu'un tribunal unique, juge à la fois et du droit et du fait. L'action elle-même a perdu sa véritable signification, et n'est plus que la faculté de poursuivre directement et sans concession spéciale, les prétentions du demandeur.

La sentence, quant à sa forme et à ses effets, est restée à peu près la même, sauf qu'elle doit à présent être écrite sur un registre signé par le juge (28), et qu'elle n'est plus forcément pécuniaire (29), ce qui en facilite singulièrement l'exécution.

§ 2. Des effets de la Publicienne.

I. PRÉLIMINAIRES. — Notre but dans ce paragraphe, qui terminera cette dissertation, n'est point de présenter un tableau général des effets de l'action Publicienne; car cette tâche a été plus ou moins complètement accomplie dans le premier chapitre, en traitant de la nature et de l'usage de cette action; nous ne voulons ici qu'indiquer quelques-unes de ses conséquences, en ce qui concerne la restitution de l'objet, celle des fruits et accessoires, et la théorie si compliquée et si difficile de la responsabilité du défendeur.

Du reste, toutes ces questions appartiennent également à la matière de la revendication; et c'est ici que l'assimilation entre les

(25) Const. 8, C. *Quom. et quan lo*; Const. 2, C. *Ubi in rem*.

(26) Const. 2, cit. et Const. 8, § 8, C. *De delat.*

(27) L. 7, §§ 17, 18 et 19, D. *Quib. et caus. in poss.*; Const. 8, § 3, C.

De praser. III rel. XL ann., etc.

(28) Lydos, *De magistr.*, III, 11.

(29) § 32, Inst., *De act.*; Const. ult., C. *De fideic. libert.*; Const. 14, C. *De sent. et interloc.*, etc.

deux actions reçoit son application la plus étendue ; comme il est dit dans ce passage d'Ulpien : *In Publiciana actione, omnia eadem erunt quæ et in rei vindicatione diximus* (30). C'est donc surtout au titre *De rei vindicatione* du Digeste qu'il faut aller emprunter la plupart des notions, que nous ne devons présenter ici que très-sommairement.

II. DE LA RESTITUTION DE LA CHOSE LITIGIEUSE. — Celui qui réclame une chose par la Publicienne doit la désigner exactement et suffisamment, de même qu'il doit indiquer si sa prétention porte sur la totalité ou seulement sur une partie de cette chose, et dans ce dernier cas sur quelle partie ; à moins qu'il ne se trouve dans un des cas exceptionnels où il est permis de revendiquer une chose indéterminée : comme s'il est légataire d'un objet sur lequel l'héritier retient la quarte falcidie (31), ou qu'il s'est opéré une confusion ou commixtion qui empêche de reconnaître les deux choses (32) ; tous cas où le revendiquant ne pourra se faire délivrer qu'une *incerta partis actio*.

La compétence du magistrat, en matière réelle, est déterminée par la situation de l'objet litigieux, au moins à partir de l'époque de Valentinien, Théodose et Arcadius, qui ont modifié sur ce point l'ancienne règle : *actor sequitur forum rei* (33). C'est donc aussi au lieu de la situation que doit s'opérer la restitution ; et cette règle, obligatoire pour le défendeur, n'est sujette à aucune modification en ce qui touche les choses immobilières. Mais pour les choses mobilières, en raison de leur transport plus ou moins facile, il peut arriver, nonobstant toute mauvaise foi de la part du possesseur, qu'elles ne se trouvent pas au lieu où se juge le procès : dans ce cas, c'est au demandeur, s'il exige que la restitution se fasse dans ce dernier endroit, à payer les frais de transport ; mais le défendeur, en revanche, sera tenu de fournir caution pour assurer la restitution au lieu et dans le délai prescrits (34). Que si le défendeur a déplacé par dol les objets revendiqués, il devra supporter les dépenses nécessaires pour les rapporter au lieu où le procès est

(30) L. 7, § 8, D. *De Publ.* ; voy. aussi § 6.

(31) L. 76, § 1, D. *De rei vind.*

(32) L. 3, § 2, D. *De rei vind.*

(33) Const. 3, C. *Ubi in rem act. exerc. deb.*

(34) LL. 10 et 11, D. *De rei vind.*

engagé ; mais il ne serait jamais tenu à cette obligation, si la chose était restée dans l'endroit où il l'avait trouvée (35). En tous cas, s'il demande un délai pour faire sa restitution, le juge pourra le lui accorder, soit en l'obligeant à donner caution, s'il l'absout sur-le-champ, soit en surséant au jugement (36).

III. DE LA RESTITUTION DES FRUITS ET ACCESSOIRES. — La restitution doit être telle que le demandeur se trouve dans la même position que si la chose lui avait été rendue au moment où il la réclamait : elle doit donc comprendre non-seulement la chose elle-même, mais tous les fruits et accessoires de cette chose, en un mot, tout ce que le défendeur a acquis de cette chose ; à moins que l'acquisition n'ait été tirée de son patrimoine, auquel cas il la gardera (37). Mais à quelle époque se place-t-on pour apprécier l'étendue de cette obligation ? Voici, à cet égard, les principes auxquels paraissent s'être arrêtés les juriconsultes romains.

La *litiscontestatio* est le point de départ d'une période nouvelle qui, au possesseur de bonne foi, comme à celui de mauvaise foi, ne permet plus de regarder la chose litigieuse comme étant à eux d'une manière bien certaine ; cependant les règles sont encore différentes, suivant qu'il s'agit de l'un ou de l'autre de ses possesseurs. Ainsi, pour les fruits perçus ou susceptibles de l'être avant la *litiscontestatio*, on décide autrement pour celui-ci que pour celui-là. Le possesseur de bonne foi n'est jamais tenu à aucune restitution, pas même à celle des fruits encore existants ; le possesseur de mauvaise foi devra restituer, au contraire, les fruits perçus, mais seulement au simple. Pourtant un sénatus-consulte dont le nom ne nous est pas parvenu, et qui ordonnait au possesseur attaqué par la pétition d'hérédité de payer même la valeur des fruits qu'il avait négligé de percevoir, fut étendu à la revendication civile, et dut l'être aussi à la revendication prétorienne, par les mêmes motifs (38) ; on ajouta encore à sa rigueur, en portant au double le quantum de cette restitution (39). Pour l'époque écoulée depuis la *litiscontestatio* jusqu'au jugement, il ressort des effets qui y sont attachés, que le possesseur, de bonne ou de mauvaise foi, ne doit plus consommer

(35) L. 12, D. De rei vind.

(36) L. 6, § 2, D. De confess.

(37) L. 20, D. De rei vind.

(38) L. 27, § 3, D. eod. tit.

(39) Const. 1, C. théod. de fruct. et lit. expens.

les fruits qui seront peut-être déclarés la propriété de l'adversaire; aussi, en cas de triomphe de ce dernier, la restitution comprend-elle tous les fruits perçus depuis cette époque, et même ceux qui ne l'ont pas été et qui auraient pu l'être : bien plus, la restitution, qui se faisait primitivement toujours au double (10), ne redevint au simple que sous Justinien (11).

— Lorsque la chose a péri par le dol ou la faute du défendeur, celui-ci, qui demeure responsable de la perte, devra aussi compte de tous les fruits qu'elle aurait pu produire, jusqu'au jour du jugement (12); et si elle a péri sans dol ni faute, il ne restituera que les fruits qu'il a perçus ou qu'il aurait pu percevoir pendant son existence (13).

— Les fruits pendants par racines sont restitués comme les autres accessoires du fonds, c'est-à-dire simultanément avec ce dernier, sans qu'il puisse en être distrait quelque portion que ce soit, au profit du possesseur de bonne foi.

— Cependant, quant aux accessoires, la position d'un demandeur en train d'usucaper introduit ici quelques modifications dans les règles sur la restitution, en matière de revendication ordinaire. *Omne quod inædificatur solo cedit* (14) : si donc le sol est susceptible d'usucapion et de revendication Publienne, la maison le sera aussi; s'il ne l'est pas, la maison suivra encore sa condition; mais tant que celle-ci n'est pas détruite, elle ne pourra être revendiquée ni restituée sans le sol, ou le sol sans la maison. Supposez maintenant un édifice construit par le propriétaire du sol, avec des matériaux d'autrui, mais achetés de bonne foi : évidemment que l'usucapion ne commencera à courir, quant à ces matériaux, qu'à partir du moment où la maison sera démolie, et c'est alors seulement qu'il pourra les revendiquer par la Publienne, s'il vient à en perdre la possession (15); il est vrai qu'avant cette époque il n'a pas besoin de recourir à cette voie, ne pouvant être dépossédé ni contraint à démolir, et le véritable propriétaire de ces matériaux

(10) Paul, *Sent.*, V, 9, 2; Festus, *v° Vindicat.*

(11) Const. 2, C. just., *De fruct. et lit. exp.*

(12) L. 17, § 1, et L. 33, D. *De rei vind.*

(13) L. 79, D. *De rei vind.*

(14) § 29, Inst. *De rer. divit.*

(15) L. 11, § 6, D. *De Publ.* — Voy. aussi L. 7, § 11, D. *De acq. rer. dom.* et L. 23, § 2, D. *De usurpat. et usucap.*

n'a que l'action *de tigno juncto* pour se faire indemniser de leur perte (46).

L'identification de la condition de l'accessoire avec celle du principal est complète et indissoluble, quand il s'agit de l'accroissement insensiblement produit par l'alluvion; car, si même on voulait ou l'on pouvait le considérer isolément, le terrain ainsi ajouté ne saurait être obtenu par la Publicienne, si le fonds principal n'en est pas susceptible : mais si le fonds est à restituer, l'accessoire devra l'être avec lui (47).

Ces règles sont si absolues, qu'on les applique même à des hypothèses où la séparation semblerait plus facile à opérer : nous voulons parler de la soudure (*ferruminatio*). A cet égard, on distingue entre la soudure opérée avec ou sans interposition de métal étranger : s'il n'y a pas d'interposition, ou si la matière soudante est de même espèce que les fragments à rapprocher, l'assimilation entre ces derniers est parfaite et définitive; de sorte que si par exemple on avait soudé de cette façon, à une statue qu'on ne pouvait usucaper, un bras à l'égard duquel l'usucapion eût été possible avant la soudure, il n'en serait plus rien après cette opération; et le bras restera imprescriptible comme la statue, lors même qu'on le détacherait ou briserait de nouveau. Mais la décision sera toute différente, si la soudure a nécessité l'interposition d'un métal étranger (*per adplumbaturam*); cette distinction faite par Paul quant à l'action *ad exhibendum* (48), préalable indispensable à certaines revendications, doit pareillement être appliquée à l'usucapion et à la Publicienne: elle prouve du reste que les Romains regardaient la destruction de la première soudure, non point comme la séparation de deux objets assimilés, mais comme la rupture d'un objet unique. Il est au surplus bien entendu que dans cette hypothèse, si l'objet unique est susceptible de la Publicienne, ses fragments le seront aussi (49).

IV. DE LA PERTE, DES DÉTÉRIORATIONS ET DES AUGMENTATIONS DE LA CHOSE. — Distinguons encore ici l'époque antérieure et l'époque postérieure à la *litiscontestatio*. Dans la première, la perte de la

(46) § 29, Inst. *De rer. div.*; L. 1, pr., D. *De tigno juncto*. Voy. L. 7, D. *Ne quid in loco publ.*

(47) L. 11, § 7, D. *De Pu. l.*

(48) L. 23, § 5, D. *De rei vindic.*

(49) L. 11, § 8, D. *De Publ.*

chose arrivée par cas fortuit ou par force majeure, par exemple pour obtempérer à l'ordre de l'autorité impériale qui en dépossède le défendeur pour en gratifier des soldats (50), la perte de la chose, disons-nous, ne retombe jamais sur le possesseur, même de mauvaise foi; mais il en serait autrement si cette perte n'était qu'une conséquence de son dol ou de sa faute.

Après la *litiscontestatio*, les choses ne se passent plus ainsi; mais l'étendue de la responsabilité varie, selon que la perte est ou non le résultat du dol et de la faute : 1° si la perte est arrivée sans la faute du défendeur, et qu'il n'est pas en demeure, on ne pourra lui en demander compte; et lors même qu'il serait en demeure, il ne deviendrait responsable que si l'événement qui a causé la perte n'eût pas atteint la chose chez le demandeur. Il y a demeure pour le possesseur de mauvaise foi dès le moment de la *litiscontestatio*; mais pour le possesseur de bonne foi, qui pouvait avoir juste raison de résister à la prétention de son adversaire, il n'y a demeure qu'à partir de la sentence condamnatoire: alors qu'il refuse ou tarde d'obtempérer à l'ordre de restituer, ordre qui est du reste exécutoire *manu militari*, comme il a déjà été dit (51). — 2° Si la perte est arrivée par dol ou faute, le défendeur sera toujours responsable, mais non pas d'une manière égale dans l'une ou l'autre hypothèse. Le possesseur, en cas de faute de sa part, n'est condamné qu'à la juste valeur de la chose, à l'estimation de l'intérêt qu'avait l'adversaire à la recouvrer; estimation faite par le juge lui-même. En revanche, ce possesseur peut réclamer du demandeur la cession de son action Publicienne, de l'action *ad exhibendum*, et autres, qui lui permettront de rentrer dans la possession de l'objet désormais soustrait aux prétentions de l'adversaire; à la vérité, le paiement de la valeur du litige est pour lui une juste cause de possession (52), et à ce titre il pourrait aussi réclamer directement du prêteur la Publicienne: mais cette action lui sera en général moins avantageuse que celle du revendiquant, toutes les fois que le gain du procès que le défendeur ira engager avec un tiers dépendra de l'antériorité de mise en possession, puisque la posses-

(50) L. 15, § 2, D. De rei vindic.

(51) Voy. *supra*, ch. II, § 2, n° III, 6, texte et notes 73 et 74.

(52) *Supra*, ch. II, § 2, n° III, 1 *lit.*

sion du demandeur est en tous cas plus ancienne que celle qui dérivera du titre *pro soluto*. Lorsque la perte est le résultat du dol, la condamnation se monte à la somme déterminée par le serment du demandeur dans les limites d'un *maximum* fixé par le juge; et le défendeur ne peut réclamer de cession d'action, ni du demandeur ni du prêteur (53).

— Les mêmes règles sont applicables à la détérioration ou destruction partielle de l'objet litigieux : la condamnation ne porte alors que sur l'estimation de ce qui manque.

Cette condamnation peut être obtenue par la Publicienne; mais en outre le revendiquant jouit de l'action de la loi *Aquila*, et c'est à lui de faire choix entre ces deux moyens : car le juge de la Publicienne ne tiendra compte du dommage que si le demandeur renonce à l'autre action, par une promesse stipulée (54); que s'il préfère cette dernière, le défendeur sera absous du chef de la détérioration. Remarquons seulement que l'indemnité procurée au demandeur par la loi *Aquila*, en raison de la manière dont elle se calcule, et aussi de l'infirmité du défendeur, s'élèvera à une valeur bien supérieure à celle qu'il obtiendrait par la Publicienne : d'où l'on peut conclure que le demandeur qui s'en tenait à celle-ci, était seulement obligé de promettre qu'il n'agirait *ex lege Aquilia* que pour l'excédant.

— Il est quelquefois possible de prévoir les pertes et diminutions probables de la chose, et la loi offre au demandeur les moyens de se garantir contre ces éventualités, en faisant fournir par son adversaire des cautions capables d'assurer le paiement des indemnités; tel est entre autres l'usage des cautions de *persequendo servo*, et de *dolo*.

Ainsi la *litiscontestatio*, qui n'empêche pas le défendeur de continuer sa possession, le mettrait ainsi à même d'achever son usucapion même contre le demandeur, dont la Publicienne ne saurait interrompre le cours; mais cette rigueur du droit n'empêche pas l'instance de suivre le sien, et la prétention du revendiquant étant justifiée, le possesseur, s'il ne restitue pas volontairement la pos-

(53) LL. 46, 69 et 70, D. *De rei vind.*; L. 4, §§ 2 et 3, D. *De in lit. jur.*

(54) LL. 43 et 44, D. *De rei vind.*

session, au moyen de la tradition, sera condamné par le juge (55). Qu'on suppose à présent un esclave que le défendeur a laissé s'échapper et s'enfuir pendant le procès, et la restitution sera devenue impossible; d'un autre côté, il ne serait pas non plus équitable de condamner un défendeur, qui n'est pas de mauvaise foi. Dans ces conjonctures, le juge pourrait exiger du défendeur, devenu propriétaire par l'usucapion, la cession de ses actions et notamment de la revendication, au profit du demandeur; mais il peut aussi obliger à donner caution de poursuivre l'esclave, et de le restituer à ce dernier s'il le retrouve. Au surplus ni la cession d'actions, ni cette caution de *persequendo serro* ne pourraient être exigées, si l'usucapion ne s'était accomplie au profit du possesseur: parce qu'alors les droits du revendiquant sont demeurés intacts (56).

Quant à la caution de *dolo*, elle a pour objet d'obliger le défendeur à indemniser son adversaire de toutes les pertes qu'il lui causerait par son dol ou sa faute, en endommageant l'objet litigieux (57). Mais, par contre, il a le droit de réclamer une garantie contre toutes les conséquences qu'entraîneraient pour lui les obligations qu'il a pu contracter en sa qualité de propriétaire apparent; et le demandeur sera tenu de promettre qu'il remboursera les sommes dues en vertu de cette obligation (58).

Toutes les cautions destinées à garantir de semblables engagements, consistent tantôt en de simples promesses, tantôt en de véritables satisfactions avec fidéjusseurs; ces dernières sont les plus fréquentes (59).

— Les améliorations, constructions ou plantations, faites par le possesseur de bonne foi, ne sont pas perdues pour lui, lorsque le propriétaire a les moyens de lui rembourser le montant de ce qu'elles ont coûté, et que d'ailleurs il les eût faites lui-même; cependant en aucun cas, l'indemnité ne peut dépasser ni le chiffre de la plus-value, ni celui de la somme dépensée. Quand au contraire le propriétaire n'est pas en état de rembourser la dépense, sans

(55) L. 18, D. *ibid.*

(56) L. 21, D. *De rei vind.*; L. 11, D. *De stipul. prat.*; Théophile, *Paraphr.*, ad § 1, *Inst. De divis. stipul.*

(57) LL. 29 et 45, D. *De rei vind.*;

L. 3, § 3, D. *De dolo malo*; Théophile, *loc. cit.*

(58) LL. 19 et 51, D. *De rei vind.*

(59) L. 1, §§ 5, 6, etc., D. *De stip. prat.*

vendre le fonds, elles retombent sur le possesseur, auquel il ne reste alors que la faculté d'enlever ce qui se laissera détacher sans détériorer l'objet, et seulement les choses dont il pourra tirer parti(60).

(60) Ll. 37 et 38, D. *De rei vind.*

FIN DE LA DISSERTATION ROMAINE.

DROIT FRANÇAIS.

DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

EN MATIÈRE CIVILE.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes secondés en conséquences; et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. — C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

Discours préliminaire sur le projet du Code civil.

INTRODUCTION.

La nature des institutions judiciaires, le but que le législateur a voulu atteindre par leur création, le résultat que poursuivre les justiciables, toutes les fois qu'ils ont recours aux tribunaux, impliquent cette idée, que tout procès doit recevoir une solution, toute solution une exécution, malgré les résistances de la partie qui a succombé. Mais, comme toutes choses ici-bas, les déci-

sions des hommes ne sont pas infailibles, celles des juges pas plus que de tout autre; et si la justice de leurs arrêts vient à être critiquée plus tard dans un autre procès, il semble tout naturel de faciliter un nouvel examen, d'ouvrir la voie à une réformation que commandent l'équité et la raison.

D'un autre côté, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, l'impuissance des moyens de preuves que les parties possèdent pour établir les faits de la cause, quelquefois même la mauvaise foi de l'une d'elles, tout semble se réunir pour jeter sur la bonté de la décision future sollicitée des magistrats, comme sur l'iniquité de l'ancienne à laquelle on ne veut plus se soumettre, l'incertitude et le doute inséparables de toutes choses humaines. Une décision judiciaire pourrait donc être réformée par une décision contraire, et une troisième pourrait encore donner raison à la première, ou aboutir à une solution différente de celle des deux autres. Rien ne prouve, par conséquent, qu'un nouvel examen satisferait davantage les exigences de la justice; et il est nécessaire, pour la tranquillité et le repos des familles, d'offrir aux citoyens un abri salutaire contre les prétentions qui viendraient perpétuellement remettre en question leur fortune, leur état, leur honneur. Le danger de maintenir, contre les convictions particulières et individuelles, des sentences entachées d'erreur ou de dol, ou peut-être opposées les unes aux autres, a toujours paru moins grave : d'autant plus, qu'on trouvait un moyen puissant d'en pallier les effets, par l'établissement de plusieurs degrés de juridiction^(a), de la pluralité des juges

(a) En soumettant au calcul des probabilités les chances d'erreur des juges. M. Poisson (*Recherches sur la probabilité des jugements en mat. cit. et crim.*, nos 118 et 151) trouve que, en cas d'unanimité dans un tribunal de première instance composé de trois juges, il y a 9 à parier contre

dans un même tribunal, et des conditions de capacité exigées des magistrats. L'expérience, d'ailleurs, a montré que, chez les différents peuples, l'incertitude du droit a toujours été envisagée comme la pire des situations, et qu'on a cherché à la prévenir par des institutions de droit positif; en investissant d'une autorité irréfragable les décisions judiciaires, on ne faisait que rendre un hommage à l'infailibilité et à la toute-puissance de la loi, qui a délégué son pouvoir aux magistrats chargés de l'administration de la justice.

L'antiquité elle-même nous offre des témoignages irrécusables de l'importance qu'on attachait à ce principe, devant qui la vérité devait fléchir; ainsi nous voyons Cicéron fonder la stabilité des États sur la stabilité des jugements : *Status reipublicæ, disait-il, maxime judicatis rebus continetur* (b). Personne ne fut plus innocent que Socrate, qu'on accusait cependant de corrompre la jeunesse; et lorsque ses amis, désespérés de sa condamnation à mort, le pressaient de s'y dérober par la fuite, le sage vieillard préféra boire la ciguë, de crainte de provoquer, par son exemple, à la désobéissance des lois, et de chercher à renverser par là sa patrie: « car, quel État peut subsister, s'écriait-il, là où les jugements n'ont aucune force, et sont foulés aux pieds par les particuliers?... » (c). Enfin, tout

1, qu'ils ne se sont pas trompés; et, en cas de dissentiment, 57 contre 28 pour la bonté d'un jugement; que, quant à un arrêt d'appel, il y a 19 à parier contre 1, pour la bonté d'une décision confirmative du jugement de première instance, et moins de 2 contre 1, pour une décision contraire.

Les résultats des *Comptes généraux de l'administration de la justice*, pour les années 1831, 1832 et 1833,

ont fourni au même auteur les données propres à évaluer numériquement et d'une manière plus générale la chance qu'ont les juges de ne pas se tromper; et il trouve alors que cette chance, pour toute la France, est représentée par le nombre : 0,6832 ou, en fraction vulgaire, $\frac{127,625}{188}$, la certitude étant 1.

(b) *Orat. pro Sylla.*, ch. 22.

(c) «.....'Η δὲ καὶ τοῦ δικαστῆρος ἐστὶν ἡ δυνάμις ὅλη ἡ πόλις ἐστὶν ὡς ἡ κεφαλὴ τὸ σῶμα...»

le monde connaît cette maxime de raison, présentée comme l'expression d'une vérité sociale, puisqu'elle se rencontre dans la législation de tous les pays et de tous les temps : *Res judicata pro veritate accipitur* (d); la chose jugée peut ne pas être la vérité, mais on l'acceptera, on la regardera comme si elle était la vérité: le jugement, quoique contraire peut-être à l'équité et à la justice, devra être exécuté, parce que c'est un jugement, et que l'ordre social tout entier est intéressé au respect de la chose jugée.

Et qu'on ne dise pas pour cela que l'autorité qui s'y attache, n'a d'importance que pour les jugements erronés, puisque les jugements bien rendus ne font que confirmer un droit qui existe indépendamment de cette autorité. Si, dans les premiers, le principe d'inviolabilité renferme quelque chose qui répugne à une conscience honnête, il ne faut pas oublier que l'erreur dans les décisions judiciaires n'est et ne pouvait être, aux yeux du législateur, qu'une exception, un mal nécessaire, pour lequel cette inviolabilité n'a point été établie; mais qu'en revanche, elle couvre de sa protection les décisions bien rendues, et les maintient, nonobstant les efforts des parties litigantes qu'elle a blessées dans leurs espérances insensées.

Il est superflu, croyons-nous, d'insister davantage sur l'utilité, sur la nécessité et nous dirons même sur la moralité de cette institution; à ceux qui crieraient à l'injustice et à l'arbitraire, nous pourrions répliquer, la législation de toutes les nations de l'Europe à la main; et aujourd'hui, les lois romaines qui renferment le principe et

« ἐξελίγηται τῆς πόλεως εἶναι... ἐν ᾗ ἂν « νόμιμα καὶ διαφθαλόμενα; » (Platon, *Crito*).
 « αὐτὴ γὰρ ἐστὶν ἡ δίκαια καὶ ἡ ἀρετή, » (d) L. 207, D. *De reg. jur.*

les applications de la chose jugée, sont devenues le code universel de la matière: c'est là que tous les auteurs anciens et modernes ont puisé; c'est de là aussi que nos rédacteurs ont senti le besoin d'extraire les principes qui devaient servir de base à la nouvelle législation française. Mais le laconisme qui a présidé à leur travail, en laissant intactes toutes les grandes questions qui divisaient les jurisconsultes de l'antiquité, oblige à recourir perpétuellement au Droit romain, pour s'éclairer dans la nombreuse série de solutions que réclame cette matière, et pour arriver à répandre quelque lumière sur le sens et la portée du seul et unique article de nos Codes qui envisage la question d'une manière générale (e).

C'est donc à l'explication de cet article qu'est surtout consacré le présent travail; et l'auteur, en l'entreprenant, a eu moins en vue de répudier les traditions du passé, que de chercher à lui donner, dans la mesure de ses faibles moyens, tous les développements dont il le jugeait susceptible.

(e) Code Napoléon, art. 1351.

CHAPITRE PREMIER.

Définitions et notions générales.

Il est essentiel, avant d'aborder le détail des innombrables difficultés que présente notre sujet, de bien définir l'idée que doit éveiller dans l'esprit l'expression de *chose jugée*; cela est d'autant plus nécessaire, que les auteurs sont loin de s'accorder sur la signification à y attacher, bien qu'il ne s'agisse là, à vrai dire, que d'une simple définition. Les uns (1), et ce sont du reste les moins nombreux, s'autorisant en cela des paroles mêmes de Modestin (2), qui ne voyait dans la chose jugée que celle que *finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit*, ont appelé ainsi tout point de fait ou de droit décidé par un jugement qui n'est plus susceptible d'aucun recours, même extraordinaire. D'autres, au contraire (3), entendent par *chose jugée* la décision d'une autorité judiciaire qui n'est plus attaquable par les voies ordinaires de recours: ayant égard en cela uniquement à la facilité de l'exécution qui, ainsi qu'on le sait, n'est jamais entravée par l'exercice d'un recours extraordinaire, dont l'effet n'est pas suspensif.

A ces deux opinions, que nous regardons comme beaucoup trop absolues, nous opposerons tout d'abord le texte même de l'ordonnance de 1667, sur la procédure, que l'on a pourtant coutume d'invoquer en leur faveur. L'art 3 du titre XXVII porte en effet: « Les sentences et jugements 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 temps, ou que l'appel en eût été déclaré pəri. » Ces termes sont assez clairs et dispensent d'entrer dans aucun long commentaire; et pour montrer comment la disposition était entendue et pratiquée dans l'ancienne jurisprudence, nous ne pouvons mieux

(1) Entre autres: M. Bonnier, *Traité des preuves* (2^e édit.), n° 738.

(2) L. 1, D. *De re judic.* (XII, 1).

(3) Darauton, *Cours de droit fran-*

çais, t. XIII, n° 454 et 455; Poujol, *Traité des oblig.*, sur les art. 1349 à 1352, n° 13; Aulay et Rau, *Droit civil franç.*, § 769, in *prin.*, etc.

faire que de citer les paroles mêmes de Pothier (1), les explications qu'il donne à ce propos, en ces termes : « l'ordonnance unit dans cet article, aux jugements rendus en dernier ressort, ceux dont il n'y a pas encore d'appel interjeté; parce que tant qu'il n'y a pas encore d'appel, ils ont, de même que ceux rendus en dernier ressort, une espèce d'autorité de chose jugée qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus, le droit d'en poursuivre l'exécution, et forme une espèce de présomption *juris et de jure* qui exclut de pouvoir rien proposer contre, tant qu'il n'y a pas d'appel interjeté: mais cette autorité et la présomption qui en résulte, ne sont que momentanées, et sont détruites aussitôt qu'il y a un appel. » On voit donc par là, que, même dans l'ancienne jurisprudence, les jugements attaquables par l'appel étaient susceptibles d'acquiescer force de chose jugée: nous en concluons donc que les distinctions proposées par la doctrine que nous venons de rapporter, ne sont pas exactes. Sans doute, si l'on entendait par chose jugée un point déclaré constant par les tribunaux d'une manière définitive, et qui eût acquis l'immuabilité et la stabilité de la loi, il serait parfaitement logique d'admettre qu'un tel effet ne sera produit qu'après que le jugement est devenu plus ou moins inattaquable, suivant les différentes phases où en est parvenue la procédure; que si au contraire on ne veut entendre par chose jugée qu'une décision passée à l'état de vérité légale, relative il est vrai, mais qui n'en doit pas moins être respectée et maintenue, en dehors des moyens que la loi offre pour la rétracter, alors on ne pourra s'empêcher de reconnaître que tout jugement rendu, même en premier ressort — ajoutons: même par défaut (2) — est revêtue instantanément de ce caractère, de cette présomption de bien jugé attribuée par la loi aux actes qui émanent de l'autorité judiciaire compétente.

Nous irons même plus loin: et, fort de l'appui de Pothier (3), nous dirons que, sous ce rapport, dans cet ordre d'idées, la présomption n'est pas différente de celle qui s'attacherait à un jugement irrévocable: qu'elle est toujours de la classe des présomptions

(1) *Traité des obligations*, n° 852.

villeneuve et Carotte, *Coll. nouv.*, 2, 1, 398).

(2) Voy. Cass., 1 thermidor an XIII (Sirey, *Ann. collect.*, t. VII, part. II, p. 33; Cass., 12 novembre 1806 (De-

(3) *Op. et loco modo cit.*

dites *juris et de jure*, de celles qui n'admettent pas la preuve contraire. Sans doute, en vous adressant à certains tribunaux, suivant certaines formes, dans certains délais, vous pourrez obtenir la rétractation d'une sentence que vous trouvez préjudiciable; mais telle n'est pas l'hypothèse que nous examinons ici, en recherchant la valeur des expressions légales du seul article du Code qui fait l'objet de cette dissertation: il suppose au contraire, et nous supposons toujours avec lui, qu'on remette en question le même procès qui a déjà été jugé dans les mêmes conditions de procédure, c'est-à-dire qu'on veuille faire repasser la contestation par la même filière à laquelle elle a déjà été soumise: par exemple qu'on attaque en première instance ou en appel une décision qui émane de l'une ou l'autre de ces juridictions; qu'on veuille faire tomber par la cassation ou la requête civile une décision déjà cassée ou rétractée de cette façon, ou qui n'aurait pas été jugée réformable par ces voies, et autres hypothèses du même genre.

Ainsi la chose jugée, qui est de deux espèces quant à la révocabilité ou l'irrévocabilité de l'acte, est une quant à sa force probante; et nous avons peine à comprendre pourquoi M. Ponceet (7) écrit que la chose jugée, encore susceptible de recours ordinaires, ne constitue qu'une présomption *juris tantum*, susceptible de fléchir devant la preuve contraire: car cette preuve contraire est tout aussi admissible sous la forme d'un recours extraordinaire; et cependant notre auteur accorde, dans cette dernière hypothèse, à la chose jugée toute l'autorité des présomptions absolues. Il est vrai qu'il semble un peu plus bas revenir sur sa proposition hasardée, quand il dit, sans distinguer alors entre les recours ordinaires et les recours « extraordinaires, que le jugement définitif non attaqué a, « par rapport aux juges et aux parties...., la même force et les « mêmes effets que le jugement non attaqué. » — Ce que nous avons développé auparavant, nous dictera la réponse à faire à l'honorable professeur. Si le jugement, encore susceptible de recours, tombe par suite devant la preuve contraire, ce ne peut être que suivant les formes de procéder spécialement organisées: et il ne tomberait jamais, si les parties entendaient faire juger de nouveau

(7) *Tr. des jugements*, n° 333.

l'affaire dans une instance engagée au même titre, c'est-à-dire sans vouloir ou pouvoir présenter le second procès comme le résultat d'une voie de recours contre le premier. C'est alors le cas d'appliquer l'art. 1351 du Code Napoléon, dans toute sa teneur; et les tribunaux, pour respecter la chose jugée précédemment et pour rejeter toute prétention qui tendrait à la présenter de nouveau à leur appréciation, devront examiner si elle remplit les conditions d'identité que nous verrons ci-après; tandis qu'ils ne se livreraient jamais à un semblable examen, pour rejeter la demande qui se présenterait sous la forme d'un recours ordinaire ou extraordinaire.

Telle nous paraît être la véritable nature de la chose jugée, entendue dans l'acception la plus générale; et, pour nous résumer, nous la définirons en conséquence: *tout point de fait ou de droit décidé par un jugement, qui n'est pas attaqué ou attaquant par une des voies de recours admises par la loi.*

Quelquefois, il est vrai, le législateur lui-même n'a pas toujours attaché un sens aussi général à ces expressions: du moins les hypothèses où il s'en est servi, ne laissent-elles pas place à une interprétation aussi large. Ainsi, au Code Napoléon, dans les art. 1262, 2052, 2056, 2061, 2157 et 2215; au Code de procédure, dans les art. 362, 469 et 478, il est aisé de voir qu'il s'agit de jugements contre lesquels les voies ordinaires de recours n'ont point lieu, ou ont été infructueusement tentées; au contraire, dans l'art. 800 du C. Nap., et dans l'art. 474 du C. de proc., les mêmes expressions s'appliquent tout aussi bien à un jugement encore susceptible d'opposition ou d'appel. Si, dans la loi, les mêmes termes ont plusieurs significations, cela s'explique par le point de vue sous lequel on considère la chose jugée: dans la première série des articles précités, ce n'est que sous le rapport de la stabilité de la décision, de la plus ou moins grande facilité accordée aux parties pour la faire tomber (ce qui s'induit surtout des expressions *en dernier ressort*, presque toujours juxtaposées à celles de *chose jugée*): et c'est alors seulement qu'il est permis de distinguer, avec la doctrine, entre les différentes voies de recours ouvertes par la loi contre les décisions judiciaires; dans la seconde série d'articles au contraire, c'est surtout sous le point de vue de l'étendue de la force probante qui s'attache à ces décisions, que le rédacteur des Codes s'est placé.

Au moyen de cette interprétation que Marcadé le premier (8) a mise en lumière, il est facile de concilier toutes les décisions de la loi, dans quelques hypothèses qu'elles se présentent.

CHAPITRE II.

Des éléments de la chose jugée.

§ 1^{er}. *Preliminaires.*

Le législateur qui, en faisant taire au besoin même la voix de la vérité, avait attaché un effet si puissant aux décisions des tribunaux, ne pouvait pourtant leur donner dans tous les cas une autorité complète et absolue; en même temps qu'il devait subordonner cet effet à un système de conditions assez complet, pour qu'il fût impossible de laisser juger une seconde fois le procès, sans arriver fatalement à détruire cette règle protectrice de l'ordre social, dont il a été question plus haut, et qui a pour principe d'éviter la perpétuité des contestations et la contrariété des jugements sur les mêmes questions.

C'est dans ce but que l'art. 1351 du C. Nap. énumère les conditions requises pour qu'il y ait chose jugée, pour que l'existence d'un premier jugement ou arrêt fasse désormais obstacle à toute nouvelle procédure sur la même matière; il s'est contenté du reste en cela de reproduire les règles tracées dans Pothier (1), qui lui-même les a tirées du Droit romain. «Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

Ainsi, pour l'existence de la chose jugée, trois conditions, que nous examinerons dans l'ordre suivant : 1^o *identité de personnes*; 2^o *identité d'objet*; 3^o *identité de cause*. Leur réunion est toujours nécessaire : *quæ nisi omnia concurrunt, dis ait Paul (2), alia res est*. Les trois paragraphes suivants sont consacrés au développement de ces éléments.

(8) *Explic. du C. Nap.*, sur l'art. 1351, n^o 1. — Dans le même sens : Dalloz, *Jurispr. gén.*, 1^{re} Chose jugée, n^{os} 17 et 53 à 58.

(1) *Des obligat.*, n^o 889.

(2) L. 14, pr., D. *De exceptione rei judicate* (XLIV, 2).

L'art. 2002 du Code de procédure,

§ 2. De l'identité des parties.

I. GÉNÉRALITÉS. — Des trois conditions exigées par l'art. 1351, l'identité des parties est peut-être la plus importante, celle dont l'inobservation intéresse le plus l'ordre public : car la contrariété des jugements qui peut en résulter, est plus déplorable et plus scandaleuse, parce qu'elle est plus préjudiciable et plus manifeste, lorsqu'elle touche un même individu. Cette condition est d'ailleurs une conséquence directe d'un principe, qu'on ne doit condamner personne sans l'avoir entendu ; principe qui se trouve formulé au Digeste dans un texte de Paul devenu célèbre, et sur lequel nous aurons encore occasion de revenir plus tard : ... *Nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet* (3).

L'identité dérive donc ici de cette circonstance essentielle et décisive, qu'on a été partie au procès dont on invoque le jugement dans une instance postérieure. Mais quelles sont les personnes qui peuvent être considérées comme parties ? Ce sont celles qui, dans ce précédent procès, ont appelé des adversaires ou qui y ont elles-mêmes été appelées : celles qui y ont posé des conclusions, soit comme demanderesses, soit comme défenderesses. Et un jugement n'aurait pas l'autorité de la chose jugée à l'égard d'une personne qui n'aurait pas figuré dans les qualités du jugement, ou même qui n'y aurait pas été assignée (4) ; mais du moment qu'elle prétendrait tirer parti d'une disposition d'un semblable jugement, elle ne pourrait plus invoquer la chose jugée à l'égard de celles de ses dispositions

en statuant sur le mérite des pièces de comparaison que l'on est admis à produire, dans une vérification d'écritures, nous paraît avoir fait l'application la plus frappante, et en même temps la plus heureuse des principes de l'art. 1351 du C. Nap. En effet, il semble que le juge, appelé, à défaut d'entente de la part des parties, à décider quelles pièces seront produites, devrait surtout avoir confiance en celles qui, dans une précédente instance, ont été judiciairement déclarées émaner du défendeur. Eh bien ! la loi

prohibe au contraire formellement cet usage. Pourquoi ? c'est parce que, ayant été vérifiées dans une précédente instance et pour une autre contestation, il manquait à la chose jugée dans ces conditions, l'un ou l'autre des trois éléments d'identité, indispensables pour lui conférer autorité dans un procès ultérieur.

(3) L. 16, D. *Qui pot. in pign.* — Voy. *infra* : ch. IV, § 3, n° 1.

(4) Cass., 4 avril 1845 (*Devill. et Car.*, année 1846, part. 1, p. 40).

qui lui préjudicieraient : car le jugement est sous ce rapport aussi indivisible que l'aveu (5).

Appliquée à une personne complètement étrangère physiquement à celle contre qui le jugement est rendu, cette règle ne souffre que peu de difficultés pratiques ; mais comme elle s'exerce indépendamment du nombre et de la qualité physique des personnes ; comme un même individu peut être considéré en justice sous des qualités très-différentes, et que plusieurs individus peuvent ne constituer qu'une seule personne dans un procès, à raison de certains rapports juridiques qui les unissent ; comme enfin, à raison de ces mêmes rapports, une personne qui n'a pas figuré au procès, est cependant réputée y avoir été représentée, on se trouve forcément amené à faire entrer, dans la solution du problème, une foule de considérations plus ou moins délicates, plus ou moins complexes, mais qui peuvent toujours se ramener à cette formule : *identité de qualité des parties, eadem conditio personarum* (comme disaient les juriconsultes romains) ; c'est-à-dire à la question de savoir dans quels cas une personne est ou non censée représentée dans l'instance.

Pour traiter cette matière aussi complètement que possible, nous distinguerons successivement le cas où un individu agit en qualité de partie principale dans les deux instances, et celui où il figure dans l'une d'elles, soit comme ayant-cause, soit comme cointéressé, soit enfin comme mandataire. Ce sera la division de notre paragraphe.

II. DU CAS OÙ LA PERSONNE FIGURE COMME PARTIE PRINCIPALE DANS LES DEUX INSTANCES. — Pour que la chose jugée soit opposable, il ne suffit pas que la personne qui figure dans le second procès, ait aussi figuré dans le premier : en d'autres termes, il ne suffit pas qu'il y ait *identité physique*, il faut aussi l'*identité juridique* ; et même à l'inverse, cette identité physique qui n'est jamais une condition suffisante, n'est pas même une condition nécessaire, alors que d'ailleurs elle n'est pas toujours possible. Ainsi l'auteur et son héritier peuvent être des personnes tout à fait distinctes, et cependant ce qui est jugé à l'égard de l'un est jugé à l'égard de l'autre. De même on peut réclamer en son propre nom ce qu'on a vain-

(5) Cass., 8 avril 1812 (Det., Coll. nouv., 1, 1, 72) ; Bruxelles, ... janvier 1813 (Det., 1, 11, 226).

ment réclamé au nom d'un tiers : dans le premier cas, la diversité des individus n'empêchera pas l'identité juridique ; dans le second, l'identité physique n'empêchera pas la diversité juridique des qualités. C'est donc à l'identité des qualités qu'il importe exclusivement d'avoir égard.

Il résulte donc de ces considérations, qui sont vraies dans le sens le plus large, que la personne qui viendrait agir en deux qualités différentes, ne verra jamais la chose jugée lui faire obstacle ; c'est ce qui arrive notamment à celui qui agit pour d'autres, et plus tard pour son propre compte ; comme le décidaient déjà les lois romaines à l'égard des représentants de communautés d'habitants (6), à l'égard des tuteurs et curateurs (7), et à l'égard des avocats qui soutenaient la revendication d'une chose qu'ils ignoraient être leur propriété à cette époque (8). C'est ce qui arrivera encore quand on procède dans les deux instances en son nom, mais revêtu de deux titres différents : comme lorsqu'on revendique d'abord une hérédité sans être héritier, et qu'on la réclame plus tard en cette qualité (9) ; ou qu'on agit d'abord comme héritier de son père, et puis ensuite comme celui de sa mère (10) ; ou comme administrateur d'une commune, et ensuite comme son mandataire (11) ; ou enfin comme héritier pur et simple, et ultérieurement comme héritier bénéficiaire.

Mais supposons que dans deux instances successives sur le même objet et en vertu de la même cause, une seule et même personne se présente en son nom propre, avec deux qualités différentes dans chacune d'elles, mais réunies sur sa tête dès le principe : est-il vrai qu'elle pourrait invoquer successivement les deux qualités, sans craindre d'être écartée par l'exception de la chose jugée ? est-il vrai qu'elle aurait ainsi le droit de se présenter à son gré, revêtue de l'un ou de l'autre titre, d'accepter ou d'écarter, selon son intérêt, le jugement rendu pour ou contre elle, et de chercher ainsi, si c'était nécessaire, à en obtenir un second plus favorable, absolument comme elle pourrait agir (ainsi que nous le verrons plus tard) en

(6) L. 4, § 2, D. *De re judic.*

(7) L. 4, § 1, D. *cod. tit.*

(8) L. 51, D. *De rei vindic.*

(9) L. 23, D. *De exc. rei jud.*

(10) Nîmes, 29 décembre 1841

(Dalloz, *Jur. gén.*, t.^o Chose jugée, n.^o 191).

(11) Cass., 17 novembre 1823 (*Journ. du Palais*, 3^e édit., t. XVIII, p. 207).

vertu d'une cause plutôt que d'une autre, l'objet de la demande restant d'ailleurs le même? S'il fallait en croire un arrêt de la Cour de cassation en date du 11 novembre 1818 (12), et les deux traducteurs de Zachariae, MM. Aubry et Rau (13), qui semblent avoir généralisé cette théorie, on ne devrait pas hésiter à se prononcer pour l'affirmative. Nous reviendrons tout à l'heure sur l'arrêt; pour le moment, nous ne voulons que nous occuper de la doctrine qu'on a pu en tirer.

Or, la nature des choses nous semble prescrire d'elle-même le rejet de l'opinion des deux savants professeurs; car il ne peut dépendre de la volonté des parties d'isoler deux qualités qui se sont confondues sur leur tête, indépendamment de tout acte de leur part, et en vertu de la toute-puissance de la loi. Nous savons bien, et en ceci nous ne pouvons que souscrire au sentiment de nos adversaires, qu'on a invoqué dans notre sens des passages du Digeste, qui ne sauraient avoir aucune autorité probante dans la question: nous entendons parler de la loi 10, *De act. empti*. Si l'on peut croire à son texte qui semble au moins altéré et qui, en tous cas, est en contradiction flagrante avec la loi 18, *D. De obl. et act.*, l'espèce prévue entre autres serait celle-ci: Un individu vend successivement le même fonds à deux personnes; mais avant la délivrance, le premier acheteur meurt, en laissant le second pour héritier. Eh bien! Ulpien nous certifie que ce dernier, s'il accepte la succession, ne pourra plus intenter séparément l'action en délivrance qui lui compétait de son chef, et celle qu'il avait acquise du chef de son auteur: ces deux actions n'en formant plus qu'une seule, si une première demande avait échoué, une seconde serait repoussée par l'exception de la chose jugée; et le jurisconsulte conseille alors à l'acquéreur, pour parer à ce résultat fâcheux et pour conserver intactes ses deux actions, d'attaquer le vendeur, avant l'adition d'hérédité, par l'action qu'il avait de son chef, et de faire usage, après l'adition, de celle qu'il avait comme héritier du premier acheteur. D'un autre côté, Julien, dans la seconde loi précitée, nous enseigne tout l'opposé; et s'il existe deux actions, l'une dérivant d'un testament, c'est-à-dire d'un titre lucratif, et l'autre d'une

Coll. nouv., 5, 1, 515.

(13) *Cours de droit civ. franç.*, § 769, 2^e, 1, texte et note 51.

avec double héritier, est tenu d'être admis à l'administration de ses affaires dans cette même affaire qui l'avait jugée dévoué contre cette même affaire qui nous fait l'objet de tout ce que nous venons de dire. — Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1818 (12) et l'arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1818 (13).

stipulation, c'est-à-dire d'un titre onéreux, il les réserve formellement l'une et l'autre au profit de celui en la personne duquel l'hérédité les a confondues.

A tout prendre, la doctrine de cette seconde loi est plus raisonnable; et elle paraît d'ailleurs confirmée par plusieurs textes, qui ne déclarent éteinte l'une des deux actions, que lorsqu'elles procèdent chacune d'un titre lucratif (14). Assurément cette dernière rigueur de la pratique romaine ne serait plus même admise dans notre droit, auquel répugnerait tant de subtilité; mais si la première décision devait être maintenue, si la demande ultérieure ne devrait plus être admise, ce ne serait point par suite de la nature du titre, fondement de l'action, ni par suite des inductions que l'on pourrait déduire des principes plus ou moins suspects de la loi 10, *De act. empti*. Toullier, à qui l'on doit cet argument (15), invoque de plus la confusion opérée dans la personne de l'héritier, laquelle, en réunissant les deux patrimoines dans ses mains, n'aurait pu laisser subsister qu'une seule action; et il en conclut que même le conseil donné par Ulpien dans cette loi 10, serait impossible dans notre droit, à cause de la rétroactivité attachée chez nous aux effets de l'acceptation des successions (16).

Eh bien, tout cela n'est que spécieux! La réunion de deux patrimoines dans une seule main n'a jamais eu, que je sache, pour conséquence de détruire les droits actifs et passifs qui s'y trouvaient, lorsqu'ils ne sont pas incompatibles les uns avec les autres: et la confusion, qui peut se produire par cette circonstance et qui est réglée alors par les art. 1300 et suivants du Code Napoléon, ne consiste que dans la réunion simultanée des qualités de créancier et de débiteur, et non point de la qualité de créancier à deux titres différents ou même semblables. Maintenant, si l'on transportait l'espèce de la loi 10, *De act. empti*, dans notre droit, on n'hésiterait certainement pas à la résoudre d'une manière toute opposée. Effectivement l'acheteur n'est nullement tenu de formuler ses deux demandes par un même exploit d'ajournement; et s'il les formule séparément, il ne pourra arriver que deux choses: ou la demande

(14) § 6, Inst. *De leg.*; L. 17, D. *De obl. et act.*; L. 21, § 1, D. *De leg. III.*

(15) *Dr. cit.*, t. X, n^{os} 214 et 215, comp. avec 169.

(16) C. Nap., art. 777.

qu'il intentera comme héritier du premier acquéreur sera accueillie, et alors il reste décidé que celui-ci avait été seul propriétaire du fonds vendu, du jour même de l'aliénation; donc la demande intentée en vertu du droit personnel du second acquéreur ne pourra aboutir qu'à la nullité de la seconde vente, et avec elle à la restitution des frais et loyaux coûts du contrat, du prix payé et de tels autres dommages et intérêts que de droit; — ou la première demande sera rejetée, et les droits que l'acquéreur tient de son contrat demeureront entiers: ils demeureront entiers nonobstant ce que nous avons dit sur l'impossibilité de se présenter dans les deux instances, avec deux qualités que l'on possède dès le début de la première; parce qu'en réalité, comme le fait très-judicieusement observer Marcadé (17), l'usage qu'on fait ici dans le second débat d'une qualité dont on n'avait pas parlé dans le premier, a pour conséquence de donner à ce débat une cause nouvelle ou même un nouvel objet, et qu'alors les conditions de la chose jugée ne subsistent plus. Car les deux actions, tout en ayant ici une cause *semblable*, qui est la vente, n'ont plus une cause *identique*, c'est-à-dire (qu'on nous passe l'expression, qui peint parfaitement notre pensée) qu'il n'y a plus *identité dans l'individualité de cette cause*, attendu que ces actions procèdent pour l'acquéreur de personnes différentes. On pourrait même soutenir, avec autant de raison, qu'elles n'ont plus le même objet: puisque, dans l'une on invoque l'exécution, dans l'autre, la nullité du contrat de vente (18).

(17) *Explic. du C. Nap.*, sur l'art. 1351, n° X.

(18) Les auteurs qui ont mis en avant la loi 10, *De act. empti*, se sont laissés séduire par cette identité toute factice, toute apparente entre les deux actions dont il y est question. Mais de ce que toutes deux elles dérivent d'un même contrat, et tendent à procurer la même chose, ce n'est pas à dire qu'elles soient *identiques*, dans le sens de l'art. 1351: elles sont seulement *semblables*. — Qu'on nous permette à ce propos une comparaison vulgaire: Vous avez deux statues de même métal, fondues dans le même moule; nul doute qu'il existera entre leurs diverses parties une similitude

parfaite: il y aura *identité* dans le sens littéraire du mot; mais non plus dans le sens juridique. Car, de ce que j'aurai acheté l'une de ces statues, je n'acquerrai pas pour cela le droit de réclamer encore l'autre; et la chose jugée à l'égard de celle-ci, n'aura aucune influence sur une demande relative à celle-là. Dans l'espèce de la loi, le même objet a été vendu deux fois; mais les deux ventes, pour être semblables quant à leur valeur juridique, restent positivement parfaitement distinctes l'une de l'autre; donc l'action qui dérive de la première ne peut jamais se confondre avec celle qui dérive de la seconde.

C'est ainsi qu'un arrêt de cassation

Cela dit, et tout en détruisant ainsi l'argument tiré par Toullier de la loi 10, *De act. empti*, et celui qu'il croit trouver dans les principes erronés sur la confusion, nous n'en maintiendrons pas moins, par les raisons exposées plus haut, la doctrine proclamée par l'éminent jurisconsulte, en ayant soin également de prévenir contre l'application trop facile qu'on serait tenté d'en faire, dans les circonstances où l'identité n'est plus complète.

Ceci nous amène à discuter en peu de mots l'arrêt de rejet en cassation dont nous parlions plus haut. Dans l'espèce soumise à la Cour, le point litigieux consistait à savoir qui, de l'héritière bénéficiaire ou des créanciers unis, obtiendrait l'administration des biens de la succession, jusqu'après paiement intégral du passif. Or, un premier arrêt de la Cour de Paris, en date du 15 mai 1811, avait accordé cette administration aux créanciers, par préférence à l'héritière; et plus tard la même Cour, le 29 avril 1817, sur la demande de cette héritière qui avait renoncé au bénéfice d'inventaire, décida le contraire, par ce motif que, les parties ne procédant plus en la même qualité dans les deux instances, ce qui était jugé dans la première, ne pouvait avoir autorité dans la seconde. Or, n'est-il pas manifeste que la demanderesse avait excipé ici d'une qualité qui existait déjà en elle lors de la première instance, et qu'elle était arrivée ainsi, par un changement tout contraire, à remettre en question ce qui avait été jugé contre elle? Mais, si ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation qui nous en dit autrement, c'est en vain que M. Dalloz (19) essaiera d'en faire un principe, en nous disant que l'héritier pur des dettes du défunt, doit être préféré aux créanciers; et que la Cour, en retenant la préférence aux créanciers, ne contradisait pas dans une qualité différente. C'est une erreur capricieuse que de préférer en général l'héritier pur aux créanciers, et de le préférer contre l'héritier bé-

a décidé que le
dans une action
legs, peut rec
clamation, s'
testament (1)

torité de la chose jugée, alors même que ce dernier a renoncé à son bénéfice, pour demeurer héritier pur et simple, doit certainement la faire appliquer aussi dans ce cas : sans quoi cet héritier aurait toujours la faculté de remettre en question ce qui a été déjà jugé, et les tiers qui auraient des contestations touchant la succession bénéficiaire, n'en verraient jamais la fin. Si la Cour de cassation a pu juger deux fois antérieurement, que l'arrêt qui reconnaît à quelqu'un la qualité d'héritier bénéficiaire, ne fait pas obstacle à ce qu'il soit postérieurement déclaré héritier pur et simple, soit faute de rendre compte (20), soit pour avoir échangé un bien successoral (21), c'est qu'ici il y avait évidemment différence de cause, par suite d'un fait postérieur qui a changé les positions (22).

Au surplus, cette jurisprudence critiquée ne paraît pas elle-même solidement établie : car nous trouvons un arrêt tout récent qui, sans avoir eu à trancher cette controverse, admet cependant et décide implicitement en sens contraire, que la coexistence des deux qualités, dès le principe, est un obstacle à une seconde demande sur la même question (23).

III. DE CAS OÙ LA PERSONNE FIGURE DANS UNE INSTANCE COMME AYANT-CAUSE. — 1. **Préliminaires.** — Les rapports juridiques qui s'établissent entre un auteur et un successeur, font que les intérêts de ce dernier sont plus ou moins liés aux instances que le premier engagera avec des tiers ; mais, dans tous les cas, l'inverse n'a jamais lieu, c'est-à-dire que le jugement rendu contre le successeur ne peut être opposé à son auteur, celui-ci n'étant point l'ayant-cause de celui-là. C'est ce que disait déjà Julien, au rapport d'Ulpien : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ a persona auctori ad emptorem transire solere, retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere* (24). Ainsi, ni le *de cuius*, ni le vendeur, ni le débiteur, ne sauraient être liés par des jugements rendus contre l'héritier, l'acheteur, les créanciers : et en vertu de ce principe, le jugement rendu avec des créanciers héréditaires, par

(20) Cass., 23 pluviôse an XII (Dev., I, I, 933).

(21) Cass., 15 juillet 1818 (Dalloz, op. et cit., n° 257).

(22) Voy. ci-dessous ce que nous

disons sur les variations de la cause : § 4, n° II, 2, in fine.

(23) Cass., 30 juin 1896 (Dev., 1897, I, 260).

(24) L. 9, § 2, D. de exc. rei jud.

exemple, n'aura pas d'autorité contre l'héritier (25); de même, si un acheteur durant sa possession avait succombé dans un procès relatif à de prétendues charges réelles sur le fonds, la vente étant résolue plus tard, le vendeur rentré dans sa propriété, ne sera en aucune façon obligé de respecter ces charges, parce qu'il ne tient pas son droit de son successeur (26).

Ces principes ne sont pas même modifiés, lorsqu'il existe entre l'auteur et le successeur une clause, conventionnelle ou légale, de garantie: le recours qui en aura été la suite, aura bien pour conséquence de faire naître un lien judiciaire entre toutes les parties; mais ce lien qui ne va pas jusqu'à rendre opposable à l'auteur non appelé, la chose jugée acquise contre le successeur, a pourtant ce résultat, que le garant, en attaquant le jugement, remettra en question tant l'affaire principale, que le recours subsidiaire en garantie; et cela, *erga omnes*, contre toutes les parties de l'instance (27): décision qui est conforme à l'équité, parce que c'est en définitive le garant qui subira les conséquences du jugement sur le principal.

Mais pour apprécier le degré d'influence, sur les ayants-cause, des jugements rendus avec leurs auteurs, il convient de distinguer entre les ayants-cause à titre universel et ceux à titre particulier.

2. Des successeurs universels. — Si l'autorité de la chose jugée ne saurait être opposée à l'héritier qui réclame, en vertu d'un droit personnel à lui, ce que le défunt avait en vain réclamé pour son compte, ou réciproquement, à l'héritier qui agit comme ayant-cause de ce dernier, après avoir été débouté d'une demande formée en son nom personnel (28), il en est tout différemment, lorsque les deux actions ne sont intentées qu'au nom et par un ayant-cause du défunt, alors même que la première l'a été par celui-ci seulement. Ainsi les héritiers légaux ou contractuels, les légataires et donataires universels ou à titre universel, qui représentent la personne du défunt ou qui succèdent seulement à ses biens, sont obligés de subir les conséquences de la chose jugée contre leur auteur,

(25) Cass., 11 avril 1806 (Devill., 2, I, 233).

(26) Cass., 22 mai 1811 (Devill., 3, I, 350). — Voy. encore une autre application dans un arrêt de cass. du 23 août 1854 (Dev., 1855, I, 109).

(27) Cass., 12 avril 1813 (Dev., 1813, I, 685).

(28) L. 10, D. de exc., praser. et prejud.

lors même que l'événement qui a produit la transmission à leur profit, a été antérieur au procès lié avec leur auteur.

Cependant ce principe doit être entendu avec une certaine mesure, toutes les fois qu'il s'agit de simples successeurs aux biens, qui ne représentent plus la personne du défunt, ou même, nonobstant ce qu'en pense M. Poujol (29), de ceux qui, comme l'héritier bénéficiaire, ne la représentent que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils ont retiré de son patrimoine: car, n'étant tenus des dettes que dans la limite de cet émolument, les condamnations qui viendraient à être prononcées contre eux, ne pourraient s'exécuter également que dans cette limite; et les biens une fois épuisés ou même abandonnés par le successeur, il est vrai de dire que le jugement obtenu contre l'auteur devient pour lui *res inter alios judicata*.

3. Des successeurs particuliers. — Il importe peu que la transmission se soit effectuée à titre onéreux ou à titre gratuit; « parce que, de même que dans toute convention que nous faisons
« relativement à une chose qui nous appartient, nous sommes censés
« stipuler tant pour nous que pour tous nos successeurs à cette
« chose, de même lorsque nous plaçons par rapport à une certaine
« chose que nous prétendons nous appartenir, nous sommes censés
« plaider tant pour nous que pour tous nos ayants-cause et succes-
« seurs à cette chose; et le droit qui résulte du jugement rendu sur
« cette contestation, doit passer à toutes ces personnes: *Eadem enim debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contra-
« here, ac conventionum* (30). »

Toutefois il est des cas où l'autorité de la chose jugée perd son effet quant à ces successeurs. Ainsi il est hors de doute qu'un ayant-cause peut toujours repousser les jugements rendus par ou contre l'auteur, en articulant et prouvant la collusion, le concert frauduleux entre ce dernier et son adversaire au procès; parce qu'on ne peut raisonnablement admettre que l'auteur pourrait ainsi obliger ceux qu'il entend tromper par ses manœuvres dolosives (31).

(29) *Traité des oblig.*, n° 30, *in fine*.

(30) Pothier, *Des oblig.*, n° 303.

Voy. aussi l'art 1122 du C. Nap.

(31) Voy. entre autres: Rouen, 15 thermidor an X (*Det.*, 1, II, 288);

Aix, 3 juillet 1810 (*Det.*, 3, II, 303);

Nîmes, 11 avril 1812 (*Det.*, 4, II, 83);

Toulouse, 21 avril 1819 (*Det.*, 6, II,

59); Bourges, 27 juin 1822 (*Det.*, 7,

II, 92); Lyon, 22 mars 1823 (*Det.*,

Il est également admis sans difficulté que l'ayant-cause, en faisant valoir dans une seconde instance, à l'appui de la même prétention, des moyens personnels, ne peut se trouver repoussé par la chose jugée, attendu que sa demande repose alors en général sur une autre cause (32).

— Mais abstraction faite des deux exceptions que nous venons de signaler, le principe de la représentation, de l'identité, conserve toute son énergie *dans les matières personnelles*, et n'est soumis à aucune restriction qui résulterait du moment où s'est produit le fait générateur de la transmission. Ainsi la chose jugée contre le débiteur demeure toujours opposable à ses créanciers chirographaires antérieurs ou postérieurs au jugement, quand même l'antériorité serait rétablie par exemple par un titre à date certaine : et tout cela, parce que les créanciers chirographaires ne sont en aucune façon investis d'un droit réel sur tel ou tel bien déterminé, droit qui, faisant désormais abstraction de la personne du débiteur, établirait une relation directe entre eux et ce bien ; mais qu'ils n'ont au contraire, sur la fortune actuelle de ce débiteur, qu'un droit général, susceptible d'être à chaque instant augmenté ou amoindri, selon le bon plaisir de ce dernier (33). L'homme qui a des dettes, n'en est pas moins capable d'aliéner, de s'obliger, de diminuer ou de grever la masse de son patrimoine ; et tous ses actes obligent les créanciers, dont les droits sont établis contre la personne et non sur les biens.

Aussi a-t-on pu juger avec raison que le fermier est représenté par le bailleur, dans les instances relatives à la propriété de l'immeuble affermé (34) ; ou encore qu'un créancier chirographaire est lié par la décision rendue contre un débiteur commun, et qui autoriserait un créancier gagiste à faire vendre le gage (35). Et quand on enseigne que le légataire est représenté par l'héritier ou le légataire saisi, dans les instances relatives aux dettes et créances de la suc-

8, II, 13) ; Angers, 17 juin 1825 (Dev., 8, II, 91) ; Paris, 30 juillet 1829 (Dev., 9, II, 310).

(32) Rennes, 7 mars 1820 (Dev., 6, II, 220) ; Paris, 16 août 1832 (Dev., 1832, II, 474) ; Cass., 7 décembre 1833 (Dev., 1836, I, 117).

(33) C. N., art. 2092.

(34) Rennes, 13 novembre 1810 (Dev., 3, II, 256) ; Rouen, 25 décembre 1812 (Dev., I, II, 222).

(35) Cass., 8 juillet 1850 (Dev., 1851, I, 38).

cession, on ne fait encore que rester dans le même ordre de principes juridiques : car vis-à-vis du représentant du défunt, le légataire n'est qu'un créancier ordinaire (36), sauf le cas où il met en exercice l'hypothèque que lui confère l'art. 1017. Du reste, beaucoup d'auteurs (37), chez nous, font une exception à cette règle, pour les jugements rendus sur la validité du testament, contre l'héritier institué par ce testament ; et cela, par la raison très-simple que les légataires ne tirant plus aujourd'hui leur droit que du testateur et non plus de l'héritier, la nullité de cette institution n'empêche pas le legs de sortir son plein et entier effet ; que si l'héritier est débiteur du legs, c'est plutôt *propter rem*, comme détenteur des objets légués, que comme obligé personnellement ; qu'enfin l'adversaire de l'héritier, lorsqu'il fait juger la nullité de l'institution, donne évidemment à sa demande un autre objet que lorsqu'il fait juger celle du legs contre le légataire : par suite le premier jugement ne saurait avoir autorité à l'égard du second, en raison de l'absence d'identité d'objet.

A Rome, on le sait, il en était autrement, et la sentence rendue contre l'héritier qui revendiquait la succession, était complètement opposable au légataire :*quum legata quidem aliter valere non possunt quam si testamentum ratum esse constaret* (38). Pourtant il paraît que le légataire pouvait appeler d'un jugement injuste, si l'héritier, par fraude, négligence ou ignorance ne l'avait pas fait, dans le cas où cette voie était ouverte (39).

Mais le principe de dépendance des legs par rapport à l'institution d'héritier n'empêchait pas les Romains de décider sans peine que la chose jugée avec l'un des légataires n'était en aucune façon opposable à ses colégataires (40) : et « la raison de cette différence » dit Pothier lui-même (41) « est que le droit des colégataires ne dé-

(36) Nîmes, 13 février 1807 (*Dev.*, 2, II, 199).

(37) Poncelet, *Traité des jugem.*, n° 316 ; Toullier, VIII, 212 ; Duranton, XIII, 516 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, texte et note 48 ; Dalloz, *op. cit.*, n° 263, etc.

(38) L. 3, pr., in fine, D. de pign. et hypoth.

(39) L. 50, § 1, D. de leg. I ; L. 14, D. de appellat. — Cette explica-

tion est la seule capable de faire disparaître l'antinomie entre la loi 3, *De pign.*, et la loi 50, *De leg.*, que Cujas (*Obs.* II, 17) désespérait de concilier sans correction. Voy. la-dessus : Hérald, *De auct. rei jud.*, ch. II, n° 1 ; *Thesaur. d'Otto*, t. VII, p. 1063 et suiv. ; Vangerow, *Lehrbuch der Pand.*, § 173, rem. VI, 6.

(40) L. 4, D. de exc. rei jud.

(41) Pothier, *op. cit.*, n° 910. —

« pend pas du droit de celui de leurs colégataires contre qui le jugement a été rendu, au lieu qu'il dépend du droit de l'héritier institué : *quum ab institutione hæredis pendent omnia quæ testamento continentur* » ; à plus forte raison doit-il en être de même chez nous qui n'admettons plus même la différence signalée par Pothier.

— Arrivons à présent aux *matières réelles* : nous y trouverons de graves difficultés, des controverses extrêmement animées, et provenant principalement de cette tendance qui porte trop facilement les auteurs à résister instinctivement à admettre que la chose jugée n'implique qu'une vérité relative, limitée quant aux personnes et quant aux choses. Il s'agit ici des restrictions au principe de la représentation, en tant qu'on considère l'époque où se place le fait qui lui a donné naissance : en d'autres termes, et pour descendre aux spécialités, pourra-t-on dire, par exemple, que l'acheteur, l'échangiste, l'usufruitier, le créancier hypothécaire ou antichrésiste, et tous autres successeurs particuliers de ce genre, représentent le vendeur, le coéchangiste, le nu-propriétaire, le débiteur, etc., dans tous les cas possibles, d'une manière absolue, et sans avoir égard à l'époque où ont eu lieu la vente, l'échange, la constitution d'usufruit, etc. ; et s'il n'en est pas ainsi, dans quels cas cette représentation sera-t-elle admise ?

Trois hypothèses sont possibles : 1^o ou ces actes sont postérieurs au jugement dont on veut leur opposer l'autorité ; 2^o ou ils viennent se placer entre la demande et le jugement ; 3^o ou ils sont antérieurs à l'une et à l'autre. Ces positions méritent chacune un examen particulier.

1^o Dans le premier cas évidemment la représentation doit être complète, l'auteur n'ayant pu transmettre à ses successeurs qu'un droit augmenté ou amoindri par le jugement prononcé pour ou contre lui ; donc les successeurs pourront l'invoquer, de même qu'on pourra l'invoquer contre eux (42).

2^o La question n'est plus aussi simple dans la seconde hypothèse ;

Un arrêt de la Cour de cassation a donc pu décider avec raison que la tierce-opposition est recevable de la part du légataire particulier, contre un arrêt qui a adjugé, en son absence, à ses colégataires, le reliquat d'un

compte dû par l'héritier ou légataire universel, sans que ce légataire particulier ait été appelé ni mis en cause. (Cass., 22 août 1817 ; *Dev.*, 8, 1, 672). (42) Cass., 22 juin 1837 (*Dev.*, 1837, 1, 776).

elle n'a pourtant en général que peu attiré l'attention des auteurs; et cependant il résulterait d'une jurisprudence assez constante que l'acquéreur qui serait lié par les décisions rendues avant l'époque de la transmission, ne l'est plus lorsque cette transmission s'est opérée depuis l'introduction de l'instance, avant le jugement (43) et même avant l'arrêt confirmatif de la sentence des premiers juges (44). Or, nous n'hésitons pas à le dire, cette doctrine porte à faux : elle est contraire aux lois romaines, contraire aux anciennes pratiques, et inconciliable avec l'effet rétroactif que notre droit attache aux décisions judiciaires.

En effet Ulpien, dans une espèce qu'il se pose à ce propos, n'a égard qu'à l'époque de la demande, nullement de la sentence; et il enseigne en conséquence que la chose jugée sortira, en pareil cas, son plein et entier effet (45). Nous lisons aussi dans Pothier (46) ce passage significatif : « On peut opposer au successeur le jugement rendu contre son auteur, pourvu néanmoins qu'il n'ait succédé à son auteur que *depuis le procès* sur lequel a été rendu le jugement contre son auteur; » Pothier n'a pas dit *depuis le jugement*, donc les mots *depuis le procès* signifient manifestement *depuis la demande*; et pareille interprétation peut être faite des mêmes expressions qui se retrouvent un peu plus bas, même numéro, dans un exemple cité à l'appui de ces principes. D'ailleurs il nous semble que les motifs donnés pour la solution de la première hypothèse, doivent encore militer aussi puissamment pour celle-ci; car dire que l'acquéreur est lié par les jugements rendus avant l'époque de l'acquisition, en raison de ce que l'auteur ne lui a pu transmettre que des droits grevés de cette décision, n'est-ce pas reconnaître également qu'il sera engagé dans les instances entamées à propos de l'objet acquis, puisqu'il s'est soumis, par son titre, à l'obligation de subir l'état actuel des choses, qui forme pour lui une condition plus ou moins résolutoire, c'est-à-dire restrictive, sinon destructive de ses droits? Le contrat judiciaire qui oblige son auteur à cet égard, doit l'enchaîner également, comme si la convention passée entre eux plus

(43) Cass., 8 mai 1810 (*Dev.*, 3, I, 481); Bordeaux, 19 août 1810 (*Dev.*, 1811, II, 7), etc.

(44) Cass., 25 mars 1828 (*Dev.*, 2, I, 61).

(45) L., 41, § 10, D. *De exc. rei jud.*

(46) *Op. cit.*, n° 204.

tard, l'avait formellement exprimé; et la décision qui, quant à ses effets, eût retroagi pour l'auteur au temps de la demande, doit pour ces raisons remonter à la même époque, au regard de l'acquéreur.

Ces raisons n'ont pas paru concluantes à deux auteurs, MM. Dalloz et Bonnier; ils ont surtout critiqué les conséquences de la rétroactivité des décisions judiciaires, fiction dont notre système n'aurait fait, selon eux, qu'une application abusive (47), et qui conduirait à « paralyser les effets d'un acte authentique portant transmission de propriété, et à le faire céder à la simple litiscontestation, c'est-à-dire à un acte duquel il ne peut résulter que de simples expectatives (48) »; que bien qu'il en fût autrement à Rome où la *litiscontestatio* emportait novation, on voit cependant Papinien (49), plus explicite dans son opinion qu'Ulpien dans la sienne, ne s'attacher en tout ceci qu'à l'époque de la sentence; qu'ensuite les paroles de Pothier, si elles ont le sens qu'on leur attribue, ne prouveraient en tous cas plus rien aujourd'hui, alors que d'après le propre témoignage de Merlin (50), invoquant l'autorité même d'une jurisprudence bien antérieure à l'époque de l'éminent jurisconsulte, cette règle serait depuis longtemps tombée en désuétude. Enfin M. Bonnier à qui l'on doit principalement cette argumentation, la termine par ces mots: « Il nous semble bien dangereux en effet, « d'attribuer la faculté de représenter le véritable intéressé à une « personne qui souvent n'aurait plus d'intérêt dans l'affaire, n'étant « point tenue à la garantie, par exemple s'il s'agit d'une donation; « ou ayant dissipé le prix de la cession, si elle a eu lieu à titre oné- « reux. Aucun texte de nos lois ne donne à la demande judiciaire « l'effet d'un contrat qui soit de nature à lier les tiers. Il convient « donc de considérer comme *res inter alios acta*, vis-à-vis du ces- « sionnaire de l'objet en litige, ce qui a été jugé vis-à-vis du cédant « postérieurement à la cession. »

A tout cela voici notre réponse: Nous pourrions peut-être écarter l'argument des textes romains, et renoncer nous-même aux avantages que l'on en peut tirer, si nous faisons observer qu'il semble

(47) Bonnier, *Traité des preuves*, 2^e édit., n° 778.

(48) Dalloz, *op. cit.*, n° 217, in fine.

(49) L. 29, § 1, D. De *exc. rei jud.*

(50) *Répert.*, 1^{re} Question d'état, § 3, art. II, n° 3.

résulter de la manière dubitative dont Ulpien nous présente sa solution, que la question était controversée même à Rome; mais à l'adversaire qui ne voudrait pas souscrire à cette concession réciproque, nous prouverions encore facilement que les paroles de Papinien ne sont pas plus favorables à sa manière de voir que celles d'Ulpien. Effectivement le jurisconsulte, qui suppose dans la loi 29, *De exc. rei jud.* une contestation engagée entre un tiers et un débiteur qui a concédé un droit de gage sur sa chose, nous dit seulement que le créancier ne sera pas réputé substitué à son débiteur, *quum pignoris contentio sententiam præcesserit....* Qu'est-ce à dire, et cela prouve-t-il le moins du monde qu'il ne serait pas représenté par ce débiteur, si la contention avait suivi la *litiscontestatio*, pourvu d'ailleurs qu'elle eût précédé la sentence? donc il est avéré qu'on ne peut pas se prévaloir de ce passage. — On nous cite ensuite l'opinion de Merlin sur l'ancienne jurisprudence; nous avons sans doute pour l'autorité de l'éminent magistrat la plus grande déférence: mais entre lui et Pothier, le parti à prendre n'est pas douteux, et nous croirions faire injure à ce dernier, en ajoutant foi au témoignage de l'homme qui parlait d'une époque où il ne vivait point, par préférence au témoignage de celui qui nous rendait compte de ce qu'il voyait pratiquer tous les jours sous ses yeux. Au surplus un examen plus approfondi du passage de Merlin tendrait plutôt à établir qu'il a été mal compris par ceux qui l'ont cité: car il y parlait d'un jugement rendu contre un père sur une question de filiation, et qui obligeait, en Droit romain, également l'enfant né pendant l'instance; le tout en vertu de ce principe plus ou moins certain, que la sentence qui terminait une contestation entre deux parties, était à l'abri de toute atteinte de la part du tiers qui aurait eu un intérêt engagé dans l'instance, parce qu'une contestation ne devait jamais être jugée qu'entre les parties entre qui elle avait été primitivement engagée (51). Mais, si Merlin ajoute que cette règle est tombée en désuétude, c'est parce que, liée à la théorie romaine touchant les *légitimes contradicteurs* en matière d'état (52), elle devait avoir disparu avec cette théorie elle-même, qui n'était plus admise dans le Droit français moderne. C'est donc à

(51) Const. 2, C. *De litig.*, et Voet, *Comm. ad tit. D. De litig.*, n° 1.

(52) Voy. sur cette matière: *infra*, ch. IV, § 3, n° II.

cela seul que Merlin fait allusion, en parlant de cette désuétude : il est vrai qu'un peu plus bas il enseigne la doctrine même contre laquelle nous nous élevons en ce moment ; mais il n'en reste pas moins acquis que les mots dont M. Bonnier voulait s'emparer, n'ont aucune valeur, en tant qu'il s'agit de démontrer la tendance de l'ancienne jurisprudence, dans notre matière.

Tous ces arguments d'ailleurs ne détruisent nullement l'importance que nous attachons à la rétroactivité des jugements, que la loi consacre évidemment, en attachant à la demande des effets interruptifs de prescription et productifs d'intérêts ; et M. Bonnier n'ajoute rien à son argumentation, lorsqu'il nous dit qu'aucune loi n'investit cette demande d'efficacité contre les tiers : car il ne fait là qu'une pétition de principes, puisqu'il s'agit précisément de savoir si, dans les hypothèses en question, le successeur est ou n'est pas un tiers. Enfin, que l'extension proposée puisse offrir du danger dans l'espèce qu'il signale, cela est possible, mais n'est pas un argument juridique, et à ce titre n'appelle aucune réplique.

Disons donc que la transmission opérée et accomplie depuis l'introduction de l'instance et avant le jugement, devra subir le sort de celle qui le serait postérieurement à cette époque, et que le successeur particulier est représenté par son auteur, dans tous les procès soutenus dans ces conditions.

3^e Supposons enfin que la transmission ait eu lieu avant la demande : le jugement qui s'en est suivi, sera-t-il encore opposable au successeur ? Il semble bien que non ; car il en est des décisions judiciaires comme des conventions, qui ne sauraient avoir effet à l'égard des tiers en possession de droits réels, que si elles sont antérieures à l'époque où ces droits sont devenus opposables à ceux qui n'ont pas concouru à leur établissement ; c'est en effet ce qui est admis sans difficulté par les auteurs et tous les tribunaux, pour les droits de propriété, d'usufruit et autres démembrements de ce genre (53). Mais doit-on décider de même pour l'hypothèque, et

(53) Ainsi on a reconnu que la chose jugée contre le vendeur n'oblige pas l'acquéreur, dans notre hypothèse : Voy. Cass., 19 août 1818 (*Dev.*, 5, 1, 521) ; Cass., 25 mars 1823 (*Dev.*, 9, 1, 62) ; Douai, 5 juin 1820 (*Dev.*,

6, 11, 269) ; — et spécialement que la chose jugée contre l'héritier n'était pas opposable au cessionnaire antérieur de ses droits successifs : Voy. Paris, 20 brumaire an XI (*Dev.*, 1, 11, 99).

dire que le résultat d'un procès postérieur à la constitution de ce droit réel nuira au créancier hypothécaire qui n'a pas été partie dans ce procès? Ici les scrupules commencent à s'élever, et nombre d'auteurs (54) ne résolvent plus la question dans cette matière comme dans les autres; la jurisprudence présente la même anomalie. D'où vient donc cette divergence? quelles sont les raisons qu'on a avancées pour la justifier? est-elle soutenable, et n'offre-t-elle pas des dangers pratiques? Nous aurons à nous expliquer, sur tous ces points, dans la discussion à laquelle nous allons nous livrer, et on nous pardonnera de l'avoir un peu étendue, en considération des autorités imposantes que nous comptons parmi nos adversaires.

« Rien de plus difficile que cette question » dit M. Proudhon, dans son traité *De l'usufruit*, « si elle devait être encore aujourd'hui résolue d'après le texte des lois romaines, puisqu'elles sont là-dessus d'une telle divergence, que le premier jurisconsulte des temps modernes n'a pas pu venir à bout de les concilier, en les ramenant à un seul système. » Pour nous, sans prétendre accorder ici aux lois romaines une autorité que notre nouveau système hypothécaire leur a enlevée en partie dans cette matière, ce qui doit rendre l'interprète extrêmement circonspect dans leur application, nous croyons que les deux éminents jurisconsultes se sont bien exagéré l'obscurité et la contradiction de ces passages; et nous allons essayer de démontrer que les Romains eux-mêmes n'ont pas plus manqué de logique ici qu'ailleurs.

Et d'abord nous voyons beaucoup de textes consacrer la distinction que nous avons proposée, entre l'époque antérieure et l'époque postérieure au jugement, et ne donner effet à l'exception *rei judicatee* que dans ce dernier cas. Ainsi la loi 11, § 10, D. *h. l.*, prévoyant l'hypothèse d'une constitution de gage, paralyse l'action *pignoratitia* du créancier, qui n'a contracté qu'à une époque postérieure à la revendication intentée sans succès par le débiteur contre

(54) Merlin, *Rép.*, v^o Tierce-opp., § II, art. 3; Proudhon, *Usufr.*, n^{os} 43 02 à 4307; Favard, *Rép.*, v^o Ayant-cause; Berriat-S'-Prix, *Proc. cit.*, p. 499, note 11; Carré, *Proc. cit.*, n^o 1713; Thomine-Desmazures, *Proc. cit.*, n^o 516; Bonnier, *op. cit.*, n^o 776. — Proudhon (*Usufr.*, n^o 4305)

est le seul qui étende cette doctrine aux servitudes comme aux hypothèques; mais il ne paraît pas y être resté fidèle, car dans deux autres passages (n^{os} 1298 et 2749), il enseigne que, pour l'usufruitier et l'usager, le jugement rendu avec le propriétaire est *res inter alios acta*.

un tiers, tandis qu'elle la lui conserve intacte, lorsque la constitution de gage est antérieure à la revendication. Les lois 29, § 1, 28 et 11, § 9, sont conçues dans le même esprit. Mais en voici venir une autre que l'on a prétendue en désaccord avec la première que nous citions; c'est la loi 3, pr., D. *De pign. et hypoth.* *Si superatus sit debitor, y est-il dit, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, neque servanda erit creditori actio Serviana probanti, res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse; sed et si rictus sit debitor vindicans hæreditatem, judex actionis Servianæ, neglecta de hæreditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debebit.....* Selon Pothier et Toullier (55), il s'agirait ici uniquement du cas où un jugement rendu contre un débiteur et qui a reconnu à un tiers un droit de propriété, doit être opposable au créancier gagiste ou hypothécaire du premier, même s'il est antérieur; et le texte, tout en l'obligeant à tenir pour vraie cette décision, lui permettrait d'agir encore par l'action Servienne ou hypothécaire, s'il pouvait invoquer en faveur de son droit, un ancien droit de propriété que le débiteur aurait eu à l'époque de la constitution du gage ou de l'hypothèque: ce qui, au lieu de présenter une question de chose jugée, ne serait en fin de compte qu'une application plus ou moins compliquée de cette double règle banale, que l'hypothèque ou si l'on veut l'action qui la protège se donne contre les tiers détenteurs, pourvu que le droit dérive d'une personne capable de disposer. C'est encore au moyen de cette explication, que Merlin (56) prétend concilier cette loi avec la loi 11, § 10, *De exc. rei jud.*; et il croit voir une preuve de la justesse de cette manière de voir, dans cette circonstance que, d'après la loi 3, le créancier a seulement succombé faute d'avoir établi que l'objet hypothéqué appartenait au débiteur, dans le temps où l'hypothèque a été constituée; tandis qu'en faisant cette preuve, il conservera son action intacte.

Mais ce qui démontre péremptoirement que cette interprétation porte à faux, c'est la fin de la loi 3: Papinien, en effet, passant alors au cas où les biens engagés ou hypothéqués font partie d'une succession, qui est l'objet d'une revendication ultérieure mais infructueuse de la part de l'héritier, dit que le juge appelé à statuer

(55) Pothier, n° 901; Toullier, X, 199.

(56) Voy. le passage cité à la note 51.

sur l'action Servienne ou hypothécaire, examinera seulement si le gage ou l'hypothèque a été valablement constituée (*pignoris causam inspicere debet*), c'est-à-dire examinera si le débiteur était propriétaire à l'époque de la constitution, sans s'inquiéter de ce qui a été précédemment jugé sur la pétition d'hérédité (*neglecta de hereditate dicta sententia*). Qu'en conclure, sinon que ce qui est jugé entre les deux héritiers compétiteurs, n'est point jugé à l'égard du créancier hypothécaire ? parce que celui-ci ne saurait être engagé par le fait d'un débiteur qui peut-être par dol s'est mal défendu ; d'un débiteur qui, tout en ayant été son auteur, lui a désormais conféré un droit distinct et indépendant des vicissitudes de la propriété de la chose. Ainsi entendu, il n'y a aucune difficulté de rapprocher ce texte de celui de la loi 41, § 10, qui au contraire doit servir à compléter le précédent, en indiquant aux juges les moyens propres à décider de la validité de l'hypothèque.

Nous aurons pareillement fait disparaître toute l'antinomie de la loi 63, D. De *re judic.* qui a été également bien peu comprise, en montrant qu'elle déclare le créancier obligé par le jugement rendu contre le débiteur, dans un procès où le premier s'est abstenu d'intervenir, quoique y étant intéressé ; mais où, par suite d'un accord existant entre eux deux, il a tacitement consenti à se laisser représenter en justice : car il est aisé de voir que cette exception ne fait que confirmer la règle ; et nous verrons un peu plus tard, que ce même texte est tout aussi applicable à l'acheteur qui, déjà en possession, a laissé son vendeur engager la question de propriété avec un tiers, hypothèse où aucun de nos adversaires n'a essayé de défendre l'autorité d'un jugement postérieur à l'acquisition. — Il y a bien encore au Code la Const. 5, De *pign. et hypoth.*, qui déclare non opposable au créancier hypothécaire le jugement rendu par collusion ; mais ici encore, les auteurs que nous combattons n'ont pas même essayé d'en tirer parti, par un de ces arguments *a contrario*, toujours si commodes, quoique si peu concluants : si l'on en excepte pourtant M. Bonnier, qui en infère que l'instance conduite sans fraude serait préjudiciable à ce créancier. Pour notre compte, nous préférons ne voir ici que l'application du principe déjà connu, que l'auteur qui agit avec dol, ne peut lier ses ayants-cause, et décider, avec M. Duranton (57), que la circonstance de la

(57) *Cours de dr. fr.*, III, 57.

collusion est une raison de plus pour ne pas donner au jugement force de chose jugée.

Reconnaissons donc que les lois romaines ne présentent point cette incohérence, cette antinomie dont, trop légèrement peut-être, on les a accusées, et que, si peu de valeur qu'on veuille leur accorder dans l'intérêt de notre opinion, on se trouvera pourtant forcé d'avouer qu'il est impossible de s'en faire une arme contre elle.

Passons actuellement à l'examen critique de la théorie de nos adversaires. C'est à Merlin surtout qu'on en doit l'introduction chez nous; c'est lui qui en a présenté à l'appui les arguments les plus solides, et qui, dans un réquisitoire remarquable prononcé dans l'affaire jugée en cassation, le 12 fructidor an IX (58), a engagé la jurisprudence dans une voie qu'elle paraît vouloir abandonner bien difficilement. Au surplus, la plupart de ces arguments sont plus spécieux que probants, et se résolvent presque tous en pétitions de principes.

Celui que nous voyons le plus fréquemment présenté dans cette discussion, consiste à dire que l'hypothèque, quoique droit réel, n'est pas un démembrement de la propriété; que par suite le débiteur qui est investi de tous les droits et actions qui lui compétent en sa qualité de propriétaire, a aussi seule qualité pour y défendre: puisque étant seul resté en possession, c'est aussi lui seul que le tiers revendiquant est censé connaître et doit attaquer; en un mot, qu'il est le seul contradicteur légitime, même au regard de ceux auxquels il lui aurait plu de concéder des droits réels sur sa chose. Cette idée-mère, comme nous pourrions l'appeler, est devenue le point de départ des autres arguments dont on a fait usage dans la discussion. Aussi Merlin, en poussant ses prémisses jusqu'à leurs dernières conséquences, arrive-t-il à dire que, puisque le créancier n'a aucun droit, aucune participation à la propriété de l'immeuble, il doit rester totalement étranger au procès engagé par le débiteur touchant cette propriété: en conséquence, il dit dans son réquisitoire (dont il a rapporté la teneur au passage de son Répertoire que nous avons indiqué plus haut): «...Un créancier, même avec hypothèque spéciale, est nécessairement l'ayant-cause de son débiteur; c'est de son débiteur qu'il tire son droit. Il n'est créancier

« hypothécaire que parce que son débiteur lui a affecté ses biens ;
 « mais, en les lui affectant, il ne l'en a rendu ni copropriétaire, ni
 « usufruitier : il ne lui a donné qu'un droit subordonné à sa pro-
 « priété personnelle ; et s'il vient à être jugé avec le débiteur que
 « sa propriété n'existe pas, ou qu'elle est dans le cas d'être résolue
 « par l'effet d'une cause inhérente au titre même d'où elle dérive,
 « alors il faut bien que l'hypothèque du créancier s'évanouisse avec
 « elle : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

Laissons pour un instant ces paroles de côté, et appliquons-nous au préalable à l'idée première, au pivot de toute l'argumentation. Nous pourrions soutenir que l'hypothèque est un démembrement de la propriété, et que par suite elle est plus ou moins indépendante de celle-ci : mais accordons qu'elle n'en est pas, et étendons cette proposition même à l'usufruit et aux autres servitudes ; en nous autorisant de l'esprit d'antagonisme, de réaction contre les idées féodales, qui avait porté les premiers législateurs depuis 1789 à supprimer cette foule de démembrements si fréquents dans l'ancien droit, esprit dont étaient certainement encore animés les rédacteurs de nos Codes. Mais il est toujours impossible de disconvenir que l'hypothèque est au moins un droit réel, affectant l'immeuble lui-même dans quelques mains qu'il passe ; et le propriétaire, dont le bien est grevé d'une semblable charge, voit s'enlever par là certainement un de ses avantages qui lui importait le plus : le droit de faire vendre le fonds et d'en toucher le prix, quand bon lui semble. Cet avantage qui a passé au créancier, constitue pour lui un droit *sui generis*, garanti et mis en exercice par une action particulière, dévolu à lui seul, qui ne peut être compromis par le débiteur, parce qu'il ne peut être exercé par lui. Comment pourra-t-on alors soutenir, avec Proudhon (59), que ce débiteur est le mandataire des créanciers, chargé d'agir et de défendre dans leur intérêt ; et tout cela seulement, parce qu'un homme, en contractant des dettes, ne se prive pas de l'administration de ses biens ? Cette raison, si elle en est une, n'est qu'une équivoque, en ce qu'il faudrait dire de quelle espèce de dettes on entend parler ; et si l'auteur confond les créanciers chirographaires avec les créanciers hypothécaires (comme on pourrait le penser, à la lecture du n° 1305 de son traité *De l'u-*

(59) *Tr. de l'Usufr.*, n° 1304.

su/rnit), sous prétexte « que les uns ne peuvent pas avoir plus de droits que les autres à l'égard du tiers qui vient revendiquer », il tombe dans une grave erreur sur les principes mêmes, parce qu'il est incontestable que la règle qui partage entre tous les créanciers, au marc le franc, les biens des débiteurs formant leur gage commun, n'est vraie qu'en ce qui concerne les créanciers chirographaires : car c'est vis-à-vis d'eux seulement que le débiteur conserve la libre administration de ses biens, et c'est pour eux seulement qu'il sera le contradicteur légitime, mandé pour agir contre les tiers ; quant aux créanciers hypothécaires, qui ont un droit réel propre et distinct de celui de leurs coïntéressés (à la différence du droit de gage général compétant aux autres, et qui n'est qu'une prétention éventuelle sur le patrimoine), ils doivent en jouir indépendamment des actes ultérieurs du débiteur, parce que leur hypothèque s'attache immédiatement et irrévocablement aux biens sur lesquels elle est constituée.

Merlin a cru trouver un appui pour sa manière de voir, dans l'ordonnance de 1669 ; on y lit en effet un article ainsi conçu (60) : « Les arrêts et jugements en dernier ressort ne pourront être rétractés que par lettres en forme de requête civile, à l'égard de ceux qui y auront été parties ou dûment appelés, et de leurs héritiers ou ayants-cause » ; l'expression *ayant-cause*, dans ce système, s'entendrait alors précisément des créanciers hypothécaires. Mais rien ne prouve, au contraire, qu'on n'ait pas voulu limiter exclusivement la décision aux créanciers chirographaires. Pareille réponse est à faire à une autre citation du savant magistrat, à un arrêt du Parlement de Paris, en date du 22 février 1701, qui aurait jugé que « les créanciers de celui avec qui des arrêts ont été rendus, ne peuvent s'y opposer, non plus qu'aucun ayant-cause du débiteur. »

Maintenant, en jetant les yeux sur la fin du fragment du réquisitoire de Merlin, que nous rapportons plus haut, nous y trouvons encore cette théorie : que le jugement ne fait que déclarer des droits préexistants, tandis que la convention crée des droits nouveaux ; qu'ainsi, lorsqu'il vient à être jugé que le débiteur n'était

(60) Tit. XXXV, art. 1^{er}.

pas propriétaire, la chute de la propriété entraîne la chute de l'hypothèque, par application de la règle : *resoluto jure dantis.....* etc. Or, cet argument prouve trop, ou il ne prouve rien du tout ; il prouverait trop, s'il était vrai : car il n'y aurait pas de raison pour ne pas admettre alors non plus l'extinction des autres droits réels, servitudes, emphytéose, etc., qui grèveraient l'immeuble, et Merlin lui-même ne va pas si loin ; mais il ne prouvera rien contre la réplique toujours irrésistible du créancier, soutenant que son droit est antérieur au procès dont on invoque le résultat, et que par suite il ne pourra lui être opposable. Tout cela n'est donc qu'une pétition de principes, puisqu'il s'agit toujours, en définitive, de savoir s'il existe contre le créancier un jugement qui puisse lui nuire ; si ce qui est jugé contre le débiteur l'est aussi contre lui, et ce créancier soutient précisément qu'il ne doit subir que les charges existantes avant l'époque de la concession d'hypothèque.

Nos adversaires, à défaut d'arguments juridiques, en sont allés chercher dans la pratique des choses : ils ont insinué que les textes romains eux-mêmes n'avaient édicté une doctrine conforme à la nôtre, que dans le cas où le débiteur aurait colludé avec la partie adverse ; comme s'il était possible que ces jurisconsultes eussent omis dans tous les fragments qui nous en ont été conservés, une circonstance aussi capitale, et que l'on est obligé de chercher dans une constitution de Caracalla (61), pour l'opposer aux textes classiques. Nos adversaires ont encore trouvé gênant pour le plaideur en revendication, absurde même au point de vue des conséquences pratiques, d'être obligé de mettre en cause dix, vingt, cent créanciers hypothécaires, et multiplier ainsi à l'infini les frais de procédure, sous peine de voir le litige s'éterniser, grâce à la faculté qu'on accorderait à tous ceux qui n'auront pas été appelés, de recommencer la contestation en ce qui les concerne ; comme si le système qu'on propose en échange n'était pas bien plus destructif du crédit public : alors que le débiteur déjà insolvable, et atteint de cette indifférence que l'on remarque chez tous ceux qui considèrent le peu qui leur reste comme devant être infailliblement la proie de leurs créanciers, ne trouverait plus qu'un médiocre intérêt à

(61) Const. 5, C. De pign. et hypoth.

se défendre dans les procès où un défendeur sérieux aurait pu facilement triompher, ou même, usant de manœuvres frauduleuses et convenues avec son adversaire, se laisserait condamner, pour partager ensuite ensemble le fruit d'une collusion presque toujours impossible à prouver, sinon à découvrir. Dira-t-on alors que les créanciers hypothécaires devront souffrir de toutes ces circonstances, sans avoir le moyen de s'y soustraire? et tout cela au nom de je ne sais quel embarras de procédure, nécessitant un surcroît de frais plus ou moins considérables, et qui d'ailleurs se retrouve bien en d'autres matières, telles que les ordres et distributions par contribution; sans compter qu'à Rome il devait être bien aggravé en raison de la nature occulte de l'hypothèque! Et cependant les Romains appliquaient sans difficulté la doctrine que nous défendons, aux créanciers hypothécaires tout aussi bien qu'aux autres détenteurs de droits réels; et cependant c'étaient de grands praticiens qui, sans rejeter les théories philosophiques, cherchaient avant tout à profiter du côté pratique et avantageux d'un principe, en l'élaborant au creuset de l'expérience journalière, et en le faisant plier successivement aux exigences toujours nouvelles des besoins sociaux.

Tels sont à peu près les arguments les plus puissants que deux auteurs éminents, M. Marcadé et surtout M. Valette (62), ont fait valoir sur cette question; et nous avons cherché à en présenter la substance, de la manière la plus complète que possible: c'étaient surtout les nombreux arrêts (63), fidèles imitateurs de la doctrine de Merlin, qui avaient décidé ces auteurs à prendre la plume dans cette controverse; aussi exprimaient-ils tous deux l'espoir de donner un autre cours à cette jurisprudence si pleine de dangers. Leur parole semble avoir été écoutée, car un arrêt récent de la Cour de cassation (64) a adopté leur doctrine, et il ne nous reste plus, pour notre compte, qu'à exprimer le désir que la Cour suprême ne s'en écartera plus désormais.

(62) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 8, I, 417; Cass., 16 mars 1811 (*Dev.*, 1351, n° XII; Valette, *Revue de dr. fr. et étr.*, t. I (1811, p. 27 et suiv. 1811, I, 749; Bourges, 27 messidor an XIII (*Dev.*, 2, II, 74).

(63) Cass., 12 fructidor an IX (*Dev.*, 1, I, 520); Cass., 16 juin 1811 (*Dev.*, 3, I, 362); Cass., 21 août 1826 (*Dev.*, 1850, I, 49).

(64) Cass., 23 août 1849 (*Dev.*, 1850, I, 49).

Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une femme qui réclamait son hypothèque légale sur des immeubles donnés au mari par contrat de mariage et sous condition de survie de son côté. Le mari étant mort avant les donateurs et la donation étant devenue caduque par ce seul fait, l'hypothèque devait aussi s'évanouir, bien entendu en tant que la condition n'eût été que suspensive. Deux arrêts de la Cour de Paris avaient du reste successivement statué en sens inverse, sur la validité de cette donation, en donnant à la condition tantôt le caractère suspensif, tantôt le caractère résolutoire. Mais la femme soutenait qu'ils ne pouvaient acquérir force de chose jugée contre elle, en sa qualité de créancière hypothécaire; et la Cour de Limoges, appelée à juger cette dernière question, repoussa l'autorité des deux arrêts de Paris, sur le motif que la femme n'avait figuré à cette époque que comme tutrice de ses enfants mineurs, et qu'aujourd'hui elle excipait d'un droit d'hypothèque antérieur aux deux instances débattues devant la Cour de Paris (65); puis, statuant sur la validité de l'hypothèque, elle la déclara efficace, en attribuant à la condition un caractère résolutoire sans effet rétroactif. Et le pourvoi en cassation dirigé contre cet arrêt ne fut pas admis.

— S'il est certaines hypothèses où l'acquéreur n'est pas lié par les décisions rendues contre l'auteur, il n'en est plus aucune, lorsqu'il laisse sciemment ce dernier conduire le procès comme partie principale, sans intervenir lui-même dans l'instance (66). Mais il faut pour cela que son droit sur la chose soit de telle nature, que lui puisse être considéré comme immédiatement engagé, comme le premier intéressé dans la décision à intervenir; c'est la raison pour

(65) On pourrait peut-être, en s'emparant de notre doctrine (ci-dessus développée, n° II), sur les changements de qualités, sous lesquelles figure en justice une même personne, soutenir que, la femme se présentant dans les deux instances revêtue de qualités différentes, mais réunies sur sa tête dès le principe, devait respecter la chose jugée contre elle en sa qualité de tutrice: mais il faut remarquer que, dans le passage précité, il s'agit uniquement du cas où la personne se

présente dans les deux instances en son propre nom et comme partie principale, et non point comme mandataire. D'ailleurs il ne paraît pas que ce moyen ait été plaidé; et l'eût-il été, même avec succès, c'est qu'il ne prouverait encore rien contre le parti que l'on peut tirer de cet arrêt, dans la présente question.

(66) Cass., 2 mai 1811 (*Dev.*, 3, 1, 358); Cass., 16 février 1830 (*Dev.*, 9, 1, 453).

laquelle l'inverse n'a point lieu, et que l'auteur qui laisse l'acquéreur figurer seul dans l'instance, ne saurait être forcé de s'incliner devant le jugement. D'un autre côté, l'auteur, qui n'a en général qu'un intérêt éventuel engagé dans l'affaire, en raison du recours en garantie auquel la condamnation de l'ayant-cause peut donner lieu, s'il a géré tout seul le procès, sera obligé définitivement par le jugement, au cas où l'acte d'aliénation intervenu entre eux deux viendrait à être annulé ou révoqué, quoiqu'il n'ait été ici que le défenseur de son ayant-cause.

Remarquons au surplus que la chose jugée ne ferait jamais loi pour l'acquéreur, si la partie qui figurait dans l'instance n'avait aucun intérêt, et par suite aucune qualité pour procéder en son nom. Car l'acte du gérant, l'opération faite par l'auteur en pareil cas, n'est qu'une gestion d'affaires; et le gérant d'affaires n'oblige le maître à l'égard des tiers, que lorsque l'opération a été utile à ce dernier ou que ses actes ont été ratifiés par lui. Et l'on ne pourrait soutenir que le gérant, en se laissant condamner, ait défendu convenablement les intérêts de l'acquéreur son ayant-cause, en même temps que l'on ne pourrait induire du silence de celui-ci aucune autorisation tacite de procéder, ni aucun acquiescement au jugement; à moins que la partie litigante, au lieu de faire valoir ses prétentions comme émanant de son propre mouvement, se soit comportée comme mandataire du véritable intéressé (67).

— Les considérations qui nous ont guidé dans l'exposé des règles touchant l'époque de la transmission opérée entre le successeur et l'auteur, doivent varier quelquefois dans l'application qu'on sera dans le cas d'en faire, lorsque les titres d'acquisition, pour devenir efficaces à l'égard des tiers, exigent quelques formalités particulières. Ainsi en matière de cession de droits incorporels et de transmission de droits immobiliers, dans tous les cas où la transcription ou l'inscription est aujourd'hui exigée (68), il est certain que l'époque à considérer pour déclarer opposable au successeur le jugement obtenu contre l'auteur, créancier cédant ou précédent pro-

(67) Brackenbost, *Die Identität und materielle Conneritat der Rechtsverhältnisse* (Göttingue, 1839), § 8, texte et notes 19 et 20. — C. Nap., art. 1375 et 1998, al. 2.

(68) L. du 23 mars 1855, art. 1er; C. Nap., art. 939 et 2131. — Voy. encore : C. Nap., art. 1690.

priétaire de l'immeuble, n'est plus le moment où l'acte est devenu parfait *inter partes*, mais celui où il a été signifié au débiteur cédé, ou accepté par lui dans le premier cas, et celui où il a été soit transcrit, soit inscrit dans le second. Ainsi le jugement qui, sur une action en revendication formée contre le vendeur ou donateur d'un immeuble, a déclaré propriétaire le tiers demandeur, sera opposable à l'acheteur ou donataire dont le titre de vente ou de donation n'a été transcrit que depuis l'introduction de la demande, lors même que la convention datât d'une époque antérieure.

IV. DU CAS OÙ LA PERSONNE FIGURE DANS UNE INSTANCE COMME COÏNTERESSÉ. — Dans les catégories de personnes que nous allons avoir à parcourir sous cette rubrique, nous en trouverons plusieurs où la chose jugée n'est efficace à l'égard des coïntéressés que lorsqu'elle peut leur être avantageuse, et non plus lorsqu'elle est de nature à leur préjudicier. La doctrine tend à généraliser outre mesure cette distinction, et nous verrons ce qu'il faut en penser. Enfin, il en est d'autres à l'égard desquels la chose jugée n'a plus aucune influence dans l'une comme dans l'autre hypothèse. Nous allons voir les points principaux de la matière.

1. Des cohéritiers. — Comme il est de principe que les dettes et obligations d'une succession se divisent de plein droit entre les héritiers, à moins que l'indivisibilité du droit n'y fasse obstacle, il est évident que le jugement rendu pour ou contre l'un d'eux, ne peut ni nuire ni profiter aux autres; et il en serait ainsi, lors même qu'on aurait pu demander et aurait demandé en effet l'intégralité de la chose à un seul des héritiers; car celui-ci ne peut être mandataire de ses cohéritiers (69), encore bien qu'il eût déclaré agir tant en son nom propre qu'au leur (70). Ce point ne fait aucune difficulté; nous verrons *infra* au n° 3, s'il faut y introduire quelque modification, au cas où la dette serait indivisible.

2. De la solidarité. — 1° Chez nous, et à la différence de ce qui se passait en Droit romain, le créancier *solidaire* n'est plus considéré dans ses rapports avec le débiteur, comme seul et unique

(69) Parl. d'Aix, 23 novembre 1639 (Brillon, I, 1^{er} Arrêt, n° 6); Cass., 21 germinal an VI, et 15 pluviose an IX (Det., I, I, 93 et 122; Cass., 21 vendémiaire an XI (Det., I, I, 703); Cass., 12 juin 1811 (Det., I, I, 507); Cass., 15 mai 1839 (Det., 1839, I, 535).
(70) Caen, 8 mai 1827 (Det., 8, II, 365).

créancier; mais il est réputé associé avec ses cocréanciers, pour tout ce qui concerne la conservation et l'augmentation de la créance; et quant à l'excédant de sa part dans cette créance, il est considéré seulement comme simple mandataire pour poursuivre et recevoir le paiement de ce qui est dû aux autres. Ces quelques principes suffisent pour résoudre la question que soulève notre matière.

On peut en inférer que chaque créancier solidaire n'est représenté par son cointéressé que dans les instances dont l'issue leur est favorable, et non plus dans celles qui ont abouti à un jugement de condamnation contre ce dernier. C'est ce qui arrive d'ailleurs encore pour le serment déferé par l'un d'entre eux au débiteur et prêté par lui (71). Toutefois cette doctrine n'a pas obtenu l'assentiment de Merlin (72); s'armant de la décision de l'art. 1199 du C. Nap., en vertu duquel la prescription est interrompue à la fois au profit de tous les créanciers solidaires, ce qui ressortait déjà de la Const. 5, C. *De duob. reis stipul.*, l'éminent magistrat, par une déduction beaucoup trop hasardée, en conclut que les jugements rendus contre le créancier solidaire, doivent participer de cette généralité quant à leurs effets, et devenir opposables à tous les autres créanciers; puis, sans repousser l'analogie que l'on signale entre la chose jugée et le serment, et qui est au surplus formellement consacrée dans le texte de la loi 1, D. *Quar. rer. act. non dat.*, il pense qu'elle offre au contraire un argument de plus en faveur de son opinion: puisque la loi 28, D. *De jurejur.*, à l'inverse de ce qu'a fait notre Code, dispose que le serment déferé par un des créanciers libère le débiteur pour la totalité de la créance, ainsi que la remise de dettes opérée par ce même créancier: autre décision qui n'a pas non plus passé dans le Code Napoléon (73). Mais cet échafaudage de raisons, étayé sur une série d'analogies et de dissemblances, peut être détruit par les mêmes moyens; car, remontant à la cause première de la diversité que l'on observe dans l'une et l'autre législation, on la trouvera nécessairement dans le principe que nous énoncions plus haut; à savoir, que le Droit romain,

(71) C. Nap., art. 1365.

(72) *Quest.*, t.^{re} Chose jugée, § 18, l. — Dans le même sens: voy. Proudhon, *Usufr.*, n.^o 1322, et Marcadé, sur l'art. 1198.

(73) Comparez: l. 2, D. *De duob. reis*, avec l'art. 1198, al. 2, C. Nap.

plus conséquent peut-être que le nôtre, n'avait égard qu'aux rapports entre le créancier solidaire et son débiteur, et qu'il ne tenait jamais compte des liens qui l'enchaînaient à ses autres coïntéressés; au lieu que notre Code a présumé une sorte de mandat tacite entre tous ceux-ci, mandat en vertu duquel ni la remise de dettes faite par un créancier, ni le serment déféré par lui, ni la prescription interrompue à son égard, ne doivent nuire à ses commettants, mais seulement opérer à leur profit; rien ne nous empêchera donc d'étendre ce principe aux jugements rendus avec le même créancier.

2^e Quant aux *débiteurs solidaires*, le principe est analogue, quoique plus complexe: effectivement chacun d'eux est aussi constitué mandataire l'un vis-à-vis de l'autre *ad perpetuandam et serrandam*, mais non *ad augendam obligationem*, parce qu'ils sont tenus les uns pour les autres du total de la dette. Mais de ce que l'obligation solidaire se compose d'autant de liens juridiques qu'il y a de débiteurs (principe tout romain, mais que le Code n'a pas conservé en ce qui concerne la solidarité entre créanciers, ainsi qu'il a été dit auparavant), il résulte qu'il faut ici faire, quant aux effets de la chose jugée, sur l'étendue et la modalité du lien, une distinction à laquelle on n'avait pas eu besoin d'avoir égard dans l'hypothèse précédente: distinction qui porte sur les moyens ou exceptions personnelles, réelles et communes que le débiteur est admis à opposer à la chose jugée contre son codébiteur.

A l'aide des premières, c'est-à-dire de celles par exemple qui proviennent des conditions du consentement, de la capacité d'un débiteur ou d'une modalité spéciale à l'obligation de ce débiteur, il est hors de doute que le codébiteur pourra toujours, selon son intérêt, accepter ou repousser un jugement rendu pour ou contre le coïntéressé; car la diversité des liens juridiques, qui oblige à avoir égard à ces exceptions, a aussi pour conséquence d'introduire une cause nouvelle dans le second procès qu'on prétendrait étouffer par l'autorité d'un jugement précédent, et c'est cette absence dans l'identité de la cause qui fait obstacle à la chose jugée. D'ailleurs il se pourrait qu'un de ces moyens personnels consistât, pour le codébiteur, à nier la solidarité; et on ne pourrait, sans tomber dans un cercle vicieux, lui opposer alors le jugement rendu contre leur prétendu codébiteur.

Mais lorsque la diversité de causes n'existe plus, en raison de ce qu'on avait invoqué dans la première instance une exception personnelle, existant au profit de tous les coïntéressés (exception commune) ou une exception réelle qui, dérivant de la nature même de l'obligation, de sa cause, de ses conditions de validité, etc. (74), est par cela seul susceptible d'être invoquée pareillement par tous; alors peut s'élever la question de savoir jusqu'à quel point le jugement rendu pour ou contre l'un d'eux, a force de chose jugée à l'égard des autres; et dans la solution de ce problème, c'est désormais seulement à la nature des rapports entre débiteurs, qu'il semble qu'il faille avoir égard. Mais ici la question est vivement disputée tant entre les auteurs que dans la jurisprudence.

Le plus ancien droit romain décidait d'une manière générale que la chose jugée avec l'un des débiteurs solidaires libérait tous ses codébiteurs (75): cela tenait à ce que la *litiscontestatio* qui s'opérait là, à l'égard d'un *judicium legitimum et in personam*, novant l'obligation du débiteur actionné (76), éteignait forcément celle de ses coïntéressés, puisqu'une seule et même stipulation les liait tous à l'égard du créancier (77); il n'y avait donc en pareil cas aucune nécessité d'opposer l'exception *rei judicatæ* (78). Tel était le droit classique. Mais Justinien, dans la Const. 28, C. De fidejuss., changea cet état de choses, et ne voulut plus que la libération résultât de la seule *litiscontestatio*: de sorte que le choix d'un codébiteur fait par le créancier ne déchargeait les autres que dans le cas où ce dernier avait été complètement désintéressé. L'ancienne jurisprudence, s'il fallait en croire Merlin (79) qui cite un arrêt conforme, en date du 13 juillet 1709, aurait admis d'une manière absolue, en ce qui concerne les exceptions réelles et communes, le principe de la représentation entre codébiteurs solidaires; et on connaît

(74) C. N., art. 1208, al. 1.

(75) L. 31, § 1, D. De notat. et deleg.

(76) Gaius, III, 180.

(77) § 1, Inst. De duob. reis stip.; L. 2, D. De duob. reis constit.; L. 51, § 4, D. De exécution; L. 116, D. De verb. oblig. Voy. d'ailleurs: L. 8, § 11. et 2), D. Ad sc. Fell.

(78) Cicéron, Ad Attic., XVI, 15;

Gaius, IV, 107; Paul, Sent., liv. II, tit. 17, § 46; L. 15, D. De fidejuss. — Voy. sur ce point, infra: ch. III, § 2, n° 1.

(79) Quest., 1^{re} Chose jugée, § 18, n° II. — L'arrêt dont il est question au texte, est rapporté dans le Recueil jud. du Parl. de Toulouse (éd. de 1783), t. III, p. 379.

même de nos jours un arrêt dans ce sens, émané de la Cour de Paris (80). C'est cette jurisprudence que Merlin et Proudhon (81) ont essayé de défendre : le premier, en rejetant l'argument tiré de l'art. 1365 du C. Nap.; le second, en invoquant l'art. 1207 : le tout contre l'opinion beaucoup plus généralement goûtée, qui n'admet de représentation entre codébiteurs que lorsqu'elle peut leur être avantageuse.

Ainsi, s'il est vrai que, d'après la loi 28, § 5, D. *De jurejur.*, le serment déféré à l'un des codébiteurs ne nuit pas aux autres, et s'il est positif que, d'après l'art. 1365, al. 4, encore plus explicite, il peut leur profiter, cela ne prouverait pas, disent ces auteurs, que le jugement condemnatoire ne pourrait leur être opposable : attendu que le pouvoir de déférer un serment (sorte de renonciation à la défense, de donation même, comme disait le président Favre (82) ne saurait être compris, comme la faculté d'agir en justice, dans le mandat de faire valoir contre le créancier les moyens de libération même communs. — Eh bien ! cette argumentation ne nous semble pas concluante, et nous pourrions soutenir, avec tout autant de raison, que le droit de procéder n'est pas compris dans ce mandat, et que, quand même la défense serait loyale, elle ne devrait pas obliger ceux qui n'y ont pas concouru, quand elle n'a abouti qu'à une condamnation contre le codébiteur. Car l'obligation solidaire, simple quant à son objet, est multiple quant aux liens qui unissent les divers débiteurs ; et puisque les exceptions communes que le débiteur oppose à l'attaque du créancier, ne sont que des moyens propres à faire tomber son engagement personnel, on n'ose pas, sans contradiction, admettre que ces liens se trouveraient tous affectés par le jugement qui aurait porté sur l'un d'eux seulement. D'ailleurs il n'y a aucune preuve que cette obliga-

(80) Paris, 20 mars 1809 (*Dev.*, 3, II, 42).

M. Bonnier (n° 784) observe avec beaucoup de raison que l'arrêt de cass. du 15 janvier 1839 (voy. *infra*, note 90), que l'on invoque ordinairement encore en faveur de cette théorie, est complètement déplacé ici : l'erreur vient de ce qu'il a faussement qualifié de *solidaire* une obligation où il ne s'agissait que d'indivisibilité. Cepen-

dant, même dans cette matière, il est contraire à l'opinion que nous soutenons au n° 3 ci-après.

(81) Merlin, *op. et loc. cit.*; Proudhon, *op. cit.*, n° 1321. Cette doctrine est encore suivie par Ponjol, *Traité des oblig.*, sur les art. 1349 à 1351, n° 33.

(82) *Rational. ad l. 28, § 2, D. De jurejur.*

tion serait solidaire à l'égard de celui qui n'a pas figuré dans l'instance; et, dire que le jugement serait obligatoire pour lui, ce serait implicitement admettre qu'il y a solidarité, c'est-à-dire décider la question par la question.

Mais, continuent nos adversaires, les raisons qui vous empêchent de reconnaître l'existence du mandat, quand il est défavorable, ne sont-elles pas aussi puissantes, quand il est favorable; et cependant dans ce dernier cas, vous êtes partisans de la représentation? Or, ce qui achève de prouver que le Code n'a pas voulu faire cette distinction, c'est qu'il ne l'a pas consacrée pour les actes interruptifs de prescription dirigés contre l'un des codébiteurs, et qui nuisent à tous (83). — Mais cette objection nous touche médiocrement, parce que ce qui nous a décidé à faire la distinction, c'est le principe d'association qui gouverne les codébiteurs dans leurs rapports réciproques, pour tout ce qui tend à améliorer leur condition, non à l'empirer; principe dont la transaction, le serment nous en offrent des applications manifestes, et auquel les règles édictées par le Code, en matière d'interruption de prescription, ne constituent pas même de dérogation, parce qu'elles n'y puisent pas leur origine, mais qu'elles dérivent de cet autre principe, en vertu duquel la solidarité répute aussi associés les codébiteurs, pour tout ce qui concerne la conservation des droits du créancier: on peut ranger sur la même ligne la reconnaissance de dettes, la mise en demeure et la faute, qui, bien que n'existant que du chef de l'un des débiteurs, ont des effets généraux à l'égard des autres. Mais on ne saurait argumenter d'une prétendue analogie entre la chose jugée et l'interruption de prescription; car si cette dernière est nécessaire à la conservation des droits du créancier qu'elle sauvegarde sans étendre, il n'en est pas de même du jugement qu'il a obtenu, peut-être à la faveur d'une défense incomplète et maladroite du débiteur; d'ailleurs il faut que le créancier jouisse toujours dans toute son intégralité de l'avantage de choisir celui de ses codébiteurs qu'il lui plaît de poursuivre: et ce droit serait compromis, s'il était obligé de s'adresser à celui d'entre eux qu'une prescription près de s'accomplir menacerait de lui enlever. Nous savons

(83) C. Nap., art. 1206 et 2269.

bien (et l'on ne nous a pas fait grâce de cette objection) que la mise en demeure d'un débiteur d'une somme d'argent fait courir les intérêts moratoires contre tous ses coïntéressés (84); et il y a là bien sûr une amélioration des droits du créancier, en même temps qu'un surcroît de charges imposé au débiteur: mais cette disposition, qui n'existait ni en Droit romain, ni dans l'ancien Droit français, est trop exorbitante, pour pouvoir être invoquée dans cette question.

En résumé, nous reconnaitrons, avec la majorité des auteurs et des arrêts, l'autorité de la chose jugée à l'égard des codébiteurs qui n'ont pas figuré dans l'instance, toutes les fois qu'ils ont intérêt à s'en prévaloir, sans qu'on puisse jamais la leur opposer, quand ils ont intérêt à la repousser; mais qu'elle ne profite jamais que dans la limite de la part du codébiteur. Ainsi, par exemple, le jugement de condamnation obtenu par le porteur d'une lettre de change contre le tireur ou l'endosseur, ne fait pas loi pour les autres endosseurs, quoique toujours solidairement obligés (85); que par suite le titre nouveau qui a été par là substitué au titre primitif (et en vertu duquel la prescriptibilité par trente ans a remplacé celle par cinq ans) ne vaudra que contre celui ou ceux des endosseurs qui ont figuré nominativement dans l'instance (86). Ainsi encore, un jugement qui, sur une contestation élevée entre un associé et l'un de ses anciens coassociés ayant laissé employer son nom dans la raison sociale de la société dont il a cessé de faire partie, en a déclaré cet ex-associé de nouveau membre, ne sera point préjudiciable à ceux des autres associés qui, bien que tenus solidairement, ne sont pas censés avoir été représentés (87).

3. De l'indivisibilité. — Ici la divergence d'opinions est bien plus considérable que dans la matière précédente, et la jurisprudence comme la doctrine sont excessivement partagées.

Un premier système voudrait que les créanciers et débiteurs d'une obligation indivisible fussent tous représentés les uns par les autres, d'une manière absolue, même dans les instances qui ont eu une issue défavorable pour eux. Cette doctrine que nous comprenons

(84) C. Nap., art. 1207.

(85) C. de comm., art. 149.

(86) Toulouse, 23 février 1827
(Dev., 8, II, 334.)

(87) C. de comm., art. 22. Pardessus, *Cours de droit comm.*, n° 1007.
— Voy. encore: Limoges, 19 décembre 1842 (Dev., 1843, II, 493).

à la rigueur chez MM. Merlin et Poujol qui l'appliquent aussi aux obligations solidaires, est moins admissible chez Toullier qui admet des distinctions pour ces dernières(88); elle aura du reste peu d'imitateurs: car il semble que les raisons qui engageaient à faire plus haut les distinctions que nous avons proposées, en matière de solidarité, sont *a fortiori* applicables ici, que les rapports qui unissent les créanciers au débiteur, ont trait beaucoup plutôt à la manière dont l'obligation pourra être exécutée, qu'ils ne dérivent du titre même de l'engagement. Effectivement, l'obligation ne porte que sur des parts distinctes de la dette: il n'y a plus aucun lien entre les coïntéressés, il n'y a plus que juxtaposition d'intérêts (89).

Ces raisons suffisent pour faire rejeter non-seulement ce système, mais celui qui n'admet la représentation que pour le cas où les jugements seraient favorables: absolument comme s'il s'agissait d'obligation solidaire; car du moment que l'on ne peut plus invoquer la présence d'un mandat, comment pourra-t-on encore expliquer une communauté d'intérêts, fruit d'un accord tacite qui n'existe pas? Tel est pourtant l'avis de MM. Duranton, Marcadé, Aubry et Rau (90).

Il semble du reste que dans cette question on se soit trop préoccupé de la difficulté, voire même de l'impossibilité d'une exécution scindée qui résulterait de décisions contradictoires; et vraiment ce n'est pas là un scrupule bien juridique! car il n'est nullement entendu, par cela seul qu'on n'admet pas l'autorité de la chose jugée envers et contre tous, que la décision ne serait pas exécutable contre les tiers qui n'ont pas figuré dans l'instance; mais aussi de ce qu'elle est exécutable, on ne saurait en inférer non plus que les tiers n'auraient pas le droit d'y faire tierce-opposition. Ces questions, de l'aveu même de plusieurs de nos adversaires, sont complètement indépendantes les unes des autres(91). La tierce-opposition sera donc entre les mains du coïntéressé dans une obligation indivisible, une arme propre à faire tomber le jugement rendu avec un autre créancier ou débiteur, lorsqu'il pourrait être préjudiciable: il est vrai qu'il

(88) Merlin, *op. cit.*, § 48, n° III; Poujol, *op. cit.*, n° 31. Comp. dans Toullier, t. X, n° 202 avec n° 203.

(89) Cass., 15 janvier 1839 (*Dev.*, 1839, I 97).

(90) Duranton, XIII, 528; Marcadé,

sur l'art. 1351, n° XIII; Aubry et Rau, § 769, notes 43 et 44.

(91) Voy., *infra*, ch. III, § 2, n° III, ce que nous disons sur les rapports entre la chose jugée et la tierce-opposition.

sera quelquefois, souvent même, si l'on veut, impossible de revenir sur une décision déjà exécutée, faute de pouvoir restituer les choses dans leur état primitif; il est vrai encore que, par suite de l'ignorance d'un jugement rendu contre son coïntéressé, et contre lequel on aurait pu facilement et avec succès former tierce-opposition, un créancier ou débiteur laissera juger de nouveau la question, et cette fois en sa faveur; de sorte qu'on se trouverait obligé d'exécuter successivement, et en sens inverse, deux décisions contradictoires et sur un droit indivisible quant à son exécution. Mais ces difficultés existent dans tous les systèmes, comme dans toutes les matières du droit susceptibles de présenter des questions de chose jugée, toutes les fois qu'on veut appliquer la maxime: *res judicata aliis nec nocere nec prodesse potest*; et, puisque l'on admet d'ailleurs universellement que le principe de la représentation perd sa force en cas de collusion, la victime du dol pouvant toujours faire tomber le jugement en ce qui la concerne et le laisser subsister *inter partes*, il n'y aura presque pas d'hypothèse possible, où cette maxime fondamentale de la chose jugée ne conserve sa vigueur. Il y a mieux: la loi elle-même donne la solution d'une difficulté de ce genre, soulevée en matière de remise d'une dette indivisible; elle permet alors au créancier lésé par cette opération de son coïntéressé, d'agir encore pour le tout, sauf à tenir compte de la portion de celui qui a fait la remise. La position du premier n'est-elle pas analogue à celle où il se trouverait, si son coïntéressé, au lieu d'avoir fait une remise de dettes, avait succombé dans une instance portant sur l'existence de l'obligation indivisible(92)? et si la remise peut opérer unilatéralement, le jugement de condamnation ne le pourra-t-il pas non plus? — On le voit, il faut avant tout, dans ces matières, chercher à concilier les principes du droit avec la nature même des choses, et l'on verra ensuite s'aplanir spontanément bien des difficultés qui paraissaient insurmontables, tant qu'on cherchait à les résoudre par de pures applications de principes. Cette observation trouvera bien des fois son application dans le cercle des matières que nous aurons à parcourir.

(92) C. Nap., art. 1224; L. 7, D. *Ad leg. Falcid.*

Pothier lui-même (93), que l'on avait pourtant voulu trouver contraire à notre théorie, n'avait pas méconnu ces règles, lorsqu'il disait qu'en matière indivisible, on ne pouvait pas admettre d'une manière absolue que la chose jugée fût *res inter alios acta*, à l'égard de ceux qui n'ont pas figuré dans l'instance. Pourquoi? est-ce parce qu'ils y sont représentés par leurs coïntéressés? Nullement; mais parce que l'exécution du jugement rélèchira presque toujours contre eux. Et la preuve que Pothier n'avait en vue que cette conséquence et non point le principe de la représentation, c'est qu'il ouvrait à ces personnes la voie de la tierce-opposition, qui est toujours interdite à celles que la loi répute parties au procès. Semblable opinion se retrouve dans Proudhon (94), qui prend l'exemple de deux copropriétaires d'un fonds dominant, et qui, tout en admettant que la chose jugée contre l'un d'eux, ne sera pas opposable à l'autre, ne trouve de moyen pour l'écarter, que dans la rétractation du jugement : on nous nous trompons fort, ou il n'y a là qu'une reproduction des idées de Pothier ; et si telle n'est pas la pensée un peu obscurément exprimée par notre auteur, c'est qu'il faut convenir qu'il n'a écrit là qu'un non-sens, un passage où il se contredit lui-même.

On peut pourtant invoquer, dans le système contraire, trois lois romaines : la loi 4, § 3, D. *Si serv. vind.*, la loi 19 du même titre, et la loi 1, § 5, D. *De arb. cœd.* Mais de tous ces textes, le premier est le seul qui décide assez nettement en faveur de la généralité des effets de la chose jugée ; le second, beaucoup plus obscur, semble au contraire faire une distinction entre les jugements favorables et les jugements défavorables, comme en matière de solidarité ; et le troisième, qui est relatif à un interdit, nous dit seulement qu'il peut être exercé *in solidum* par chacun des communistes, et nous ne voyons pas quel argument concluant on pourrait en tirer, ainsi que l'a essayé Vangerow (95). Donc, comme on peut s'en assurer, les textes précités ne sont pas de nature à jeter un jour bien complet sur la théorie romaine en cette matière, et ne doivent pas, dans notre législation, faire pencher la balance plutôt vers un système que vers l'autre. Il nous semble, par conséquent, qu'à tout

(93) *Op. cit.*, n° 970.

(94) *Op. cit.*, n° 1297.

(95) *Pandekt.*, § 173, rem. VI, n° 4.

prendre, il vaut encore mieux s'en tenir à notre principe qui ne reconnaît aucune représentation, ni active, ni passive, pas plus lorsqu'elle améliorerait que lorsqu'elle empirerait la condition des intéressés (96).

4. Du cautionnement. — Nous devons examiner tour à tour, dans les rapports du débiteur principal et de la caution avec le créancier, les effets de la chose jugée : 1^o pour ou contre le débiteur ; 2^o pour ou contre la caution. Il y a du reste ici, comme dans la solidarité, à distinguer entre les exceptions personnelles et les exceptions réelles ou communes : avec cette modification extensive, toute en faveur de la caution, que les exceptions communes comprennent encore toutes celles qui, bien que compétant particulièrement au débiteur, ne sont pas fondées sur l'incapacité personnelle de ce dernier. Cela tient à ce que les causes de nullité et d'extinction dont est affectée par là l'obligation principale, réagissent sur celle de la caution, qui ne peut être tenue en général lorsque le débiteur ne l'est plus (97). Il en résulte encore que toutes ces exceptions, réelles ou communes, deviennent personnelles à la caution, qui est autorisée à les présenter en son nom propre et non pas seulement du chef du débiteur. Nous verrons tout à l'heure le parti que l'on peut tirer de ce principe. — Ainsi nous écarterons du débat les exceptions personnelles au débiteur (par exemple celles qui seraient fondées sur sa minorité et avec le secours desquelles la caution ne saurait repousser le jugement rendu contre le débiteur). Nous écarterons aussi celles qui sont particulières à la caution ; car le jugement de condamnation prononcé contre le débiteur n'a évidemment rien décidé quant à la validité du cautionnement : il laisse donc intacte la question de savoir si la caution est légalement obligée ; et, réciproquement, le jugement qui libère la caution sur un moyen personnel à elle, n'a rien prononcé sur l'existence de la dette. Le débat ne porte donc que sur les exceptions réelles et communes, ou sur les exceptions personnelles au débiteur, mais de la catégorie de celles dont la caution est autorisée à se prévaloir.

1^o Occupons-nous d'abord des jugements rendus avec le débiteur

(96) Dans le sens de notre opinion : Delsol, *C. Nap. expliqué*, sur l'art. 1351.

(97) L. 49, D. *De except. et prascript.*; C. Nap., art. 2012 et 2036.

principal. C'était une pratique constante à Rome, même avant la promulgation de la Const. 28, C. *De fidejuss.*, que la chose jugée pour ou contre le débiteur, eût effet vis-à-vis de la caution (98). Pourtant Pothier distinguait déjà, à cet égard, entre les jugements favorables et ceux qui ne l'étaient pas; en permettant à la caution de repousser ces derniers si elle y avait intérêt (99); bien entendu, en supposant que le débat se fût engagé sur des moyens communs aux deux; mais il ne disait nullement que le jugement rendu contre le débiteur aurait force de chose jugée vis-à-vis de la caution, comme prétend le lire M. Bonnier (100), qui est partisan de cette dernière manière de voir. Les paroles de Pothier doivent donc être écartées de la discussion relative à l'effet des jugements défavorables, parce qu'elles ne sauraient s'y rapporter. Merlin (101), pour défendre la même doctrine, s'appuie sur l'art. 123 du Code d'instruction criminelle, en vertu duquel la caution d'un individu mis sous la surveillance de la haute police, est tenue du jugement prononcé contre ce dernier, à raison d'un crime ou délit qu'il aurait commis dans l'intervalle déterminé par l'acte de cautionnement; il s'appuie encore sur l'art. 2250 du Code Napoléon, qui rend l'interruption de prescription ou la reconnaissance de la dette commune au débiteur et à la caution: disposition qui, selon moi, prouverait que ces deux personnes n'en forment, à vrai dire, qu'une aux yeux du créancier: il n'y aurait donc pas de raison pour n'en pas dire autant du jugement obtenu par celui-ci.

Quant à nous, nous commencerons par dire qu'il nous serait impossible de partager cette opinion, sans tomber dans une contradiction injustifiable: que Merlin, que Proudhon (102), que M. Bonnier, qui sont partisans de l'effet général des jugements même défavorables aux codébiteurs solidaires, appliquent cette solution aux cautions, cela se conçoit encore à la rigueur, quoique les considérations qu'ils invoquent soient peu solides (témoin la citation de

(98) L. 21, § 4, D. *De exc. rei jud.*; L. 5, pr., D. *De appell. et relat.*

(99) N° 908.

(100) *Op. cit.*, n° 783.

(101) *Répert.*, v° Chose jugée, § 13, n° IV,

(102) *Usufr.*, n° 1321. — La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens que ces auteurs. Voy. entre autres: Cass., 27 novembre 1811 (*Dev.*, 3, 1, 429); Cass., 12 février 1810 (*Dev.*, 1810, 1, 529); Grenoble, 18 janvier 1832 (*Dev.*, 1833, II, 160).

l'art. 123 du Code d'instruction criminelle, qui est tout étranger à la matière) et ne tiennent pas compte de ce principe juridique qui enchaîne plus étroitement les codébiteurs solidaires les uns aux autres, que la caution au débiteur principal. Sans doute, l'inter-rup-tion de prescription a effet contre les cautions, comme contre les codébiteurs solidaires; et nous avons vu plus haut Merlin s'em-parer de cette dernière circonstance, pour admettre également que le jugement obtenu contre l'un de ces derniers acquerrait force de chose jugée à l'égard de ses coïntéressés. Mais les mêmes rai-sons qui nous ont fait écarter cette analogie dans le cas de la soli-darité, nous imposeront encore *a fortiori* la même solution dans celui du cautionnement; car les causes de nullité et d'extinction de la dette principale n'opèrent, à l'égard de la caution, que parce que son obligation ne peut subsister qu'à la suite de la première; et la caution, en les invoquant, invoque aussi des causes de nullité et d'extinction de sa propre dette: donc le droit qui appartient à cet égard au débiteur, appartient pareillement en nom propre à la caution; par suite de cette indépendance de rapports, la caution ne se présente jamais comme ayant cause ou coïntéressé de son débi-teur; et par conséquent aussi la chose jugée contre celui-ci, en tendant à limiter les causes d'extinction ou de diminution de l'obli-gation principale, ne peut l'être contre celle-là.

On pourrait bien peut-être rétorquer cet argument contre la caution, et lui dire que, si elle veut ainsi séparer sa personne de celle du débiteur principal, lorsqu'il s'agit de repousser un juge-ment défavorable, elle ne doit non plus venir invoquer une sorte de solidarité avec lui, toutes les fois que le jugement lui profitera. Mais cela serait vrai, qu'on serait encore amené forcément dans la pratique à une solution contraire; attendu que, si la caution ne pouvait pas opposer *de plano* la chose jugée au créancier, qui vien-drait l'attaquer après avoir été repoussé par le débiteur, comme elle a toujours le droit d'appeler ce dernier en garantie, il en résul-terait que celui-ci, mis en cause, opposerait alors victorieusement la chose jugée au créancier: et pour cette seule raison, pour éviter ce circuit d'actions, il est bien plus rationnel d'accorder la même exception à la caution, sans que cette faveur puisse tirer à consé-quence, en ce qui regarde les jugements défavorables au débiteur.

2° Quant à savoir si, à l'inverse, les jugements rendus avec la caution font loi pour le débiteur principal, la question est encore plus douteuse et plus controversable. Il semble toujours assez difficile de rendre communs aux deux parties les jugements prononcés contre la caution, parce que le débiteur principal n'est pas garant vis-à-vis du créancier de la conduite que tient cette dernière : l'art. 2250, qui pouvait faire difficulté dans la précédente hypothèse, ne gêne plus ici, puisqu'il ne dit pas que l'interruption de prescription faite à l'égard de la caution vaudra contre le débiteur. Mais le doute commence à naître, en ce qui concerne les jugements favorables; parce qu'on pourrait soutenir à la rigueur, avec MM. Dalloz et Bonnier (103), que la caution est une sorte de mandataire pour libérer le débiteur et non pour aggraver sa position; et que d'ailleurs, en vertu de l'art. 1365, le serment à elle déféré sur l'existence de la dette profite également à ce dernier.

Mais, d'un autre côté, l'existence de ce prétendu mandat est assez équivoque, puisqu'elle n'empêche pas le créancier de préférer le débiteur principal, s'il y trouve son intérêt; et la disposition de l'art. 1365, quoique puisée dans le Droit romain (qui, pour le dire en passant, admettait pourtant que le débiteur n'était pas déchargé par la sentence d'absolution de la caution (104), lorsqu'elle n'avait pas un intérêt particulier à ce qu'il fût libéré avec elle, ou qu'elle n'était pas associée au débiteur principal, ou que celui-ci n'était pas un simple prête-nom, de manière qu'en réalité elle aurait cautionné sa propre dette), cette disposition, disons-nous, ne dérive que de la présomption que le créancier, en déférant à la caution un serment litisdécisoire sur le fait de la dette, a consenti par là à reconnaître effectivement qu'il n'y aurait point de dette, si le serment était prêté. Or, nous le demandons, peut-on en inférer de là que le jugement rendu sur la question de savoir s'il y a dette ou non, ou si le débiteur a payé celle qui existait, ou si cette dette était éteinte par prescription, par perte de la chose due, soit par toute autre cause étrangère à la caution, profitera au débiteur, comme

(103) Dalloz, *Jurisprud. gén.*, t.² Cautionnement, n^{os} 198 et 313; v^o Chose jugée, n^o 266. — Bonnier, *loc. modo cit.*
 (104) Comp.: l. 28, § 1, D. De *jurjur.* avec l. 29, D. De *recept. qui arbit. recep.*

il profite à celle-ci? Cela nous paraît bien difficile, surtout si l'on admet que tous ces moyens proposés par la caution et tirés en général des causes d'extinction de la dette principale, deviennent pour cette caution des exceptions personnelles, qu'elle fait valoir en son propre nom, et dans l'intérêt de l'extinction de l'obligation accessoire.

Au surplus, dans le doute, il nous semble qu'il vaille encore mieux se décider en principe pour cette règle, qui tend toujours le moins souvent possible à distinguer entre les jugements favorables et les jugements défavorables. Cette ligne de conduite, à laquelle nous n'avons apporté que de rares dérogations, nous semble encore la plus sûre et la plus juridique à adopter dans les questions de cette nature, si l'on ne veut s'exposer à introduire dans la doctrine des solutions que l'on ne pourra guère justifier ensuite que par l'équité : le pire des arguments d'un interprète aux abois.

— Ces réflexions trouvent malheureusement leur application dans une foule d'hypothèses où l'on a voulu encore soutenir, je dirai presque cette autorité boiteuse et unilatérale de la chose jugée. Ainsi les usufructiers, les acquéreurs d'une chose sous condition suspensive, les propriétaires d'une chose aliénée sous condition résolutoire, les véritables héritiers, seraient représentés, dans leur intérêt, par les nus-propriétaires, les auteurs qui ont aliéné ou les successeurs qui ont acquis sous condition, et les héritiers apparents; et suivant plusieurs auteurs, il faudrait encore admettre la réciprocité de quelques-unes de ces propositions.

Mais, si tout ceci est bien hardi, en revanche combien les raisons invoquées à l'appui sont faibles, et combien les auteurs sont eux-mêmes peu fidèles à leurs propres doctrines!... Écoutez plutôt M. Duranton (103) défendre sa proposition relative à l'autorité des jugements obtenus par le vendeur ou donateur sous condition suspensive, et l'acheteur ou donataire sous condition résolutoire : dans le premier cas, selon lui, le jugement pourrait être invoqué par les ayants cause, après l'accomplissement de la condition suspensive, « parce que, dit-il, le vendeur ou donateur, quoique non-propriétaire, avait qualité pour défendre la chose, et

(103) T. XIII, n^{os} 569 et 510.

« la défendait plus encore dans son intérêt que dans celui de l'acheteur », raison assez banale et qu'il trouve également applicable au cas d'une aliénation opérée sous condition résolutoire, en permettant de profiter des jugements avant l'accomplissement de la condition; puisque « le vendeur ou le donateur serait censé avoir des droits sur les biens sous une condition suspensive contraire » (L. 36, D. *De reb. cred.*).... Mais à tout cela, il y a un dilemme irrésistible à poser : ou l'aliénation est antérieure au procès, ou elle ne l'est pas; si elle l'est, c'est que l'acquéreur ne sera jamais tenu, quelle que soit l'issue de la contestation; si elle ne l'est pas, il restera au contraire tenu dans tous les cas. Et la circonstance que l'aliénation est conditionnelle n'est d'aucune influence dans cette espèce, puisque, de l'aveu même de M. Duranton, la condition opère toujours rétroactivement au jour du contrat: si cette condition était suspensive, l'acquéreur sera donc lié par le procès conduit avec l'auteur, tout comme si la convention avait été pure et simple; si elle était résolutoire, l'auteur sera lié par le procès conduit avec l'acquéreur, tout comme s'il n'y avait jamais eu de condition. Où donc M. Duranton trouve-t-il une raison pour dire que les jugements défavorables ne pourraient préjudicier? et croit-il avoir satisfait aux exigences des principes, en invoquant toujours l'existence de ce mandat que l'on ne trouve nulle part et qui est incompatible avec le caractère des relations entre les deux parties contractantes? Dira-t-on que les parties, en subordonnant l'accomplissement du contrat à une condition, ont entendu, chacune tour à tour, suivant la nature de la condition, remettre à celle qui reste en possession, pouvoir de gérer *pendente conditione*? mais alors il faut aussi que le mandat ait effet pour les actes de nature à préjudicier au mandant.....; et au surplus son existence nous paraît ici fort difficile à concilier avec ce principe, en vertu duquel la présence d'une condition affecte et grève tous les droits que le propriétaire conditionnel voudrait concéder ou laisserait prendre à des tiers sur la chose: chacun ne peut conférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, et la résolution du droit du concédant entraîne celui du concessionnaire volontaire ou forcé; maximes devenues triviales à force d'être vraies, et qui cependant sont méconnues par les décisions de notre adversaire et de tous ceux qui l'ont suivi sur ce ter-

rain (106). Parmi ces derniers, M. Dalloz est le seul qui ait peut-être senti tous les vices de ce système; mais il ne semble pas avoir osé rompre complètement avec ses partisans; car on le voit, dans son traité de la Chose jugée (107), adopter successivement les deux opinions les plus contradictoires.

Marcadé lui-même (108) n'est ni plus heureux, ni plus conséquent dans l'application qu'il fait de cette théorie à l'héritier apparent. Car, après avoir repoussé énergiquement l'opinion si malheureusement répandue, sur la validité des actes faits par un semblable héritier, il reconnaît pourtant aux décisions rendues en sa faveur force de chose jugée à l'égard du véritable héritier, tout en leur déniaut cette autorité, lorsqu'elles sont de nature à nuire à ce dernier: encore sur le motif que l'héritier ou possesseur apparent a qualité pour améliorer et non pour compromettre la position du véritable propriétaire. ... Pourquoi donc toujours cette représentation équivoque et incertaine?

Or, de toutes ces incohérences, nous sommes en droit de conclure que la théorie qu'on a voulu édifier sur ce point, ne repose sur aucun fondement solide, puisqu'elle n'aboutit qu'à mettre les auteurs en contradiction avec eux-mêmes; et nous croyons fermement qu'elle doit être rayée de la doctrine de notre droit.

V. DU CAS OÙ LA PERSONNE FIGURE DANS UNE INSTANCE PAR L'ENTREMISE D'UN MANDATAIRE LÉGAL OU CONVENTIONNEL. — 1. Généralités. — En principe, ce qui est jugé avec le mandataire qui a pouvoir suffisant et qui n'excède pas les bornes de son mandat, est irrévocablement consommé au regard du mandant (109). Cette règle incontestable est la base de tous les développements qui vont suivre, et où l'on s'est surtout appliqué à présenter les modifications que diverses circonstances peuvent lui faire subir.

2. De l'État et des communes. — A défaut de parents légitimes ou naturels, à défaut du conjoint survivant, l'État est appelé à recueillir les successions en déshérence (110); mais cette prérogative s'exerce moins à titre de droit successoral, que de

(106) Entre autres: MM. Aubry et Rau, § *cit.*, texte et note 45; Marcadé, n° XIII, etc. l'art. 4351, n° XIII, avec celles sur l'art. 137, n° IV.

(107) Nos 252 et 263.

(108) Comparez ses explications sur

(109) L. 11, § 7, D. *De exc. rei jud.*; L. 180, D. *De reg. jur.*

(110) C. Nap., art. 767 et 768.

droit de propriété; l'État, à vrai dire, ne succède pas, il se substitue au défunt et le représente d'une manière encore plus parfaite que s'il était héritier, parce qu'il devient propriétaire en son nom; car sa propriété, pour être incertaine, n'en est pas pour cela précaire. Ce caractère qui lui était déjà reconnu dans l'ancien droit (111), ne lui a certainement pas été retiré par notre Code; il en résulte qu'il n'y a aucune difficulté à reconnaître que l'État a pleine et parfaite qualité pour intenter toutes les actions relatives aux biens abandonnés, comme pour y défendre; et que le jugement rendu contre l'administration des domaines a l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne l'héritier qui viendrait à se faire connaître ultérieurement pour recueillir la succession (112).

— La législation révolutionnaire contre l'émigration a aussi donné lieu à l'application du principe de la représentation par l'État. Les biens des émigrés ayant été mis, au moins en cas de prévention d'émigration, sous le séquestre, l'État qui gérait ce séquestre, devait naturellement représenter l'émigré: et c'est ce qui a été souvent jugé (113); avec cette restriction que les jugements devaient avoir été antérieurs à la radiation ou l'amnistie de l'émigré: passé cette époque, l'État avait perdu son caractère de représentant (114).

Nous verrons plus loin (115) que, dans l'ancien droit, l'État figurant dans un procès comme partie principale, n'était pas en général soumis aux conséquences de la chose jugée: exception qui n'existe plus aujourd'hui.

— Les communes représentent aussi leurs habitants, sauf en ce qui concerne les droits qui compètent à ces derniers en leur nom personnel et particulier (116).

3. Du ministère public. — Dans les cas où il agit comme partie principale, il est toujours en quelque sorte un mandataire spécial, outre sa qualité de mandataire général de la société, qui apparaît seule dans les affaires criminelles, et dans les affaires ci-

(111) Bacquet, *Du dr. de dshér.*, (Dev., 6, II, 116). Voy. aussi: Ord. ch. III, n° 8. en Cons. d'État, 6 janvier 1837 (Dev., 1837, II, 252).

(112) Cass., 3 avril 1815 (Dev., 5, 1, 31). (114) Cass., 16 mai 1813 (Dev., 5, 1, 51).

(113) Voy. entre autres: Cass., 10 floréal an XII (Dev., 1, I, 103); (115) Voy. ch. IV, § 2. Cass., 28 juin 1808 (Dev., 2, I, 518); (116) Cass., 19 novembre 1838 Ord. en Cons. d'État, 20 octobre 1819 (Dev., 1838, I, 1001).

viles où il n'est que partie jointe. Ainsi son caractère de mandataire spécial est mis surtout en évidence, par exemple dans les demandes en déclaration d'absence (117); dans les demandes en inscription et en réduction de l'hypothèque légale des femmes mariées ou des mineurs (118); dans les demandes en rectification des actes de l'état civil des indigents et des militaires (119), ou d'une commune entière, c'est-à-dire d'une masse de citoyens (120); dans les demandes qui intéressent l'État qui n'a pas constitué d'avoué (121), etc., et autres affaires où il n'est pas le représentant direct et exclusif de la société, mais où l'ordre public réclame une action spontanée de sa part, de peur de la laisser sommeiller par la négligence ou la fraude des parties intéressées.

La Cour de cassation n'a fait que confirmer ces principes, lorsqu'elle a décidé que l'on ne peut opposer au ministère public, partie principale, une décision où il n'avait figuré que comme partie jointe (122).

4. Des tuteurs et curateurs. — Quelle que soit la nature de leurs fonctions, tutelle de mineurs ou interdits, curatelle d'une succession ou d'une substitution, chaque fois que les titulaires sont plus que de simples conseillers, ils doivent représenter celui au nom et dans les intérêts duquel ils occupent.

En ce qui concerne le mineur et l'interdit, on a jugé que la représentation qui avait lieu en pareil cas (123), était si puissante, qu'elle existait là même où la décision avait été rendue à l'époque de la majorité, à condition seulement qu'elle l'eût été avant que le mineur eût fait notifier son changement d'état (124); qu'elle existait même lorsque les actions avaient été intentées en violation des règles de la tutelle (par exemple si le tuteur avait dans le procès des intérêts opposés à ceux de son pupille) (125): tant que la déci-

(117) C. Nap., art. 116.

(118) C. Nap., art. 2143, 2144, 2145; 2138; 2191.

(119) L. du 25 mars 1817, art. 75; Circ. minist. du 22 brumaire an XIV.

(120) Circ. minist. du 4 novembre 1814.

(121) L. du 49 nivôse et arrêté du Direct. du 4 thermidor an IV. — Voy.

aussi : Avis du Cons. d'État du 1^{er} juin 1807.

(122) Cass., 5 avril 1837 (*Dev.*, 1837, I, 335).

(123) Cass., 23 brumaire an V (*Dev.*, I, I, 63).

(124) Cass., 10 juillet 1827 (*Dev.*, 8, I, 636).

(125) Pau, 2 juillet 1840 (*Dev.*, 1841, II, 565).

sion n'aurait pas été rétractée par la requête civile, si le mineur n'avait pas été défendu valablement (126), soit par le pourvoi en cassation, s'il s'était présenté d'autres nullités. Du reste, ce qui est jugé à l'égard d'un pupille contre son tuteur, ne l'est point à l'égard d'un autre pupille, contre le même tuteur et sur la même question (127).

Pour les curateurs, en tant qu'ils ont qualité pour représenter la personne, les règles sont encore les mêmes. Ainsi la chose jugée contre le grevé et le tuteur (lisez : curateur) à la substitution, est jugée contre les appelés; celle contre le curateur à la succession, l'est aussi contre l'héritier qui viendrait à se présenter.

— Remarquons en passant qu'il est indispensable que les actions aient été intentées avec les autorisations et les formes requises, dans les cas où la loi a tracé une marche à suivre spéciale à cet objet. Ainsi le tuteur qui aurait introduit en justice des actions immobilières touchant les biens du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille (128); le grevé qui aurait figuré en justice, sans avoir mis en cause le tuteur à la substitution (129), n'auraient point représenté les mineurs ou les appelés.

5. Des envoyés en possession pour cause d'absence. — En principe, la chose jugée avec eux fait loi pour l'absent qui reparaitrait; mais elle ne le fait pas d'une manière absolue: c'est-à-dire seulement dans la limite des pouvoirs conférés par l'envoi. Ainsi les envoyés provisoirement en possession, qui ne sont que des administrateurs, ne représentent point l'absent, lorsque leurs actes ont le caractère d'aliénation (130). Il faut donc dire que les actions intentées par eux autrement qu'à titre conservatoire, ne sauraient engager l'absent, si le tribunal ne les y avait autorisés: telles seraient les actions immobilières autres que les actions en partage (131). Mais le contraire arriverait, si les envoyés ne figuraient que comme défendeurs, parce qu'il n'a pas tenu à eux que la contestation ne fût pas soulevée. Le plus sûr d'ailleurs pour eux

(126) C. de pr., art. 481.

(127) Cass., 2 germinal an X (*Dev.*, 4, I, 615).

(128) C. Nap., art. 463.

(129) Ord. de 1717, t. XI, art. 49

et 50. Il faut dire du reste que ce point est controversé.

(130) Arg. art. 128 du C. Nap.

(131) Arg. art. 126, 128 et 131

du C. Nap. Voy. *ibid.*: art. 817, al. 2.

est toujours de se faire autoriser à ester en justice, sans que le défaut d'autorisation pût les rendre non recevables.

Les envoyés définitivement en possession représentent au contraire toujours l'absent ; et ils n'ont pas besoin de se faire autoriser à cet effet, puisqu'ils ont le pouvoir de se comporter comme propriétaires incommutables du patrimoine de ce dernier (132).

6. Des maris. — Sous le régime de communauté, et en ce qui concerne les biens qui en font partie, comme le mari a l'exercice de toutes les actions mobilières et immobilières (133), il en résulte cette conséquence, que la femme est liée par les jugements rendus sur ces actions, lors même qu'elle eût stipulé, par exemple, une clause de franc et quitte, sauf alors à être indemnisée. Sous le régime sans communauté, et même sous le régime de communauté quant aux biens propres de la femme, le mari pourra encore la représenter en justice, dans toutes les actions mobilières ou possessoires, pour l'exercice desquelles il est son mandataire légal (134). Quant aux actions immobilières pécuniaires, c'est la femme exclusivement qui doit agir : si le mari l'assiste, ce n'est que pour l'autorisation, pour la validité de la procédure : le tout en vertu des principes généraux de cette matière, qui obligent à ne pas distinguer entre la nature des régimes ; si le mari agit en son propre nom, ce ne pourrait être que pour la défense de ses droits de jouissance, quand le contrat lui en a réservé. Toutefois la jurisprudence suit ici un système plus pratique que conforme aux règles du droit : elle admet assez généralement que le mari, par cela seul qu'il est en justice hors la présence de sa femme, ne cesse point pour cela de la représenter ; que celle-ci est censée lui avoir donné mandat d'occuper pour elle, sauf à intervenir de son côté, si elle l'estime nécessaire (135) ; parce que, dit-on dans ce système, la nullité de l'action judiciaire n'est édictée que dans l'intérêt de la femme, qui est réputée la ratifier par son silence (136). Il faut pourtant avouer que, si cette jurisprudence est favorable aux tiers, elle

(132) Arg. art. 132 et 133 du C. Nap. 15 mai 1832 (*Dev.*, 1832, I, 388 et suiv.).

(133) C. Nap., art. 1421.

(136) Bruxelles, 15 février 1812

(134) C. Nap., art. 1428 et 1530.

(*Dev.*, 4, II, 37) ; Colmar, 7 avril

(135) Cass., 14 novembre 1831 et 1817 (*Dev.*, 3, II, 265).

sauvegarde fort peu les intérêts de la femme, que la loi a pourtant en vue de protéger contre l'ascendant et l'omnipotence de l'autorité maritale.

C'est en s'emparant des principes exposés plus haut, et en s'autorisant d'une analogie plus que douteuse, que M. Tessier (137) enseigne, pour le régime dotal, que les jugements rendus avec le mari, sur des actions même pétitoires relatives à la dot, n'ont point point autorité vis-à-vis de la femme, toutes les fois qu'elle n'a pas figuré nominativement dans le procès. Mais cette manière de voir est complètement en opposition avec l'esprit du Code, dont les rédacteurs ont entendu donner au mari seul le droit de poursuivre les détenteurs et débiteurs de la dot, comme aussi celui de répondre seul aux attaques des tiers intéressés : but qui serait totalement manqué, si la chose jugée avec lui ne l'était point pour la femme; outre que l'on arriverait par là à multiplier singulièrement les frais de procédure, s'il fallait mettre en cause cette dernière, chaque fois qu'elle abandonne au mari le soin du procès, et à organiser ainsi entre les époux un antagonisme aussi déplorable que contraire à la suprématie que la femme a voulu accorder à son mari, en se réduisant d'avance, par son contrat, à un rôle absolument muet.

L'auteur que nous combattons paraît argumenter de l'analogie entre le droit du mari sur la dot et celui de l'usufruitier ordinaire; puisqu'il cite M. Proudhon (138), d'après lequel celui-ci devrait appeler en cause le propriétaire, afin de le mettre à portée de soutenir ses prétentions; sans quoi ce dernier ne serait jamais lié par les jugements prononcés contre l'usufruitier. Mais cette assimilation est abusive; car si nous avons admis volontiers, avec M. Tessier, que le mari « avait, comme tout usufruitier, un droit réel dans « les biens soumis à son droit de jouissance; que dès lors il pouvait « dans son intérêt propre, ainsi que tout usufruitier en a la faculté, « suivre ces biens en quelques mains qu'ils passent.... », sauf à ne pouvoir «en procédant ainsi en justice, compromettre en rien « les droits de la femme, en qui réside la propriété des fonds « dotaux », cela ne nous empêchera pas de rappeler à notre adver-

(137) *Traité de la dot*, n° CI, note 837. (138) *Usufruit*, nos 1261 et 1262.

saire, qu'il oublie ou méconnaît un caractère qui différencie fortement la position du mari d'avec celle d'un usufruitier : c'est que le premier est aussi un mandataire, à la fois légal et conventionnel, de sa femme, même sous le régime dotal; que par conséquent il a le pouvoir de compromettre ses droits, tout aussi bien que de les augmenter. Nous n'en verrions la preuve rien que dans la rédaction exclusive de l'art. 1549; dans la nécessité de communiquer au ministère public toutes les instances relatives à la dot, absolument comme celles qui sont soutenues avec les autres mandataires légaux, tels que les tuteurs et curateurs (139); enfin dans la nature même du contrat dotal, où la femme déclare implicitement vouloir rester étrangère aux affaires et aux procès conduits par le mari.

7. Des syndics. — Ce sont eux qui représentent les créanciers dans toutes les contestations relatives au patrimoine du débiteur failli; mais il faut que ces contestations soient de nature à intéresser la masse de ces créanciers, sans quoi elles ne les obligeraient point. Ainsi serait dans ce dernier cas la décision qui statuerait sur le rang hypothécaire à attribuer à l'un d'eux, et rendue contradictoirement avec les syndics (140); réciproquement aussi, comme les créanciers hypothécaires ont des intérêts opposés à la masse, ce qui est jugé avec les syndics, ne l'est point pour les premiers (141).

Ajoutons encore, à propos des matières commerciales, cette autre règle qui veut que les membres d'une société de commerce soient représentés par les administrateurs ou gérants, pour tout ce qui a trait aux rapports sociaux.

8. Des mandataires conventionnels. — Ils représentent également leurs mandants, sous les modifications portées au n° 1 de cette division; et l'on trouvera ci-dessous, à la note 142, divers arrêts qui ont jugé en ce sens.

(139) C. de pr., art. 836.

(140) Cass., 3 mai 1813 (*Dev.*, 1813, I, 369). — On sent la différence de cette espèce d'avec celle où il s'agirait de l'existence même de l'hypothèque.

(141) Cass., 26 juillet 1811 (*Dev.*, 1, 529); Cass., 23 juin 1837 (*Dev.*,

1838, I, 15); Orléans, 6 février 1835 (*Dev.*, 1837, II, 75).

(142) Cass., 1^{er} décembre 1819 (*Dev.*, 6, I, 111); Cass., 23 avril 1855 (*Dev.*, 1857, I, 285). Ordon. en Cons. d'Etat, 29 janvier 1811 (*Dev.*, 1811, II, 251).

[Le droit romain et surtout l'ancien droit français avaient admis qu'en matière d'état, les intéressés étaient représentés par un *légitime contradicteur*, véritable mandataire légal, député par la loi pour occuper dans leur intérêt. Nous examinerons au chapitre IV le mérite de cette opinion, qui a trouvé encore des partisans jusque parmi les auteurs contemporains. Mais, dès à présent, nous pouvons dire que le peu d'appui qu'elle trouve dans les textes romains invoqués, doit faire rayer ce *légitime contradicteur* du nombre des représentants légaux; c'est pour cela que nous n'en avons point parlé ici.]

§ 3. De l'identité d'objet.

I. GÉNÉRALITÉS. — Nous arrivons à la deuxième condition requise pour constituer la chose jugée. L'*identité d'objet*, *idem corpus*, comme disaient les jurisconsultes romains, ne doit pas, du reste, se présenter à l'esprit comme l'expression d'une similitude parfaite dans l'état de la chose, pendant les deux instances où on la considère, mais en faisant abstraction des changements qu'elle aurait subis dans sa forme, son étendue, sa qualité (143). Ainsi, si l'on réclame un troupeau, et que le nombre des têtes qui le composaient s'est accru ou diminué depuis le premier procès, la chose jugée sur celui-ci fera autorité dans le second (144); la circonstance qu'une maison aurait reçu des embellissements, un champ des alluvions, qu'une forêt aurait été défrichée ouensemencée, tout cela n'empêche pas l'objet de conserver son identité, et par suite de remplir les conditions voulues. Ces règles découlent du simple bon sens et ne peuvent faire l'objet d'aucune controverse.

Mais les choses ne se présentent pas toujours sous une forme aussi simple : car il se peut que la contestation, au lieu de porter, comme ici, dans les deux instances, sur l'objet principal (circonstance où on l'isole volontiers, par la pensée, des accessoires qui s'y sont ajoutés ou qui en ont été distraits), porte au contraire, dans l'une des instances, sur l'objet principal, dans l'autre sur un de ses accessoires ou même un de ses éléments constitutifs. Ainsi, dans

(143) L. 14, D. *De except. rei judic.*

(144) L. 21, § 1, D. *cod. tit.*

l'ordre physique, on peut revendiquer, d'une part, un bâtiment, un champ, une forêt, une somme d'argent; de l'autre, des poutres ou matériaux, des récoltes, des arbres, les intérêts de la somme, ou même un capital moindre : dans l'ordre juridique, on peut revendiquer d'une part la pleine propriété, de l'autre l'usufruit ou toute autre servitude; soit même, d'une part, l'usufruit ou une servitude de passage pour les voitures par exemple, de l'autre, l'usage ou une servitude de passage à pied. En comparant l'objet de ces diverses demandes, on s'assurera facilement qu'elles sont plus ou moins comprises les unes dans les autres : de là fréquemment les difficultés les plus embarrassantes pour le jurisconsulte, difficultés dont plusieurs de nos auteurs, entraînés par l'esprit de système, se sont tirés, il faut le dire, assez malheureusement; et tout cela, pour avoir voulu en soumettre la solution à l'uniformité de principe, à laquelle résiste en général le caractère de la science du droit. Mais voyons d'abord quelle était la doctrine romaine sur ces questions.

Nous trouvons plusieurs exemples de l'identité d'objet dans la loi 7, D. *De except. rei jud.*; là Ulpien, paraissant appliquer la maxime de la loi 113, D. *De reg. jur.* : *in toto et pars continetur*, nous enseigne entre autres, que celui qui a réclamé dans une première contestation un fonds, une maison, un navire, une esclave, sera repoussé par l'exception *rei judicatae*, s'il forme une seconde demande portant sur les arbres du fonds, les poutres de la maison, les planches du navire, le part de l'esclave. C'est ce qui résulte des dispositions finales du *princ.* et du § 1 de la loi précitée, où on lit cette phrase : *...Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur; nam nocebit exceptio; item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde arcam vel tigna, vel lapides petat; item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem* (145). Mais voici qu'un peu plus bas, au § 2, il est dit : *Sed in cœmentis et tignis diversum est; nam is qui insulam petit, si cœmenta vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cujus insula est, non utique et cœmenta sunt; denique ea quæ juncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest.*

(145) L. 7, *pr.*, in fine, D. *De exc. rei jud.*

— Cette dernière réflexion est en tous cas fort juste : on peut être propriétaire des matériaux et avoir le droit de les revendiquer, sans pouvoir en faire autant de la maison, qui aurait été construite sur un sol dont on n'est pas propriétaire. Mais alors, pourquoi Ulpien, un instant auparavant, nous dit-il que l'exception de la chose jugée ferait obstacle à une demande de ces matériaux, qui viendrait se placer après une revendication infructueuse de la maison ?....

Cette incohérence dans le contexte d'un même fragment a fait supposer qu'il contenait des citations d'anciens jurisconsultes que Tribonien n'avait pas jugé à propos de conserver (146). Cependant, d'autres interprètes ont cherché à expliquer la difficulté d'une façon plus scientifique. L'une de ces théories, que l'on doit à Savigny (147), si elle est un peu forcée, est à coup sûr très-ingénieuse : elle consiste à faire commencer, dans la loi 7, le § 1 aux mots : *item si quis fundum petierit* ; de sorte que l'exemple du part de l'esclave, présenté par Ulpien comme ayant donné lieu à de graves controverses (*magnæ questionis est*), aurait partagé ce sort avec toutes les espèces citées à la fin du *principium*, d'après la division vulgaire, et notamment avec celle de la maison et des matériaux.... Mais alors on ne voit pas pourquoi le jurisconsulte qui, dans ce *principium*, a pris la précaution de faire précéder chacune de ses citations de l'expression *item* (*item si quis fundum petierit*...., *item si narem petiero*...), n'aurait pas commencé la phrase du § 1 : *Si ancillam prægnantem*... par la même conjonctive ; outre que plusieurs de ces exemples ne font nullement question, quant à la solution. Toutes ces objections ont sans doute empêché ce système de trouver des partisans.

Pour nous, sans nous arrêter aux explications de Godefroid (148), ni de Voet (149), qui ne sont pas fondées sur les textes, nous reconnaitrons, avec Vangerow (150), que dans le premier fragment

(146) Keller, *Lit:contestatio und Urtheil*, p. 261 à 276.

(147) *Traité de dr. rom.*, trad. Guenoux, t. VI, app. XVI.

(148) *Op. jurid. min.*, p. 1034.

(149) *Comm. ad tit., D. De exe. rei jud.*, n° 3.

(150) *Op. cit.*, § 173, rem. V, 3, n. — Cette explication a été peut-être puisée dans Douen (Comm. jur. civ., liv. 22, ch. V, § 9) ; elle paraît aussi avoir été adoptée par Brackenhoff (*op. jam cit.*, § 8, note 65).

il s'agit uniquement du cas où la revendication des matériaux est basée, comme celle de la maison, sur la propriété du tout, c'est-à-dire du fonds comme des constructions : car alors le brocard : *in toto et pars continetur* reçoit toute son application ; que le dernier, au contraire, vise l'hypothèse où la seconde revendication s'appuie sur la propriété des matériaux distincte et indépendante de celle du fonds et des constructions qu'on y a élevées.

On nous pardonnera, nous l'espérons, l'insistance que nous avons mise à sortir de cette équivoque, lorsqu'on verra que la doctrine d'Ulpien a servi de modèle à une théorie moderne qui va faire le sujet de notre examen ci-dessous, et que nous devons dès à présent proclamer erronée, même quant à son point de départ ; puisqu'elle prête à notre jurisconsulte une pensée qu'il n'a certes pas eue : celle d'adopter la maxime de la loi 113, *De reg. jur.*, comme une formule propre à donner la solution de toutes les difficultés de la matière ; car il est facile maintenant de voir que le § 2 de la loi 7 est rédigé d'après d'autres principes.

C'est Toullier (151) qui, chez nous, a mis en honneur cette théorie dans tout son absolutisme, et en la poussant à ses conséquences les plus extrêmes ; il a été plus ou moins fidèlement imité par MM. Proudhon, Ponjol, Bonnier, Aubry et Rau (152). Les solutions des exemples que ces auteurs ont choisis pour expliquer leur doctrine, dérivent toutes de la maxime : *in toto et pars continetur* ou de sa contre-partie : *in parte non totum continetur*. Ainsi, d'après eux, vous demandez d'abord un fonds, puis une partie déterminée ou indivise de ce fonds, ou son usufruit ; d'abord le droit d'y passer avec chevaux et bêtes de somme, puis celui d'y passer à pied seulement ; ou d'abord une somme de 20 000 fr., puis une de 10 000 fr. seulement... Réciproquement : après avoir échoué sur la demande d'un droit d'usufruit, vous demandez la pleine propriété ; ou après avoir prétendu passer à pied, vous demandez à passer avec des bêtes de somme ; après avoir été repoussé sur une demande de 10 000 fr., vous en réclamez 20 000... Eh bien ! dit-on dans ce système, la chose jugée qui, dans la pre-

(151) X, 146 à 157.

(152) Proudhon, *Usufruit*, nos 1271 et 1272 ; Ponjol, *Obligat.*, n° 23 ;

Bonnier, *Preuves*, nos 762 à 766 ; Aubry et Rau, § 769, 2°, 2.

nière série de ces hypothèses, s'opposera à toutes ces prétentions, ne les empêchera nullement dans la seconde. — Or, rien n'est plus faux ! Quoi ? parce qu'il a été décidé que je ne suis pas votre créancier pour 20 000 fr., il a été jugé que je ne le suis pas pour 10 000 ; parce qu'il a été jugé que je ne pourrai passer sur un fonds avec voiture et bêtes de somme, je ne pourrai pas passer à pied ; parce que je n'ai pas été déclaré propriétaire d'un immeuble pour la totalité, il a été jugé que je ne le suis pas pour le quart, la moitié, ou que je n'en ai pas l'usufruit..... ? Ou à l'inverse, parce que je ne suis pas créancier pour 10 000 fr., je pourrai l'être pour 20 000 ; parce qu'il a été jugé que je n'ai pas le quart ou la moitié d'un immeuble, il n'a pas été jugé que je n'en ai pas la totalité ; parce qu'il a été reconnu que je n'en suis pas usufruitier, je pourrai encore me présenter comme propriétaire... ? propositions encore bien moins acceptables que les précédentes, et que plusieurs de nos adversaires n'ont pas même osé toutes adopter.

Ainsi, Toullier lui-même, en décidant que celui qui est repoussé dans une demande d'usufruit, peut encore réclamer la pleine propriété, voulant aller sans doute au devant de l'objection qu'on aurait pu lui faire : que la propriété étant adjugée par le second jugement, contenait évidemment l'usufruit refusé par le premier, ce qui serait une violation de la maxime : *in toto et pars continetur*, s'en tire, en disant que « ce ne sera plus au même titre » ; que l'usufruit, par la seconde demande, n'est plus obtenu que « comme « accessoire de l'objet principal et unique de cette seconde demande » (153)..... Nous sommes bien de son avis ; mais, s'il y a différence de cause, il n'y a plus différence d'objet ; et alors que devient le brocard avec toutes ses applications ? — Il y a mieux, la contradiction que Toullier a cru éviter dans ce passage, prouve évidemment une chose : c'est que la maxime en question est la condamnation formelle des solutions de toutes les espèces de la seconde série que l'on prétendait résoudre par l'application de la maxime inverse : *in parte et totum non continetur*. Car, s'il a été jugé qu'on n'avait pas droit à la partie, il est impossible de décider plus tard qu'on aura droit au tout, sans violer la chose jugée et arriver à des décisions contradictoires ; et s'il a été reconnu

qu'on avait droit à la partie, peut-on laisser juger de même ensuite qu'on n'avait pas droit au tout? Cela nous semble bien difficile, et l'on est forcé, dans cette hypothèse, d'admettre que la chose jugée fait obstacle à la seconde demande; mais nous demanderons aussi alors: que devient le second adage: *in parte et totum non continetur*, avec toutes ses applications?

Les solutions que l'on a présentées en matière de servitudes pèchent encore par d'autres points, en ce qu'elles partent toutes de l'idée que ces droits sont contenus les uns dans les autres; ce qui est inexact. Par exemple, Toullier, en disant qu'après avoir échoué dans la demande d'une servitude de passage à pied, on pouvait reproduire la demande en ce qui concerne le passage avec les bêtes de somme (154), invoquait à l'appui un fragment de Pothier qui contient la même solution (155); mais ce que Toullier ne disait pas, c'est que Pothier motivait sa décision, non pas sur ce que le droit de passer à pied *paraissait* (il ne dit pas même *était*) contenu dans celui de passer avec des bêtes de somme, mais sur ce que ces servitudes étaient d'une nature différente. C'est ce que semblent avoir très-bien compris Zacharie et ses traducteurs, quand ils écrivent que «le propriétaire d'un fonds qui a réclamé une servitude réelle sur un héritage, peut, malgré le rejet de cette demande, réclamer ultérieurement une servitude d'une espèce différente, qu'elle soit plus restreinte ou plus étendue que la première, et que, dans ce dernier cas, elle comprenne virtuellement ou non le droit qui avait fait l'objet de la première demande.» Seulement cette proposition, qui, dans l'opinion de ses auteurs, doit servir à expliquer pourquoi, après avoir demandé inutilement une servitude de passage à pied, on peut encore demander une servitude de passage avec voiture ou bêtes de somme, laquelle est (comme le pensait du reste Pothier) différente de la précédente; cette proposition, disons-nous, conduirait infailliblement à admettre qu'après avoir échoué dans la réclamation de la servitude de passage avec voitures (objet le plus étendu), on serait encore recevable à réclamer celle de passage à pied: ce qui est la négation formelle du brocard pourtant admis par nos adversaires.

(154) X, 119.

(155) *Op. cit.*, n° 893.

Nous pourrions encore multiplier les citations, et montrer que partout la théorie que nous combattons n'a conduit qu'à des incohérences et des contradictions perpétuelles; mais ce serait allonger inutilement cette discussion, et nous n'avons eu, en la présentant, qu'un but: c'est de prouver que le système porte complètement à faux, et qu'en voulant assujettir la solution des questions de cette matière à un principe plus mathématique que juridique, on arrive à des impossibilités, à des monstruosités que repoussent et l'équité et le bon sens.

Qu'en conclure à présent? dirons-nous pour cela que la maxime: *in toto et pars continetur* et sa contre-partie soient toujours un mensonge? Ce serait encore aller trop loin; si nous avons rejeté la plupart des exemples proposés par nos auteurs, c'était en raison de leur excessive généralité; mais loin de nous, de prétendre qu'il ne puisse en pratique se rencontrer telle hypothèse où le brocard tant critiqué ne soit vrai une fois: les espèces citées par Ulpien sont là pour attester que l'application en est quelquefois possible. Mais quand le sera-t-elle? Ce sera uniquement lorsque cette portion que l'on réclame avant ou après le tout, en fait partie intégrante et nécessaire, et non pas seulement lorsqu'elle est de même genre, ou lorsqu'elle peut exister isolément dans le rapport sous lequel on la considère (telle qu'une somme de 10 000 ou de 20 000 fr., dans le premier cas; une servitude de passage à pied ou en voiture dans le second); et, en général, toutes les fois que cette existence isolée est possible, la demande qui s'appliquera aux deux objets, étant fondée le plus souvent sur deux causes différentes, rendra l'application de la chose jugée d'autant plus difficile. C'est ce qui arrive lorsqu'on revendique les matériaux d'une maison, après avoir revendiqué inutilement cette maison: évidemment il y a là, dans le motif même que donne Ulpien pour refuser l'exception *rei judicatae*, une différence dans la cause (... *in ea conditione est, ut videntur aliud petere; etenim cujus insula est, non utique et cæmenta sunt, etc.*).

Ilors de là, et dans le doute, il vaut toujours mieux repousser les conséquences que l'on serait tenté de déduire d'une application trop séduisante de la maxime précitée; d'ailleurs il est fort rare que, dans la pratique, la question se présente avec la simplicité dogmatique de celles qui ont été avancées dans la controverse dont

nous avons parlé. Souvent même, dans la complication des rapports juridiques que l'on est appelé à envisager, on rencontrera un plus grand nombre d'espèces où la question d'identité d'objet ne se trouvera que faiblement engagée. Vouloir donc alors présenter des règles presque universelles, qui puissent guider dans l'appréciation de semblables difficultés, serait vraiment impossible; la seule règle que nous connaissions alors, c'est le bon sens et la sagacité du magistrat appelé à vider le différend. Se bien pénétrer avant tout du dispositif de la précédente décision dont on prétend opposer l'autorité, avoir égard ensuite uniquement aux conclusions produites à l'appui de la seconde demande, et faire jaillir la décision de la comparaison de ces éléments: telle est, en deux mots, la ligne de conduite la plus simple et aussi la plus sûre que l'on puisse tracer ici.

Pourtant il est quelques matières où l'identité d'objet se dessine avec des caractères assez tranchés, pour appeler un instant notre attention, et permettre l'application des principes qui viennent d'être exposés; nous allons les parcourir succinctement, dans la seconde partie de ce paragraphe.

II. SPÉCIALITÉS. — 1. Objets corporels (156). — 1° En prin-

(156) On s'étonnera peut-être de trouver énumérés, sous cette rubrique, des objets parfaitement incorporels, tels que des droits d'usufruit et d'autres servitudes, lesquels sont certainement aussi immatériels que le droit de possession, rangé pourtant sous la rubrique n° 2. Cette apparente confusion disparaîtra, si l'on s'attachera uniquement, dans cette classification, au but principal, au mobile de la demande. En effet, on peut envisager ce but sous deux points de vue; sous le point de vue de l'objet final, du résultat définitif de l'action: ce que nous appellerons l'*objet médiat* de la demande; et sous le point de vue de l'objet direct, le plus prochain de cette demande: celui que nous appellerons son *objet immédiat*. L'objet médiat, dans les matières personnelles et même dans la plupart des matières réelles, est toujours une chose corporelle, tandis que l'objet immédiat est,

dans tous les cas, partout et toujours une chose incorporelle. Ainsi la demande d'une servitude a bien un objet incorporel, si l'on considère principalement le droit réel sur la chose; mais non pas cette chose elle-même ou la portion de la chose sujet du droit; la demande en rescision d'une vente pour lésion a bien pour objet immédiat une chose incorporelle, la rescision, mais une chose corporelle si on a égard à l'objet médiat: la chose vendue, que la rescision fera rentrer dans le patrimoine du demandeur; enfin la revendication d'une chose a encore pour objet immédiat une chose incorporelle: le droit de propriété; pour objet médiat une chose corporelle: le meuble ou l'immeuble sur lequel porte ce droit. Eh bien! dans le présent numéro, il sera question uniquement de l'objet médiat sur lequel porte la demande; et dans le second, de l'objet immédiat. C'est ainsi que nous avons

cipe, et déjà d'après nos explications antérieures, il est aisé de voir que ce qui est jugé par rapport à une servitude réelle sur un immeuble, ne l'est pas par rapport à la propriété de cet immeuble, et réciproquement; que par exemple on peut, après avoir échoué sur la question de copropriété d'une forêt, y réclamer encore des droits d'usage (157).

Cette proposition, qui n'est déniée ni par Pothier, ni par Toullier (158), est cependant mal défendue par eux, quand ils prétendent l'étayer sur la loi 17, D. *De exc. præscr. et præj.*, laquelle aurait décidé, suivant eux, que celui qui réclame une servitude de passage sur le fonds Titien, peut encore demander à l'avenir la propriété de ce fonds, sans avoir à redouter l'exception *rei judicatæ*. Mais cette loi, nonobstant ce qu'en disent Cujas et Pothier (159), doit être expliquée par celle qui la précède: on voit en effet dans celle-ci qu'il s'agit d'une contestation sur la propriété du fonds Titien, auquel est due une servitude de passage sur le fonds Sempronien (et non sur le fonds Titien, comme on le lui a voulu faire dire) dont la propriété n'est pas contestée. Le défendeur, possesseur du

pu ici opposer la chose jugée, quant à la propriété d'un immeuble, à celle qui toucherait à des servitudes sur cet immeuble; et plus loin, la chose jugée sur la propriété en général, sur le pétitoire, à celle sur la possession, sur le possessoire; dans le premier cas, on n'envisage que la chose, objet du droit; dans le second, ce droit lui-même. — On le voit donc, et cette remarque a été faite par Marcabé le premier (sur l'art. 1351, n° VIII), on peut faire pour l'objet la distinction développée plus bas entre la *causa proxima* et la *causa remota* (§ 4, n° II); en admettant par analogie une *res proxima* et une *res remota*, qui correspondent respectivement à ce que nous désignons plus haut par *objet immédiat* et *objet médiate* de l'action. Seulement, dans notre matière, cette distinction n'a pas la même influence que dans la cause, sur la recevabilité de la seconde action, qui se fonderait par exemple seulement sur une différence dans la *res remota*: ainsi l'on n'a jamais douté que celui qui reven-

dique un fonds, ne pourrait plus tard en revendiquer un autre; et réciproquement, l'identité de la *res remota* n'est pas un obstacle à l'exercice simultané de deux actions dont les *res proximæ* sont différentes: ainsi, après avoir agi au possessoire, on peut encore agir au pétitoire sur le même immeuble; après avoir demandé la nullité d'une vente, on peut encore en demander la rescision, etc. (Voy. *infra*, n° 2). — Il suffit donc de l'absence d'identité dans l'un ou l'autre de ces éléments de l'objet, pour écarter la chose jugée: et, sous ce point de vue, il y a peut-être encore un certain intérêt à décomposer cet objet, pour en isoler les éléments, et apprécier plus facilement leurs similitudes et leurs différences.

(157) Colmar, 21 juillet 1830, aff. de la ville de Schlestadt (Dalloz, *Répert.*, 1^{re} Chose jugée, n° 124).

(158) Pothier, *Pand.*, ad tit. *De exc. rei jud.*, n° IX; Toullier, n° 153.

(159) Cujas, *Observ.*, V, 37; Pothier, *op. cit.*, note du n° IX.

fonds Sempronien, repoussera l'action confessoire qu'on essaiera d'intenter contre lui: non pas par l'exception *rei judicatae*, mais par une exception préjudicielle; parce qu'en laissant décider la question de servitude en faveur du possesseur du fonds Titien dont la propriété est litigieuse, on aurait ainsi un préjugé sur ce droit de propriété; et Paul dit alors dans la loi 17, que la sentence qui a rejeté l'action confessoire, ne fera pas obstacle à celle qui aurait pour objet la propriété même du fonds Titien: parce que, s'il a été jugé que ce fonds n'avait pas de servitude à prétendre sur le fonds Sempronien, il ne s'ensuivait nullement qu'il n'appartenait pas au demandeur. Telle est l'interprétation que donne Cujas lui-même, mieux avisé dans un autre de ses ouvrages (160), et qui a été adoptée par M. Duranton et plusieurs autres jurisconsultes (161).

— Ce qui est jugé par rapport au droit de passer à pied ou en voiture sur un champ, n'est pas jugé par rapport à celui de passer avec des bêtes de somme, comme le décidait déjà Ulpien lui-même (162), et *vice versa*: attendu qu'on peut parfaitement avoir le droit de passer à pied avec des bestiaux, sans avoir celui de passer tout seul. Ainsi encore l'existence d'une servitude passive *non altius aedificandi* par exemple, n'empêche pas de construire en profondeur, quoique ce droit soit compris dans celui de construire en hauteur, qui ne saurait exister sans avoir la faculté de construire en profondeur (163).

2° Par la même raison, la décision sur une réclamation de propriété n'empêche en aucune façon une demande postérieure d'usufruit; en tant bien entendu qu'on le réclame comme un droit distinct et détaché de la propriété, comme *usufruit formel*; et non plus comme compris dans cette propriété, comme *usufruit causal* (164).

3° Si l'on succombe dans une réclamation touchant une partie de l'immeuble, on peut en revendiquer une autre portion, soit divisée, soit indivise; et de même, après s'être posé en propriétaire d'une fraction divisée, on peut invoquer une propriété commune et

(160) *Comm. ad dict. l. 17, in lib. LIX Pauli ad edict.*

(161) Duranton, XIII, 466.

(162) l. 11, § 6, D. De exc. rei jud.

(163) Cass., 30 mars 1837 (*Dev.*, 1837, I, 980).

(164) l. 4, D. De usufr.; l. 21,

§ 3, D. De exc. rei judic.

indivise (165). Il n'y a pas non plus contradiction entre la prétention de se faire reconnaître propriétaire de la totalité de l'immeuble, et plus tard d'une portion seulement, et *vice versa*; quoique plusieurs auteurs aient enseigné le contraire, sans même invoquer les maximes que l'on sait. Mais, s'il n'y a pas contradiction sur ces points, il peut pourtant se faire qu'une seconde demande intentée dans ces conditions porterait sur le même objet; lorsque, par exemple, le jugement qui a débouté premièrement d'une prétention sur la propriété entière, est rendu dans une espèce telle et motivé de telle façon, qu'il ait été souverainement jugé que l'on n'est propriétaire, ni du tout, ni de la partie. Nous pensons du reste que, dans la pratique, il est difficile d'isoler l'objet de la cause; et que ce sera en général plutôt une diversité dans ce dernier élément qui pourra décider pour ou contre la chose jugée.

4° Les demandes relatives à des sommes d'argent donnent lieu aux mêmes remarques: s'il a été jugé que pour une cause vous ne me devez pas 1 000 fr., je ne puis faire juger plus tard que vous m'en devez davantage, à moins que le premier jugement ne m'ait repoussé que parce que le droit n'était pas concordant avec ma prétention, telle qu'elle était formulée, sans examiner s'il n'était pas inférieur ou supérieur quant aux chiffres; mais s'il avait décidé que vous ne me deviez rien, je ne serai pas même recevable à faire juger plus tard que vous m'en deviez moins. Tout cela se modifie donc suivant le libellé des exploits et les motifs du jugement (166).

5° Les fruits naturels, civils ou industriels, et en général tous produits et accessoires d'une chose corporelle ou incorporelle, ne forment qu'un seul et même objet avec cette chose. Donc, ce qui est jugé touchant les intérêts, contre le créancier ou contre le débiteur, est jugé touchant l'existence même de la dette, au moins si le jugement était motivé sur ce que le capital serait ou ne serait pas dû. La loi 23, D. *De exc. rei jud.* semble bien dire le contraire: mais c'est qu'à Rome l'absence des motifs du rejet de la demande laisser planer une sorte d'incertitude sur l'existence ou l'inexistence de la dette, et que, dans le doute, il valait mieux laisser in-

(165) Cass., 11 février 1831 (*Dev.*, 1831, I, 415).

(166) Dalloz, *Jurispr. gén.*, *co* Chose jugée, n° 115.

tacte la question du capital : et c'est au surplus ce qu'il faudrait encore admettre chez nous, toutes les fois que dans les considérants du jugement ou de l'arrêt touchant les intérêts, on ne trouverait aucune lumière sur la question de validité de l'obligation principale (167).

Les principes et les restrictions sont les mêmes, en ce qui concerne les rentes viagères; et, si l'on a jugé que la décision rendue sur la totalité des arrérages faisait loi pour l'existence même de la rente (168), on a par contre admis, avec autant de raison, qu'un jugement ordonnant la réduction des arrérages à échoir, n'a aucune autorité sur les arrérages échus (169). Ceci n'empêche pas non plus que, si les difficultés élevées sur le paiement de chacun des termes d'une somme d'argent, dus en vertu d'une seule et même obligation, étaient les mêmes, le jugement qui résoudrait ces difficultés et ordonnerait le paiement d'un terme, aurait évidemment force de chose jugée à l'égard des autres (170); parce que les différentes parties d'un capital divisé en termes n'ont pas entre elles cette indépendance d'existence que l'on retrouve dans les arrérages d'une rente viagère, dont chaque annuité constitue une obligation distincte. Réclamer plusieurs termes d'une dette, c'est toujours réclamer plusieurs parties d'un tout, d'une même chose : la demande reste constamment la même, puisqu'elle a pour objet unique l'exécution de la même obligation.

2. Objets incorporels. — 1^o Actions possessoires et pétitoires. Si la propriété renferme essentiellement le droit de posséder, comme, dans un autre ordre d'idées, elle renferme aussi le droit d'user et de jouir, c'est-à-dire le droit d'usufruit, les effets réciproques de la chose jugée sur le possessoire et sur le pétitoire doivent être les mêmes et se résoudre d'après les mêmes principes que ceux qui se produisent relativement à l'usufruit et à la pleine propriété. Il n'y a donc pas plus identité d'objet dans le premier rapport juridique que dans le second; et la jurisprudence, en conformité de ces principes, a proclamé que la chose jugée au possessoire n'a aucune influence sur l'action pétitoire que l'on intenterait

(167) Turin, 16 mars 1811 et Cass., 5 mai 1813 (*Dev.*, 4, 1, 313).

(168) Cass., 27 avril 1807 (*Dev.*, 2, 1, 380).

(169) Cass., 15 ventôse an IX (*Dev.*, 1, 1, 372).

(170) Cass., 20 décembre 1830 (*Dev.*, 1831, 1, 111).

plus tard pour le même immeuble (171). C'est au surplus ce que décidait déjà le droit romain : *Si quis interdicto egerit de possessione*, disait Paul (172), *postea in rem agens, non repellitur per exceptionem: quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis restituitur*. Et il résulte naturellement de cette idée, que le juge du pétitoire n'est pas lié par celui du possessoire, et peut statuer en sens inverse, sans avoir égard au préjugé qui semblerait découler de la décision sur la possession (173).

Cependant un principe, une maxime déjà ancienne qui prenait sa source dans une sorte de haine presque instinctive contre les possesseurs violents, et que l'on formulait ainsi : *Spoliatus ante omnia restituendus*, a fait introduire quelques restrictions aux effets de la chose jugée, restrictions du reste qui tiennent plutôt à la procédure qu'au fond même du droit. Ainsi le défendeur au possessoire n'est pas autorisé à se pourvoir au pétitoire avant la fin de l'instance possessoire (174); sans que, à l'inverse, on empêcherait l'action possessoire de suspendre le cours d'une action pétitoire, pendant laquelle elle aurait été incidemment soulevée par le défendeur au pétitoire (175): parce qu'il importe avant tout que les choses soient remises dans leur état primitif, et que le possesseur dépossédé rentre dans une jouissance dont il serait inique de le priver, même provisoirement, par suite d'un procès sur la question de propriété, soulevée peut-être par pur esprit de chicane, pour ajourner ou même paralyser indéfiniment la discussion sur la question de possession, et par conséquent sur les faits de violence.

Mais on ne s'en est pas tenu là, et voici une autre restriction, toujours la conséquence du même principe, mais qui n'est plus une affaire de pure forme. Si la chose jugée au possessoire n'a pas d'influence sur le pétitoire, par une juste réciprocité, il est naturel que la question de propriété ne doit constituer aucun préjudice

(171) Cass., 12 ventôse an X (Dalloz, 1^o Chose jugée, n^o 127 - 1^o); Nîmes, 17 juin 1812 (Dev., 1, II, 16). — *ubi supra*, 2^o; Cass., 22 août 1833 (Dev., 1833, I, 593); Bourges, 26 mai 1825 (Dev., 8, II, 80).

(172) L. 41, § 3, D. De exc. rei jud.

(174) C. de pr., art. 27.

(173) Cass., 17 février 1809 (Dev., 9, I, 316), et 6 février 1811 (Dalloz,

(175) Daparc-Poullain, *Principes de jurisprudence*, t. X, n^o 11. — Cass., 8 avril 1823 (Dev., 7, I, 222).

quant à celle de la possession. Eh bien ! il n'en est point ainsi dans notre droit ; par suite d'une présomption légale, peut-être un peu hardie, et en vertu de laquelle celui qui agit d'abord au pétitoire, est censé avoir renoncé en faveur de son adversaire aux avantages de la possession, l'art. 26 du Code de procédure ne permet plus au demandeur qui a pris la voie du pétitoire, de retourner à celle du possessoire. La décision, disions-nous, est un peu hardie quant à son fondement, et les législateurs, en la consacrant, ont peut-être trop sacrifié à l'autorité d'anciennes pratiques : il eût sans doute mieux valu revenir aux vrais principes de la matière, et repousser les conséquences d'un rapport juridique qui n'existe pas.

C'est ce que les Romains avaient décidé sans difficulté ; chez eux, en effet, il était loisible d'agir par l'interdit, après avoir usé de la revendication (176), ou même de se faire délivrer cumulativement les deux remèdes de droit : chose formellement prohibée aujourd'hui (177). C'est encore à la vérité ce que l'on déciderait sous notre législation, dans celle des hypothèses précédemment indiquées, où le possesseur évincé aurait été prévenu dans son action possessoire par l'action pétitoire de son spoliateur, soit même par le jugement rendu sur cette action : doctrine qui tire toute sa force de la maxime ci-dessus et de l'art. 26 précité, lequel déclare le demandeur seul non recevable à agir au possessoire, en supposant bien par là au défendeur le droit de prendre cette dernière voie. On ne pourrait argumenter du défaut d'intérêt que cette procédure présenterait à son égard : parce que, s'il ne peut plus obtenir *ipso facto* la possession d'une chose dont il n'a pas été reconnu propriétaire, il conservera au moins le droit de réclamer des dommages et intérêts, à raison du trouble que les voies de fait de l'adversaire ont apporté à sa jouissance ; on ne pourrait pas davantage se rejeter sur la prohibition du cumul du possessoire avec le pétitoire : parce qu'il n'est pas interdit, quand les deux actions ne sont pas exercées par la même personne.

2° *Actions en nullité, en résolution, en rescision et en réduction.*

(176) L. 12, § 1, D. De acq. vel amitt. possess.; L. 18, § 1, D. De vi. — Voy. la Dissertation romaine, ch. 1^{re}, § 1, n° 1.

(177) C. de pr., art. 25; Arg. L. 1, § 1, D. Quod legat.

Ces actions diffèrent la plupart entre elles autant par la cause que par l'objet. En effet, les premières peuvent être invoquées à propos de tout vice de forme ou de fond, mais existant dès le principe et concomitant avec la passation même de l'acte : par exemple, soit un défaut de signature (178), un nombre insuffisant de témoins (179); soit l'absence de consentement (180), l'incapacité des parties contractantes (181), la simulation par suite du déguisement ou de la falsification de l'acte et de l'interposition de la personne (182). — Les secondes se basent sur des faits analogues, mais dont la naissance, bien postérieure en date à l'acte en question, a été prévue expressément ou tacitement par les parties : la plupart du temps, pour se réserver la faculté de réparer une lésion, un préjudice matériel ou moral, résultant du contrat qu'elles ont formé. Comme cause de résolution expresse, on peut citer le pacte de rachat (183); comme cause de résolution tacite, celle qui provient d'inexécution des conditions (184), d'abus de jouissance (185), d'ingratitude ou de survenance d'enfants (186) : le tout, suivant la nature des actes attaqués. — Enfin les actions en rescision et en réduction ne naissent que de la lésion pécuniaire : telle est l'action en rescision d'un partage ou d'une vente qui causerait un préjudice déterminé suivant une certaine quotité (187). Telles sont les actions en réduction des engagements ruineux pour le mineur (188); des prix d'achat ou de loyer de choses inférieures en quantité ou en qualité à celles que l'acheteur ou le locataire

(178) Voy. entre autres : C. Nap., art. 970, 973 et 976, rapprochés de l'art. 1001; L. 25 ventôse an XI, art. 68; C. Nap., art. 2185-1^{er}. — C. de proc., art. 274. — C. de comm., art. 122 et 509.

(179) Voy. entre autres : C. Nap., art. 971 et 988, rapprochés de l'art. 1001; L. 25 ventôse an XI, art. 9. — C. de pr., art. 585. — C. de comm., art. 173.

(180) C. Nap., art. 1108 et 1109; 180, 1396.

(181) C. Nap., art. 1121; 499, 509 et 513; 901 à 903, et 1595 à 1597.

(182) C. Nap., art. 911, 1099 et 1100. — C. de pr., art. 211.

(183) C. Nap., art. 1638 Comp. art. 1183.

(184) C. Nap., art. 1610, 1618, 1620, 1636, 1638; 1752, 1766; 2037 et 2131.

(185) C. Nap., art. 618; 2082, al. 4^{re}.

(186) C. Nap., art. 955, 1046; art. 960.

(187) C. Nap., art. 887 et 1079; art. 1671. Voy. aussi : art. 1303, pour la rescision, au profit des mineurs, de toute espèce de conventions lésionnaires.

(188) C. Nap., art. 484, al. 2.

avait le droit de réclamer (189); des libéralités excédant la quotité disponible (190); enfin des cautionnements ou des hypothèques dont l'importance est hors de proportion avec le montant des dettes garanties (191). — Voilà pour la cause.

Quant à l'objet de la demande, la non-identité entre chacune de ces actions est manifeste. La nullité ou la résolution conduit à un anéantissement plus complet que la rescision, puisqu'il ne peut être évité dans le premier cas, comme dans le second, par l'offre d'une indemnité suffisante (192); et la nullité est aussi quelquefois plus radicale que la résolution, quand celle-ci n'opère pas d'une manière rétroactive (193), ce qui n'arrive jamais à celle-là; en revanche, les actions en résolution et en réduction se prescrivent en général par trente ans, tandis que les deux autres s'éteignent toujours au moins par le laps de dix ans, si même la loi n'en a pas parfois circonscrit l'exercice dans un délai encore plus court (194). Enfin, entre les trois premières classes d'actions et la dernière, celle des actions en réduction, l'identité d'objet est matériellement impossible; car celles-ci laissent subsister en partie l'acte critiqué, celles-là le détruisent complètement. — Voilà pour l'objet.

Nous possédons plusieurs monuments de jurisprudence qui présentent des applications de ces principes. Ainsi l'on a reconnu l'absence d'identité d'objet : entre la demande en rescision d'une vente ou d'une adjudication, et celle en nullité pour dissimulation du prix de cette vente, ou pour falsification de la requête destinée à parvenir à cette adjudication (195); entre la demande en nullité

(189) Pour une contenance inférieure à celle que déclare le contrat de vente, voy. C. Nap., art. 1617; et celui de bail à ferme, art. 1765. Pour l'éviction partielle de la chose vendue, voy. art. 1631 et 1633; et pour celle de la chose louée, art. 1722, 1726 et 1769. Pour l'existence de vices rédhibitoires dans la première, voy. art. 1644; dans la seconde, art. 1721.

(190) C. Nap., art. 920 et 1020; 1496 et 1528.

(191) C. Nap., art. 2013; art. 2143 à 2145, et 2161.

(192) C. Nap., art. 891 et 1681.

(193) C. Nap., art. 958.

(194) C. Nap., art. 1304 rapproché des art. 183 et 1676.

Il faut cependant reconnaître que le terme de trente ans appliqué à la prescription des actions en résolution et en réduction, est aussi sujet à quelques restrictions : pour les premières, voy. les art. 937, 1047 et 1622; pour les secondes, les art. 1622, 1648 et 1660, et l'art. 3 de la loi du 29 mai 1838.

(195) Pour la vente, voy. Cass., 29 avril 1839 (*Dev.*, 1839, I, 435); pour l'adjudication, voy. Cass., 5 mai 1813 (*Dalloz*, *op. et r^o cit.*, n^o 206, 2^o).

de la vente d'un brevet de maître de poste, pour cause de refus de démission de la part du titulaire, et la demande en résolution pour défaut de livraison de ce brevet, après démission donnée (196); enfin entre la demande en révocation d'une donation, pour survenance d'enfants, et celle en réduction de cette même donation, pour cause d'excès sur le disponible (197).

3° Une hypothèse particulière a soulevé beaucoup de difficultés, en théorie comme en pratique; c'était celle de savoir s'il y a identité entre l'action en revendication d'objets mobiliers, autorisée par les art. 2102-4° du Code Napoléon et 576 du Code de commerce, et l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, exercée en vertu de l'art. 1651 du premier de ces Codes. Dans l'espèce, il s'agissait de la vente d'une coupe de bois, faite par un individu tombé peu après en état de faillite; il forma alors immédiatement une demande en revendication de ces bois, mais vit sa prétention rejetée du tribunal, parce qu'il s'était fait en même temps admettre au passif de sa faillite, pour le montant des billets donnés par l'acquéreur de la coupe. Plus tard, nouvelle action de la part du failli, qui conclut cette fois à la résolution de la vente, pour défaut de paiement du prix. Il fut encore débouté; et la Cour d'Orléans, juge de l'appel, confirma cette sentence, en se fondant principalement sur ce que la demande en résolution n'était qu'un moyen nouveau, imaginé pour arriver aux mêmes fins que par la revendication: et que ces deux demandes ayant le même objet et se basant sur la même cause, le défaut de paiement du prix, le principe de l'autorité de la chose jugée devait s'interposer entre elles et rendre la seconde non recevable. Le pourvoi en cassation contre cet arrêt fut rejeté par les mêmes motifs (198).

Nous avouons pour notre compte, si nous devons donner notre avis, qu'il nous semble bien difficile d'accepter de pareilles raisons; et, s'il y a ici un certain caractère d'identité dont l'existence se révèle comme instinctivement à la pensée, il faut pourtant reconnaître qu'en cherchant à l'expliquer par les règles qui gouvernent

(196) Cass., 19 juillet 1813 (*Dev.*, 1811, I, 236).

(197) Cass., 5 juin 1821 (*Dev.*, 6, I, 416).

(198) Cass., 19 avril 1836 (*Dev.*, 1837, I, 42).

la revendication et la résolution, sous le prétexte plus que spécieux que toutes deux prennent leur source dans la circonstance de non-paiement du prix, il faut reconnaître, disons-nous, qu'on a commis là une étrange confusion de principes, une véritable hérésie juridique. La revendication ne peut exister qu'à la condition qu'il n'y ait plus de vente, et le paiement du prix n'est pas une cause d'inexistence ou de nullité, mais de *résolution* de la vente : les détails donnés plus haut justifient assez cette distinction, et montrent qu'elle ne réside pas seulement dans les mots. Si donc l'absence de paiement n'empêche pas la vente d'exister (à la différence de ce qui arrivait en droit romain), puisque chez nous elle est parfaite, *inter partes*, par le seul consentement, si d'ailleurs elle ne la résout pas non plus de plein droit, ce que personne ne soutient, en l'absence de pacte commissaire (199); comment oserait-on prétendre que le vendeur pourrait exercer la revendication, avant que cette résolution ait été prononcée?

Je sais bien qu'on croit échapper (200) à cette conséquence, en disant que la revendication peut être intentée même par ceux qui ne sont pas propriétaires; et l'on cite à l'appui (comme le faisait au surplus le demandeur au procès) les art. 2102 du Code Napoléon et 576 du Code de commerce, qui, en attribuant cette action au vendeur non payé, supposent nécessairement qu'il y a eu vente et que, par suite, le défaut de paiement du prix peut donner naissance à la revendication. Mais nous répondrons tout de suite qu'il faut écarter du débat ces deux articles et les rapports plus ou moins problématiques qui les unissent : — le premier, qui a donné lieu à tant de systèmes, parce qu'il ne serait, suivant l'un (201), qu'une action en résolution déguisée sous un autre nom; et que, si même on admettait avec le demandeur qu'il proclamât le principe de la revendication, dont les art. 576 et suivants du Code de commerce ne seraient alors que le développement pour les matières

(199) Tel était en effet le cas de l'espèce proposée; mais si une semblable clause s'y fût rencontrée, elle eût certainement légitimé la revendication, et par contre fait obstacle à l'action résolutoire: non point alors en vertu des règles de la chose jugée, mais parce qu'il eût été inutile de faire

prononcer en justice une résolution déjà opérée de plein droit.

(200) Voy. M. Dalloz, *re Chose jugée*, n° 269.

(201) C'est le système de MM. Duraudon, XIX, 120, et Bravard, *Man. du droit comm.*, sur l'art. 576 précité.

commerciales, il faudrait reconnaître, avec l'opinion la plus accréditée aujourd'hui (202), que la revendication dont il s'agit est une revendication *sui generis*, une revendication du droit de gage, propre à faciliter l'exercice du privilège conféré au vendeur par la loi; — et le second article, parce que, de l'avis des meilleurs interprètes de la législation commerciale, comme de l'aveu même de nos adversaires (amenés peut-être malgré eux à cette conclusion), la revendication de cet article ne serait qu'une action en résolution, improprement qualifiée par le législateur.

Que concluons-nous de tout ceci? Faudra-t-il dire que la Cour d'Orléans et, après elle, la Cour de cassation se sont trompées, en admettant une identité qui n'existerait pas? Non certes; et pour notre compte, nous sommes loin de critiquer la décision quant à son dispositif; mais pourquoi? c'est que le demandeur, pour avoir revêtu ses deux actions de dénominations différentes, n'en exerçait pas moins au fond la même demande; et qu'en basant la seconde sur l'art. 1651 du Code Napoléon, il lui donnait en réalité la même cause et le même objet qu'à celle qu'il avait intentée d'abord, en vertu de l'art. 576 du Code de commerce.

§ 4. De l'identité de cause.

I. NOTIONS GÉNÉRALES. DE CE QU'ON APPELAIT A ROME *EXPRESSA CAUSA*. — Il faut bien se pénétrer du sens que l'on attache ici au mot *cause* ou, comme on dit quelquefois, au *titre*: car il diffère de celui qui s'emploie en matière d'obligations. Dans ces dernières, la *cause* est le motif juridique présumé par la loi être celui qui a déterminé les parties à contracter; elle se sépare encore du *but* immédiat que l'on se propose d'atteindre en s'obligeant, et qui peut consister, soit dans l'acquisition d'une créance, d'un droit réel ou des deux choses réunies, soit dans l'extension d'une obligation préexistante. Mais en matière de chose jugée, la *cause* est le principe générateur du droit réclamé; ou plus explicitement: le fait

(202) Ce système a été développé pour la première fois, dans un concours en 1839, par M. Vuatrin, aujourd'hui professeur de Droit administratif à la faculté de Paris. Il a ensuite été adopté par MM. Aubry et Rau (§ 336, texte et note 47, 3^e édit.), et Valette (*Des privil. et hypoth.*, I, 90).

juridique qui forme le fondement direct et immédiat du droit que la partie veut exercer, du bénéfice qu'elle entend réclamer (203).

La nécessité de cette condition est, comme pour les deux précédentes, formellement énoncée dans les textes romains, qui la désignent par les expressions *eadem causa petendi*, et plus généralement *eadem quaestio* (204) : locution qui comprend à la fois et la cause et l'objet. Mais il y avait encore chez les Romains des distinctions qui venaient compliquer le principe de cette condition, et que nous n'admettrions plus si facilement aujourd'hui. Il convient d'en dire un mot.

Quand une action personnelle, touchant une certaine chose, avait été rejetée, une seconde action relativement à la même chose n'était point pour cela repoussée par l'exception *rei judicatae*, si l'obligation qui servait de base, de *causa* à chacune des deux prétentions n'était pas la même : en d'autres termes, la cause de l'action était toujours différente, si l'obligation l'était aussi ; et dans toutes les instances en matière personnelle, la cause se trouvait spécifiée dans la demande, dans l'*intentio* de la formule, au moins sous le régime du droit classique. Il en était tout différemment dans les actions réelles : si l'action par laquelle on réclamait, par exemple, la propriété d'une chose, ou tout autre droit sur cette chose, avait été rejetée, on ne pouvait plus la reproduire de nouveau à propos du même objet ; lors même que la première fois l'origine de la propriété, la cause, si l'on veut, eût été autre que dans la seconde. C'est que, s'il est possible d'être deux fois créancier d'une même chose à deux titres différents et de deux manières différentes, il n'est pas possible d'en être propriétaire dans ces conditions ; ou, en d'autres termes, la diversité de cause qui, dans le premier cas, donne naissance à une diversité d'obligation, ne produit plus dans le second une diversité de *droit* : on est propriétaire ou on ne l'est pas ; mais on ne peut l'être de deux manières. Seulement le même droit s'appuie sur des motifs différents d'acquisition ; et le

(203) En matière de prescription, la cause ou le titre se définit encore comme pour la chose jugée, et non point comme pour les contrats. Voy. la définition du juste titre donnée dans

la dissertation sur l'Action Publi-
cienne : ch. II, § 2, n° 1.

(204) L. II, pr., D. *De exe. rei jud.* l. 3, D. *eod. tit.* Voy. aussi : Voet, *Comm. ad tit. De exe. rei jud.*, n° 3.

jugement rendu sur une question de propriété comprend à la fois tous les titres capables de procurer cette propriété. Cette distinction se trouve nettement formulée dans la loi 14, § 2, D. *De exc. rei jud.* (205).

Les principes précédents souffraient pourtant, en matière réelle, deux exceptions à Rome: 1° Si le titre de propriété invoqué par le demandeur dans la seconde action, avait une origine postérieure à la fin du premier litige; c'est ce que les commentateurs appellent la *causa superreniens* (206). Elle repose sur la règle, qu'un jugement ne doit jamais rien décider que pour l'époque où il a été rendu, et que tous les changements ultérieurs dont les rapports juridiques sont susceptibles, doivent échapper à son action. D'après cela on ne verrait pas trop pourquoi la même exception ne serait pas en vigueur pour les actions personnelles; et c'est aussi ce qui arrivait par exemple lorsqu'on réclamait l'exécution d'une obligation conditionnelle, avant l'accomplissement de la condition: celle-ci une fois accomplie, permettant alors de reproduire une action qui eût été intentée auparavant sans succès (207). Mais la plupart du temps, dans cette classe d'actions, il devenait inutile d'invoquer la *causa superreniens*; puisque précisément comme nous l'avons fait remarquer, deux obligations fondées sur deux causes différentes donnent en général naissance à deux actions différentes:

2° Si le demandeur pouvait rapporter exclusivement son action à une origine déterminée (*expressa causa*); car alors le rejet de sa prétention n'aurait pas fait obstacle à une action nouvelle intentée à un autre titre (208).

Toutefois la légitimité de cette seconde dérogation à la règle sus-énoncée a été et est encore aujourd'hui vivement controversée parmi les interprètes (209); il n'entre point dans notre plan de dé-

(205) On trouve des applications de ce principe doctrinal dans les textes suivants du Digeste: L. 159, D. *De reg. jur.*; L. 3, § 4, D. *De acq. vel amitt. possess.*; L. 18, D. *De oblig. et act.*; L. 93, § 1, D. *De leg. III*; L. 28, §§ 13 et 14, D. *De libert. leg.*; L. 11, §§ 2 et 30, pr., D. *De exc. rei jud.*; et dans Gaius, IV, 55.

(206) L. 11, §§ 1 et 5, D. *De exc.*

rei jud. — On en trouvera des applications dans la loi 42, D. *De lib. causa*, et dans la loi 17, D. *De exc. rei judic.*

(207) L. 43, § 9, D. *De adilit. edict.*

(208) L. 11, § 2, et L. 14, § 2, D. *De exc. rei jud.*

(209) Pour l'affirmative: Savigny, *Tr. de droit rom.*, t. VI, app. XVII

velopper ici les éléments de cette discussion, car nous n'aurons pas de peine à démontrer tout à l'heure qu'elle n'a aucun intérêt chez nous. Disons seulement, en passant, que la manière de voir que nous avons présentée, paraît avoir réuni le plus grand nombre d'autorités; et il semble même, à lire Pothier (210), qu'elle avait pris faveur de son temps, et cela aussi gratuitement que s'il s'agissait de la ressusciter aujourd'hui. En effet, ce serait une erreur de croire que chez nous, et d'après la manière de formuler les prétentions devant les tribunaux telle que nous la comprenons aujourd'hui, tous les titres à l'aide desquels on pourrait avoir acquis le droit réel qu'on entend faire reconnaître à son profit, se trouveraient, par la seule force des choses, déduits en justice dès le principe; de telle sorte que le jugement rejetant une pareille action, constituerait le demandeur non recevable à la reproduire; et ce qui rend ce résultat tout-à-fait impossible dans notre système de procédure, c'est l'obligation imposée, par l'art. 61 du C. de proc., à tout demandeur, de comprendre, à peine de nullité, dans son exploit d'ajournement, l'exposé des moyens et l'indication de la cause alléguée. Il faudrait donc supposer que l'adversaire eût négligé de faire valoir ce moyen de nullité *in limine litis*, comme il en est tenu; mais il resterait encore les motifs du premier jugement, qui éclaireraient suffisamment sur la nature du titre ayant servi de base à la demande, et ce ne serait qu'en cas d'obscurité ou d'absence totale de motifs concluants, qu'en désespoir de cause enfin, que nous accorderions alors (comme le font du reste MM. Aubry et Rau (211) dans tous les cas) au jugement intervenu, l'autorité de la chose jugée, quant à tous les titres que le demandeur pouvait invoquer à l'appui de sa prétention, et que ni lui ni les juges n'avaient eu la précaution de mettre en lumière dans les divers actes de la procédure.

II. DE LA DISTINCTION ENTRE LA CAUSA PROXIMA ET LA CAUSA REMOTA.

— 1. **Généralités.** — En matière d'obligations, la cause se rapproche assez du but de l'engagement; en matière de chose jugée,

(trad. Guenou); Brackenbush, *op. cit.*, § 9, note 22, etc. Pour la négative: Puchta, *Instit.*, § 175, *Formles.*, t. I, p. 435, et *Rhein Mus.*, t. II, p. 251 à 270, et t. III, p. 467 à 487; Vangerow, *Pand.*, § 173, rem. V, n° 4, etc.
 (210) *Op. cit.*, n° 891.
 (211) § *cit.*, n° 3.

la cause a une certaine affinité avec les moyens, et les moyens avec les preuves: ces dernières étant aux moyens ce que ceux-ci sont à la cause. Ceci appelle une explication; prenons un exemple, pour la rendre plus facile.

J'attaque une donation que j'ai faite en faveur d'un individu, sous prétexte que mon consentement a été obtenu par des violences exercées sur ma personne; je succombe dans cette prétention. Plus tard je la renouvelle, mais la fonde cette fois sur une erreur commise par moi, et portant sur la substance même de l'acte: j'ai fait, si vous voulez, une donation, croyant passer un simple acte à titre onéreux. Voilà bien deux causes différentes: 1^o violence; 2^o erreur; mais serai-je recevable à les proposer successivement toutes deux? A ne consulter que le texte littéral de la loi, évidemment oui. — Mais poursuivons. Je suis encore débouté, et je recommence le procès, en alléguant des manœuvres frauduleuses, captatrices, qui m'ont surpris un consentement que je n'eusse pas donné sans ces circonstances; il y a là encore une autre cause: le dol; serai-je toujours recevable? Oui encore, en se tenant dans les termes rigoureux de l'art. 1351. — Il y a mieux; outre ces divers griefs qui tous se rapportent à un seul genre de cause, les nullités du consentement, et non pas réellement à des causes différentes, il existe encore divers moyens à présenter à l'appui de chacun de ces griefs: autrement dit, chaque élément du consentement, auquel se rapportait un vice spécial affectant son existence ou sa validité, est lui-même susceptible d'être établi au moyen d'une série de preuves que je puis présenter avec plus ou moins de succès; et il se peut que la perte de l'un ou l'autre de ces procès secondaires provienne uniquement de l'insuffisance de ces preuves; serai-je alors admis à recommencer le procès en nullité du consentement, sur le même chef que précédemment, en établissant qu'il est survenu depuis le jugement d'autres griefs, de nature à décider péremptoirement de l'issue, en ma faveur? pourrai-je encore une fois être écouté? Sur ce point même le Code, pour être muet à l'art. 1351, vient manifestement à l'appui de mes prétentions: car, en matière de divorce, et, suivant une analogie que rien ne semble devoir repousser, en matière de séparation de corps, l'art. 273 du C. Nap. nous dit formellement qu'on peut pro-

duire, dans l'intérêt d'une nouvelle demande, les faits qui n'auraient pas été admis dans une première instance, comme suffisamment pertinents; à charge, bien entendu, d'en articuler d'autres assez probants eux-mêmes. Il n'a donc pas répugné aux organisateurs de notre procédure civile, d'accorder au demandeur malheureux dans l'administration de sa preuve, la faculté de réitérer son action, en l'étayant sur de nouvelles preuves ou même en y ajoutant celles qui ont déjà été jugées insuffisantes; et l'on peut en conclure qu'il me restera, dans mon procès en nullité du consentement, encore d'autres moyens ou preuves subséquentes, sur le fondement de chacune desquelles il me sera possible d'édifier une nouvelle contestation tout-à-fait indépendante des précédentes. J'aurai donc ainsi à ma disposition, d'abord sur les causes générales, ensuite sur les éléments de ces causes, et enfin sur les preuves de ces éléments, une filière de procès qui auront bientôt fait disparaître et le patrimoine litigieux, et celui de mon adversaire, et le mien propre.

Or est-il possible que la loi ait entendu consacrer une aussi monstrueuse involution de procédure? Nous ne ferons pas à nos législateurs l'injure d'y croire un seul instant. D'abord il nous sera facile de réduire tout de suite à néant l'autorité de l'art. 273 du C. Nap., pour établir que la même demande fondée sur de nouvelles preuves le serait plus admissible. Déjà nous pourrions argumenter de la présence seule de cette disposition, et nous écrier : *qui dicit de uno, negat de altero* ; car si l'on a pris la peine de l'insérer dans cette partie du Code, c'est qu'évidemment elle ne doit pas recevoir d'application dans le droit commun, et l'on ne pourrait pas objecter qu'en matière de divorce et de séparation de corps, il y aurait des raisons encore plus graves pour mettre un terme à la multiplicité de procès toujours longs et toujours scandaleux : cette apparente contradiction légale ne supporte pas un examen plus approfondi. L'ensemble des motifs, des éléments d'une condamnation sur de pareilles demandes constitue un faisceau de moyens, susceptible de varier et de changer de caractère par l'adjonction de nouveaux faits établis par l'enquête; la variation dans ces moyens entraîne la diversité dans la cause de la demande; d'où il résulte qu'une seconde action, reproduite après une tentative

infructueuse, mais étayée sur de nouveaux faits, n'est réellement plus fondée sur la même cause: la seconde demande est bien *analogue* à la première, mais elle ne lui est plus identique. Ajoutons que des raisons de bienséance ou telles autres circonstances particulières, peuvent, dans la première instance, commander à l'époux de faire certains faits qu'il était d'ailleurs parfaitement en mesure d'établir. Il n'y a donc pas ici violation de la chose jugée, dans le fait d'admettre une seconde demande, basée en partie sur les mêmes moyens; et l'exception qu'on voulait trouver aux principes de notre matière, se change au contraire en une consécration formelle de ces principes. — Toutes ces considérations démontrent surabondamment que l'art. 273 reste spécial au genre de matière sur laquelle il statue, et qu'il faut se garder de toute extension des règles qu'il consacre: on peut d'ailleurs enregistrer plusieurs décisions judiciaires en ce sens (212).

Mais en dehors de cet ordre d'idées et en éliminant par là de nombreuses contestations, il en reste encore une source assez féconde, pour justifier les critiques que nous avons présentées; sera-t-il donc aussi possible de sortir de cette difficulté, comme de la précédente? Oui, sans doute, mais nous n'en trouverons pas le nœud dans notre législation: c'est dans celle des Romains qu'il faudra encore puiser (213). Leurs jurisconsultes professaient à cet égard une théorie qui, malgré le silence de nos lois sur ce point,

(212) Voy. entre autres: Cass., 14 janvier 1839 (*Dev.*, 1839, I, 119), et 18 novembre 1845 (*Dev.*, 1846, I, 71).

Pourtant la Cour de Rennes a jugé, le 26 février 1816, qu'on pouvait renouveler une demande d'abord rejetée par suite d'un manque absolu de preuves à l'appui, en fournissant la seconde fois les moyens de justification nécessaires (*Journ. du Pal.*, t. XIII, p. 301). A ceux qui estimeraient que cette décision s'écarte un peu de la doctrine tracée au texte, nous ferons observer que l'abus des *lites de comminatos*, incomplètement extirpé de la jurisprudence de ce ressort, doit rendre au moins suspecte la valeur des arrêts qui en émanent. Voy. au surplus ce que nous disons

sur cette question: *infra*, ch. III, § 3, n° II, 2. — D'un autre côté, si la découverte d'une quittance de paiement ou d'autres pièces retenues par l'adversaire, en venant apporter au demandeur un surcroît de moyens à l'appui de sa prétention, ne le rend plus non recevable, après une première tentative malheureuse, c'est qu'il y a là, dans cette circonstance, une voie de rétractation de la chose précédemment jugée; comme nous le verrons ci-après: chap. III, § 3, n° II, 3.

(213) Il paraît que le génie inventif des jurisconsultes romains n'avait pu ni enrayer le goût des procès, ni réduire beaucoup leur nombre: à en juger par les récriminations de tout genre qu'on rencontre chez les auteurs

doit encore y prendre place, même aujourd'hui : nous voulons parler de celle de la fameuse *causa proxima actionis*, dont le germe se trouve dans la loi 27, D. *De exc. rei judic.* ainsi conçue : « *Quum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt : personae, id ipsum, de quo agitur, CAUSA PROXIMA ACTIONIS; nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum judicatum esset, nota instrumenta causae suae reperisset.* »

Or, qu'entend-on par *causa proxima actionis*? La plupart des interprètes, surtout parmi les anciens, ne paraissent pas s'être douté que ces seuls mots renfermassent tout un système d'épineuses difficultés; car ils n'ont pas même pris le soin d'en donner une définition convenable; et parmi les modernes, ceux qui sont entrés le plus profondément dans la matière, sont loin de s'entendre sur l'extension que le nouveau principe peut et doit recevoir. Selon Puchta (214) la *causa proxima* serait le fondement même de l'action introduite en justice, le *fundamentum agendi proximum*; mais non plus, le fondement de l'acquisition, le titre, si l'on veut, du droit du demandeur, qui constituerait au contraire la *causa remota*, ou mieux encore la *CAUSA CAUSAE actionis*. Cette explication plus ou moins divinatoire se base sur une impossibilité juridique; car elle suppose que le titre de l'acquisition que l'on vient défendre en justice, ne serait pas le fondement le plus immédiat de l'action destinée à vivifier ce droit. Or, nous le demandons, est-il rationnel de distinguer entre la *causa petendi* et la *causa acquirendi*, quand il s'agit d'établir et de justifier ses prétentions? et, dans ce cas, n'est-on pas obligé d'invoquer avant tout l'origine, la cause du

de ces temps-là. Nous ne citerons ici que l'épigramme suivante de Martial (l. VII, ép. 64) :

*Las le bis deus a romeraster fr-gora brura
Conterit una tribat, Geterel are, foris,
Ah muer et de nens! e giori litigat anas
Quisquam qui vici, Gergilene, potest.*

Chez nous aussi, Montesquieu se plaignait amèrement de cette véritable plaie sociale, dont il accusait les lois étrangères, et surtout les lois romaines qui avaient pris droit de cité dans notre législation. « Il serait assez difficile de décider, » écrivait-il dans ses

Lettres persanes (lett. Cl), « si la forme s'est rendue plus pernicieuse, lorsqu'elle est entrée dans la jurisprudence, ou lorsqu'elle s'est logée dans la médecine; si elle a fait plus de ravages sous la robe d'un jurisconsulte que sous le large chapeau d'un médecin; et si, dans l'une, elle a plus ruiné de gens, qu'elle n'en a tué dans l'autre. »

(214) *Vorles.*, sur la loi 27 précitée, *comm.* I, p. 135; et *Rhein. Mus.*, *Ueber die expressa causa*, texte et note 18 (t. II, p. 251 à 270).

droit réclamé? — Savigny (215) au contraire nous semble avoir parfaitement saisi la véritable signification de cette expression, dans les exemples qu'il cite à l'appui; mais il n'en a pas non plus donné de définition. Nos auteurs français ne sont guère plus explicites, et parmi eux, Marcadé seul (216), à notre connaissance, a consacré quelques développements à cet intéressant point de doctrine.

En dernière analyse, quel sera donc le sens à attacher à la *causa proxima actionis*? Ce sens, le voici: il a trait directement à une extension de l'identité de la cause en général; il ressort d'une pure antithèse entre les causes prochaines et les causes éloignées, entre les causes immédiates et les causes médiate, entre ce que nous appelions plus haut simplement les causes et les moyens de la demande: ceux-ci étant l'espèce, celles-là le genre. Les premières seules influent le plus directement sur la demande, et doivent par suite seules être prises en considération dans la question d'identité à débattre; les secondes ne sont que des éléments des causes prochaines ou immédiates qu'elles viennent justifier ou plutôt spécialiser: ce sont les causes de la cause elle-même, et dont, en raison de leur multiplicité et de leur diversité, la loi ne pouvait se préoccuper, sans éterniser les procès, comme nous le constatons plus haut. En se conformant à cette terminologie, et en l'appliquant à l'exemple que nous proposons alors, nous appellerons *causa proxima*, cause immédiate de la demande dirigée contre la donation, le vice du consentement: c'est là le genre de cause dont la violence, l'erreur, le dol, etc., ne sont que des espèces, des manières d'être différentes, sous lesquelles se présente le vice en question; et ces espèces, ces manières d'être seront les *causæ remotæ*, les causes médiate.

On voit *a priori* maintenant l'utilité de la doctrine des juriconsultes romains: en effet, si Nératius, dans la loi 27 ci-dessus, nous dit que pour résoudre la question d'identité, il faut uniquement faire peser l'appréciation sur la *causa proxima*, c'est que l'absence d'identité dans les *causæ remotæ* n'est pas un obstacle à l'exception de chose jugée, quand bien même d'ailleurs elles serviraient toutes à justifier cette cause prochaine. D'où il suit que, dans la

(215) *Traité de droit romain* (trad. Guenou) § 390, texte et note d.

(216) Sur l'art. 1351, nos VI et suiv.

pensée du jurisconsulte, toutes les causes médiatees qui se groupent autour d'une cause immédiate, sont réputées avoir été soumises au juge toutes à la fois et en bloc, par cela seul que l'une d'entre elles a été proposée et examinée, dans une première contestation; et encore, que l'autorité de la chose jugée devra faire obstacle à toute prétention ultérieure, qui se fonderait exclusivement sur l'une ou l'autre de ces causes médiatees, en restant d'ailleurs renfermée dans le même groupe dont elles font toutes partie. Ainsi, toujours en conservant notre exemple, nous devrons décider, en conséquence de ces principes, qu'après avoir motivé ma première demande en annulation sur la violence, je ne pourrai plus agir une seconde fois, sous prétexte d'erreur dans le consentement; encore moins une troisième, en invoquant le dol: par suite je me verrai retirer des mains cette arme dangereuse et incapable de s'éteindre, qui ne permettait de recommencer indéfiniment la même contestation, en éludant l'exception de chose jugée, sous l'allégation trompeuse d'une vaine et subtile différence dans la cause de la demande.

Telle est la théorie qui découle virtuellement de la loi 27, *De exc. rei jud.*, et de plusieurs autres textes qui en renferment des applications plus ou moins directes. Témoins: la loi 5 du même titre, qui repousse l'individu agissant par l'action *negotiorum gestorum*, après avoir essayé l'action *mandati*; la loi 3, *pr.*, *ibid.*, qui empêche l'héritier à la fois légitime et testamentaire d'employer l'action *ex testamento*, s'il a échoué avec la pétition d'hérédité; et la loi 13, *pr. D. De instit. act.*, qui suppose encore implicitement que le créancier, en usant de l'action institoire, à propos d'un prêt fait par son esclave, ne peut plus intenter plus tard la *condictio ex mutuo*. Dans la première de ces lois, la *causa proxima actionis*, cause commune aux deux demandes, c'est l'obligation contractée par tout individu envers celui qu'il représente, les *causae remotae* sont: d'une part, le mandat de représenter; d'autre part, le fait d'avoir géré, sans pouvoirs, la chose d'autrui. Dans la seconde loi, le droit d'hérédité est la base commune des deux actions en pétition d'hérédité et *ex testamento*: c'est aussi leur cause immédiate, leur *causa proxima*; la *causa remota* seule les différencie: car elle consiste dans la parenté civile, pour la première, dans la

vocation du testateur, pour la seconde. Enfin, la troisième loi nous présente le *mutuum* comme la cause immédiate des deux actions; mais, dans l'une d'elles, dans l'action institoire, la cause médiate résulte de la circonstance que le prêt aurait été fait à titre d'entreprise commerciale autorisée par le maître de l'esclave; dans le cas de la *condictio indebiti* au contraire, il se rencontre cette particularité que la cause médiate ne diffère pas de la cause immédiate, qui est toujours le prêt pour les deux, mais qui se présente pour la première dégagé du caractère de commercialité : seulement le créancier, vaincu dans la première instance, cherche dans une seconde, à établir que l'emprunt a été fait dans d'autres conditions (217).

C'est par erreur que MM. Toullier et Dalloz (218) citent la loi 25, § 1, *De exc. rei jud.*, comme offrant encore un exemple à l'appui de la loi 27 du même titre : effectivement, il s'agit là du cas où l'acheteur, à raison des vices cachés de la chose vendue, veut attaquer son auteur successivement au moyen des deux actions *redhibitoria* et *quantum minoris*; en demandant par la première la résolution de la vente, par la seconde, seulement une réduction sur le prix. Ces deux actions ne diffèrent pas par leur cause immédiate, qui consiste dans l'impropreté de la chose vendue, et la lésion qui en résulte pour l'acheteur. Mais diffèrent-elles par quelque cause médiate? nous n'en voyons, à vrai dire, aucune : ici la distinction précédente échappe, faute de base pour l'asseoir; et dans le texte de la loi 25, Julien se garde bien d'y faire la moindre allusion. Mais si ces actions ne diffèrent ni par la *causa proxima*, ni par la *causa remota*, elles diffèrent manifestement par l'objet, comme nous avons eu l'occasion de le constater (219); pourquoi donc alors le jurisconsulte nous dit-il : ...*vere dicetur cum qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei judicatæ exceptione summorari...*? Il est assez difficile de se l'expliquer, à moins qu'on

(217) A la vérité il paraît que Julien, dans cette hypothèse, donnait contre l'exception *rei judicatæ*, une réplique de dol, et subsidiairement une action utile au créancier; mais cela tenait sans doute à ce que, dans l'espèce telle que se la posait le jurisconsulte, la question à juger en se-

cond lieu changeait de face, et consistait alors à savoir s'il y avait en réalité un emprunt (Voy. Pothier, *Pond.*, ad tit. *De exc. rei jud.*, n° XVIII, 3^e note; Savigny, *op. cit.*, § 300).

(218) Toullier, X, 163; Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 498.

(219) Ci-dessus: § 3, II, 2, 2^o.

ne veuille admettre qu'il se soit laissé séduire par l'identité de l'objet *médiate*, la chose rendue, qui est seule la même dans les deux demandes. Et cela est assez probable; puisque la théorie des actions en nullité, en rescision, en résolution, etc., qui est une création toute moderne, parfaitement inconnue à Rome, ne pouvait, comme chez nous, faire porter la question d'identité sur un objet plus immédiat que la chose matérielle, considérée dans l'action; à savoir, sur le but même que l'on se propose directement dans la demande: l'annulation, la résolution, la réduction, etc. Toutefois il restait cette considération, encore assez décisive pour un jurisconsulte romain, que l'une des deux actions tendait à la restitution respectue de la chose et du prix; et l'autre seulement, à la restitution unilatérale d'une partie de ce prix (220). Notre Code, selon nous, a donc été beaucoup plus conséquent: car, tout en reproduisant, dans les art. 1641 et suivants, la plupart des règles romaines sur cette matière, et notamment en laissant, par l'art. 1644, à l'acheteur seulement le choix entre les deux actions, il ne présente nullement cette option comme une conséquence des règles de la chose jugée; et nous croyons qu'en effet ces règles doivent rester étrangères à notre hypothèse, et que la décision de l'art. 1644 doit être expliquée par des considérations particulières: peut-être par le désir qui animait le législateur, de mettre obstacle à un second procès qui n'aboutirait pas, en fin de compte, à un résultat plus avantageux pour l'acquéreur qu'un procès unique. Trompés par le texte de la loi romaine, la plupart de nos auteurs (221), sans

(220) Sur la distinction entre l'objet *médiate* et l'objet *immédiate* d'une demande, consultez la note 136 *supra*.

(221) Pothier, *Oblig.*, n° 898; Proudhon, *Usufr.*, n° 1276; Duranton, XIII, 480; Poujol, sur les art. 1349 à 1352, n° 24; Aubry et Rau, § 769, 2°, 3, texte et note 85.

M. Merlin, dans un passage de ses *Questions* (v° Option, § 1, n° VIII), professe une autre théorie sur l'espèce prévue par la loi 25, § 1, *De exc. rei jud.*, et par l'art. 1644. Selon lui, les deux actions compétant à l'acheteur, ne différeraient pas par leur objet, qui consisterait alors à faire déclarer que la chose rendue est infectée d'un

vice rédhibitoire: « Cet objet, dit-il, n'est pas le moyen qui leur sert de base: il est la fin de chacune; c'est à cet objet que chacune tend directement »; et il en conclut que l'exception de la chose jugée fera obstacle à celle des deux actions qu'on tenterait en dernier lieu. Mais s'il en est ainsi, nous demanderons quelle sera la cause, le moyen identique, dans ces deux actions; ce à quoi il deviendra difficile de répondre. Au surplus, il faut croire que l'auteur n'a attaché qu'une médiocre importance à ce point: car nous le voyons, un instant auparavant, dans le même article (n° III), avouer que les actions alterna-

tomber dans l'erreur que nous signalions plus haut, touchant ce même passage, ont pourtant donné cet exemple comme un cas où l'identité de cause permet d'opposer la chose jugée, et n'ont pas pris garde qu'il n'y avait plus ici identité d'objet : erreur qui chez plusieurs d'entre eux provient probablement d'une confusion entre la cause et l'objet.

Cette confusion a été du reste la source de bien d'autres hérésies, et une espèce où se retrouve toute l'inexactitude signalée, est celle que s'est posée M. Bonnier, lorsqu'il suppose qu'on chercherait à attaquer une obligation, soit en *nullité* pour vices de formes, soit en *rescision* pour vices du consentement. L'honorable professeur, dans la première édition de son ouvrage (222), pense que l'on ne pourrait intenter valablement à plusieurs reprises l'une ou l'autre de ces actions, en les fondant successivement sur chaque vice de même nature ; le tout en raison de l'identité que toutes ces demandes présenteraient dans leur cause immédiate, quoique la cause médiate ne fût plus la même. Jusqu'ici, et sauf l'expression d'action en *rescision* qui est impropre, il n'y a certes rien à dire ; mais voici comment M. Bonnier justifiait sa proposition relative au premier genre d'actions, aux actions en *nullité* : « ... car la cause de ma demande n'était pas un vice de formes spécial, mais la nullité pour défaut de formes » ; et plus loin, celle qui concerne les actions en *rescision* : « la cause de ma demande était la rescision pour vice du consentement. » — Il ressort donc manifestement de ces passages que, pour leur auteur, c'est la nullité ou la rescision qui constituerait la cause de la demande, tandis qu'elle n'en est en réalité que l'objet. Car, qu'est-ce que la cause ? C'est, avons-nous dit, le motif légal qui sert de fondement juridique à la demande, celui dont elle découle nécessairement : or, ni la nullité, ni la rescision ne donnent naissance à l'action, puisqu'elles sont au contraire le but vers lequel elle tend. La cause

tires sur lesquelles roule cette loi 2^e, ont des buts différents : la résolution de la vente et la réduction du prix ; et ailleurs encore (n^o I, *in fine*), loin de reconnaître dans l'art. 1611 une application des principes de la chose jugée, le cite au contraire comme venant à l'appui du brocard : *electa*

una via, non datur regressus ad alteram, dans les cas où différentes actions, dérivant de la même source, sont offertes alternativement à une partie pour atteindre son but. (Voy. aussi ce que nous disons de cette maxime : ci-après, n^o III.)

(222) *Traité des preuves*, n^o 690.

immédiate est ici le vice du consentement, ou le vice de formes; et la cause médiate est, soit la minorité du contractant, sa qualité d'étranger, de femme mariée, etc., soit l'absence de signature, de date, de témoins, etc.

Nous retrouvons malheureusement les indices de la même confusion dans les explications de M. Bonnier sur la chose jugée en matière criminelle (223), lorsqu'il enseigne que l'application de la peine est la cause de l'action publique, tandis qu'elle en est l'unique but et objet, et que c'est dans le délit qu'il faut chercher cette cause.

M. Poujol n'a pas su non plus éviter cet écueil, en disant (224) que la révocation et la réduction sont les causes de deux demandes dirigées contre une donation: la première en cas de survenance d'enfants, la seconde en cas d'excès sur le disponible; et nos explications antérieures ont tendu à démontrer au contraire que ces derniers éléments seuls constituent ici la cause.

Toutes ces erreurs ont leur source dans une circonstance dont ces auteurs paraissent n'avoir pas tenu compte: c'est qu'ici la non-identité de cause est presque toujours concomitante avec la non-identité d'objet. C'est ce qui arrive constamment, comme nous l'avons constaté, pour les actions en nullité, en résolution et en rescision; pour les demandes en séparation de corps et en séparation de biens (225). Mais on ne saurait jamais trouver de différence de cause entre les actions en rescision et celles en réduction; et l'on trouvera rarement autre chose qu'une différence d'objet entre les actions possessoires et les actions pétitoires, quoique MM. Aubry et Rau (226) les présentent comme devant toujours différer aussi par la cause: car les titres qui fondent la propriété, peuvent être aussi la plupart du temps une cause de possession; cela est si vrai, que le juge du possessoire est autorisé à compulser et à vérifier les titres de propriété du demandeur, sauf à n'y avoir égard qu'en tant qu'ils pourraient légitimer l'action possessoire (227).

(223) *Op. cit.*, 2^e édit., nos 791 et 792. Voy. pourtant: n° 794.

(224) *Op. modo cit.*, n° 25.

(225) Paris, 30 mai 1826 (*Dev.*, 8, II, 238).

Toutes les propositions de ce passage et des suivants doivent être con-

férées avec ce qui a été dit plus haut, sur l'identité d'objet, n° II, 2.

(226) *Op. et § cit.*, texte n° 3, et note 80.

(227) Carré et Chauveau, *Lois de la proc. civ.*, quest. 101 bis et 102.

3. Spécialités. — La question de savoir différencier les causes immédiates des causes médiales, les causes des moyens, est souvent très-délicate et a donné lieu fréquemment à des dissentiments parmi les auteurs, comme parmi les tribunaux. Ainsi, pour prendre un exemple puisé dans un ordre d'idées déjà parcourues, nous parlerons des causes qui produisent la nullité des obligations. Il est sans doute bien reconnu aujourd'hui que l'erreur, le dol, la violence, ne sont que les moyens d'une cause unique immédiate; encore pourrait-on citer un auteur (228) qui semble élever quelque doute sur la légitimité de cette assimilation, ce qui ne tendrait à rien moins qu'à abolir la distinction fondamentale de Nératius; il n'y a donc pas à s'arrêter à un sentiment qui, je crois, est demeuré isolé; mais la question est susceptible de prendre d'autres faces.

Nous commencerons par dire que, entre les nullités de forme d'un acte, telles que le défaut de signature, l'absence ou l'incapacité d'un témoin, et les nullités de fond, telles que l'interposition de personnes, l'incapacité des parties contractantes, il ne saurait en aucun cas y avoir identité de cause, même immédiate. Ce principe est certain, et il semble que la crainte seule de le violer ait porté la Cour de cassation et, après elle, M. Dalloz (229) à croire que le jugement qui valide un acte critiqué à raison de l'incapacité de l'un des témoins, n'empêcherait pas l'acte de pouvoir être attaqué plus tard pour défaut de signature d'un autre témoin. Il y a là une confusion manifeste entre les conséquences de l'incapacité d'un témoin et celle de l'incapacité de l'une des parties contractantes; celle-ci semble entraîner une nullité de fond, l'autre ne constitue qu'une nullité de forme: car l'absence complète d'un témoin ou de sa signature, et la présence d'un témoin incapable ne vicient jamais l'acte que sous le rapport des solennités auxquelles la loi l'avait soumis. Il n'y avait donc pas lieu ici d'opposer les effets des deux nullités: par suite la chose jugée sur la première fait obstacle à une nouvelle demande sur la seconde.

MM. Aubry et Rau font aussi une distinction qui ne nous paraît

(228) Durergier, sur le n° 465 (t. X) v° Chose jugée, n° 199). Voy. cependant: Cass., 7 mai 1839 (*Der.*, 1839, de Toullier.

(229) Cass., 1^{er} juin 1811 (Dalloz, I, 729).

guère admissible, lorsqu'ils enseignent une différence de cause immédiate entre les nullités fondées sur l'incapacité de la partie, et celles qui résulteraient de l'absence de son consentement : décision que nous comprenons d'autant moins, que, dans une autre partie de leur ouvrage (230), ils semblent considérer comme étant de même nature les nullités produites par le consentement d'un mineur, d'une personne qui n'avait pas l'intention sérieuse de contracter, ou enfin de celle qui a été la victime d'une erreur. Or, dire que la qualité de mineur engendre une action en nullité, comme aussi, par exemple, l'erreur de la partie, parce qu'elles rendent toutes deux le consentement nul ou inexistant, n'est-ce pas ériger en principe, que la cause de nullité pour incapacité est de même ordre que celle qui provient d'un consentement surpris par dol, violence ou erreur, c'est-à-dire infecté de trois vices analogues?

— Autre distinction aussi à rejeter. La Cour de Pau a cru pouvoir juger, sans violer le principe d'identité, que la nullité du testament fait par un Français naturalisé à l'étranger, nullité fondée sur ce que le décret du 26 août 1811 l'a dépouillé de la propriété de ses biens, était différente, quant à sa cause immédiate, de celle qui serait basée sur le motif que ce même décret l'aurait privé de ses droits civils, et par suite rendu incapable de disposer par testament de ces mêmes biens (231). Mais n'est-il pas évident qu'il n'y a là qu'une seule cause immédiate ou prochaine, pour les deux procès, à savoir, l'incapacité de disposer? A la vérité, dans le premier, elle résulte d'une confiscation générale, engendrant ce que l'on peut appeler une *incapacité réelle*; dans le second cas, elle tient plus particulièrement à l'état de la personne : c'est une *incapacité personnelle*. Mais cette distinction ne porte que sur les causes médiate : la cause générale est toujours l'impossibilité de disposer; on s'en convaincra facilement, en jetant les yeux sur l'ensemble des dispositions du décret précité, dont l'esprit consistait à présenter la perte des biens, comme un corollaire nécessaire de la perte des droits civils. — A ceux qui trouveraient cette assimilation exagérée ou au moins subtile, nous mettrons sous les yeux une espèce jugée successivement par la

(230) Comparez : § 769, texte n° 3 et note 72, avec § 343 (3^e édition).

(231) Pau, 19 mars 1831 (*Dev.*, 1831, II, 111).

Cour de Toulouse et par la Cour de cassation, dont les décisions mériteraient alors bien plus ce reproche(232) : car elles ont admis l'identité dans les causes immédiates de deux nullités, fondées l'une sur la minorité, l'autre sur l'extranéité d'un témoin ; ces deux causes si différentes ne sont pourtant que des causes médiate, qui concourent chacune à constituer un vice de forme unique, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Pau, où les causes ne portaient toutes deux que sur un vice de fond.

D'ailleurs, l'arrêt de cette dernière Cour pêche par un autre côté. Car, si l'on veut admettre, avec la Cour suprême (233), que deux demandes doivent être considérées comme basées sur la même cause, bien qu'à l'appui de la seconde, on présente un moyen nouveau, pris d'une loi dont on avait négligé d'invoquer la disposition dans le premier procès, ne pourra-t-on pas rejeter, à plus forte raison, la seconde demande qui s'étaierait sur un moyen tiré de la même loi que la première ?.....

— Parmi les nombreux arrêts qui sont rendus journellement sur des questions d'identité de cause, et qui la plupart ne sont pas, à proprement parler, des décisions de principes, nous mentionnerons pourtant les suivantes, qui sont encore les plus juridiques et paraissent devoir faire jurisprudence.

La demande basée sur le défaut absolu de pouvoirs de la part du signataire d'un acte n'est pas fondée sur la même cause que celle qui invoque un excès de pouvoirs de cette même personne(234). Il en est de même de la demande en inscription de faux, et de celle en nullité pour vice de forme (235) ; de la demande qui se base sur une prescription, et de celle qui excipe d'un autre titre, tel qu'une vente (236). Mais il nous semble que la Cour de cassation est encore allée trop loin, lorsqu'elle a jugé(237) que deux prescriptions de durées différentes constituaient deux causes non identiques entre elles. On trouvera au surplus dans le *Réper-*

(232) Cass., 3 février 1818 (*Dev.*, 5, 1, 417).

(233) Paris, 21 octobre 1816, et Cass., 16 juillet 1817 (*Dev.*, 5, 1, 350).

(234) Cass., 21 février 1833 (*Dev.*, 1833, 1, 179).

(235) Cass., 6 juin 1826 (*Dev.*, 8, 1, 351).

(236) Cass., 6 décembre 1837 (*Dev.*, 1838, 1, 33).

(237) Cass., 14 mars 1853 (*Dev.*, 1853, 1, 312).

toire de MM. Dalloz, au mot *Chose jugée* (238), une nomenclature très-étendue d'arrêts, qui ont fait tous une application plus ou moins heureuse de la distinction consacrée par Nératius, dans la loi 27 précitée.

— Il faut aussi remarquer que, lorsque les causes sont susceptibles de varier suivant les temps et les circonstances, la chose jugée perdra toute son autorité, du moment que ce changement se sera produit. Ainsi, les jugements qui rejettent une demande en déclaration d'absence, en interdiction, en déclaration d'héritier, ou qui homologuent un concordat, ne sont pas obstacle à ce que ultérieurement il n'intervienne une nouvelle décision judiciaire déclarant l'absence, prononçant l'interdiction, donnant la qualité d'héritier ou annulant le concordat, si la présence de nouveaux faits a changé le caractère de la position respective des parties litigantes, et par suite aussi donné une nouvelle cause à la demande (239). Tout cela ne fait aucune difficulté, et donne lieu, en pratique, à des applications on ne peut plus fréquentes.

III. DE LA MAXIME : *ELECTA UNA VIA, NON DATUR REGRESSUS AD AL-TERAM*. — Déjà au commencement de ce chapitre (240), à propos d'un argument que l'on était allé chercher dans la loi 10, D. *De act. empti*, nous avons eu occasion d'émettre le principe que, lorsque deux actions dérivant d'une même cause ou de causes différentes, mais analogues, appartiennent au même individu, celui-ci, pour avoir essayé de l'une, n'est pas déchu du droit d'exercer l'autre. Nous avons montré, à ce propos, Toullier (241) invoquant à tort le texte de cette loi, pour établir que, malgré la diversité de qualités réunies sur une même tête par suite de l'acceptation d'une succession, l'autorité de la chose jugée faisait obstacle à ce que l'on intentât deux fois la même demande, successivement sous ces deux qualités. Nous avons reconnu, il est vrai, que la seconde demande serait impossible, si le demandeur, au moment où il intentait la première, était déjà revêtu des deux qualités : les autres conditions d'identité existant également. Mais

(238) Ch. II, sect. II, § 2, n° 496 et suiv.

(239) LL. 9, pr., 18, 19 et 25, D. *De exc. rei jud.*; Const. 3, C. *De hered. petit.* — Cass., 14 décembre

1829 (*Dev.*, 8, I, 720); Bruxelles, 15 juin 1832 (Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 221).

(240) Ci-dessus : § 2, n° II.

(241) T. X, n° 211.

notre auteur va plus loin, car il semble généraliser sa proposition, même dans le cas où, à la diversité de qualités sous lesquelles on procède, viendrait s'ajouter une diversité de cause; de sorte, par exemple, que chaque fois qu'une succession aurait réuni dans les mêmes mains deux actions différentes, il serait impossible à l'héritier de les exercer tour-à-tour l'une et l'autre (212): proposition que nous avons aussi condamnée.

Cette question, du reste, est intimement liée avec celle dont nous annonçons l'examen dans notre rubrique. Car, en écartant, comme nous l'avons fait, l'argument que Toullier présentait à l'appui de sa solution, et qui consistait à faire intervenir ici la confusion produite par l'acceptation de la succession, il faudra nécessairement, pour soutenir cette solution, présenter la loi 10 et les espèces analogues qu'on a cherché à y rattacher, comme une conséquence de cette maxime souvent invoquée et écrite nulle part, maxime en vertu de laquelle il ne peut être permis à celui qui jouit de deux moyens pour obtenir une chose, de les épuiser tous deux l'un après l'autre. Cependant, chose singulière! Toullier s'est bien gardé d'invoquer le brocard; et, dans une argumentation très-bien développée, il réfute victorieusement Brunne-mann, le président Favre et tous les autres commentateurs qui ont plus ou moins souscrit à ce principe chimérique.

Plusieurs lois romaines ont été prônées comme très-relevantes pour cette question : c'est d'abord la const. 2, C. *De furt.*, qui prohibe le concours entre l'action *furti* et l'action *commodati*; la loi 38, § 1, D. *Pro socio*, entre l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo*; la loi 4, § 5, D. *Quod cum eo qui al.*, entre l'action *quod jussu* et l'action *de peculio*; c'est encore la loi 76, § 8, D. *De leg. II*, qui prohibe ce même cumul entre les différentes actions dont le légataire peut user; la loi 4, § 2, D. *De lege commiss.*, entre l'action *empti* pour obtenir le paiement du prix, et l'action *empti* qui tendrait à reprendre la chose en vertu d'un pacte commissoire; enfin, la loi 25, § 1, D. *De exc. rei jud.*, entre l'action *redhibitoria* et l'action *quantum minoris*.

Merlin lui-même, après avoir passé tous ces textes en revue, adoptant en cela les idées de Favre (213), considère que le choix

(212) *Ibid.*, n° 169.

(213) Merlin, *Quest.*, v° Option,

fait par le demandeur de l'une des actions, doit faire présumer sa renonciation aux autres voies que la loi lui ouvrait concurremment.

Toute cette théorie est bien dangereuse, et Toullier (244) n'a pas de peine à démontrer le peu de fondement d'une présomption qui tendrait à lier le demandeur par une renonciation en général non acceptée par l'adversaire, et qui heurterait évidemment la pensée et l'intention du législateur; puisqu'en accordant plusieurs moyens pour faire valoir les droits en justice, il a manifestement montré qu'il voulait favoriser le demandeur, et non pas le rendre victime de son incapacité à bien conduire un procès, ou de celle du magistrat à le bien juger. En cela, Toullier était certes dans le vrai.

Mais quand l'éminent jurisconsulte entreprend de démontrer que tous les textes précités (sauf le premier, dont la décision, d'ailleurs assez contestée à Rome, tenait à des raisons particulières) « ne sont que des conséquences du principe établi sur l'exception de la chose jugée », qui ne veut point qu'on intente successivement des actions qui se fonderaient sur la même cause, il tombe là dans une erreur bien grave, et perd les avantages de sa position. En effet, si cette doctrine est admissible dans la loi 9, § 1, D. *De trib. act.*, et la loi 4, § 5, D. *Quod cum eo*, pour les actions tributoires, de *peculio* ou *quod jussu*; si elle l'est encore dans la loi 38, § 1, D. *Pro socio*, pour les deux actions divisoires compétant aux associés (actions qui présentent toutes une identité dans la cause et dans l'objet); elle ne l'est plus dans la loi 25, § 1, *De exc. rei jud.*, ni dans l'art. 1644 du Code Napoléon, pour les deux actions produites par l'existence de vices redhibitoires dans la chose vendue, ainsi que nous l'avons déjà prouvé; elle ne l'est pas davantage dans l'art. 1638 du même Code, qui, en cas d'éviction portant sur les démembrements de la propriété, donne encore à l'acheteur lésé le choix entre la résolution et la réduction du prix. Il est bien vrai que ces actions sont fondées sur une même cause; mais leur objet est manifestement différent: par cela seul il ne peut être question ici de chose jugée. — Ces

§ 1, nos I et VIII; Favre, *Ration.*, (244) T. X, nos 173 et suiv.
ad l. 9, § 1, *De trib. act.*

deux articles sont peut-être ceux qui auraient encore le plus de valeur, pour justifier l'existence de la maxime précitée dans notre droit, si leurs prescriptions, conçues en vue de positions particulières, ne devaient, par leur nature, demeurer restreintes à ces espèces; aussi la doctrine de Merlin, à part le tort de ne pas tenir compte de cette restriction, serait loin de mériter les reproches du célèbre avocat de Rennes, si son auteur lui-même avait su lui rester fidèle. Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer à la note 221 ci-dessus, il enseigne, dans un autre passage de la même dissertation, que les principes de la chose jugée reçoivent leur application précisément dans l'espèce prévue par l'art 1614; ce qui est incompatible avec l'usage de la maxime : *electa una via...*; car si elle n'est pas exclusive de la chose jugée, elle devient inutile, et doit être reléguée parmi ces fastidieux brocards qui n'ont jamais été vrais que dans un petit nombre d'espèces exceptionnelles. Il est donc aisé de voir que Toullier n'a pas su tirer parti de sa position, et donner à ses critiques leur véritable direction.

Nous venons de dire que le brocard en question, si l'on veut l'admettre, ne pourra recevoir jamais qu'une application très-restreinte, et seulement dans des cas spéciaux, où la loi donne le choix entre deux actions : ceci suffirait presque pour le proscrire tout-à-fait. Mais il y a plus, et l'on ne doit entendre notre proposition qu'avec une certaine réserve, et uniquement en ce sens que, si l'une des actions a ou n'a pas procuré au demandeur l'émolument ou l'avantage qu'il cherchait, c'est qu'il ne pourra plus intenter valablement l'autre; et non point en ce sens, qu'une demande introduite par lui en justice, serait, avant tout jugement, renonciation, désistement ou prescription, un obstacle à la seconde. Car, précisément en raison de ce droit d'option, le demandeur, débouté dans l'une, pourra encore intenter la seconde action, et ne saurait être repoussé alors, ni en vertu du prétendu brocard, puisque l'intention manifeste du législateur a été de lui procurer ou une résolution ou une réduction; ni en vertu de la chose jugée, comme le voudrait Toullier, puisque les conditions d'identité n'existent plus ici d'une manière complète.

Réduite à ces termes, la maxime : *electa una via...* perd toute

son importance; et, comme on ne saurait plus la considérer comme une formule propre à résoudre un certain nombre d'hypothèses, sans l'intervention des principes de la chose jugée, et que là où ces principes font défaut, la maxime elle-même est sans force et sans valeur, il en résulte qu'il faut les bannir des règles reçues et pratiquées dans notre législation.

— Une importante résolution de la Cour de cassation a récemment reconnu l'inexistence de la même maxime, mais dans une espèce un peu différente de celles que nous avons constamment supposées jusqu'ici : il s'agissait de savoir si la partie lésée par un délit, après avoir réclamé, devant la juridiction civile, l'inexécution d'une clause pénale stipulée dans une transaction intervenue à la suite d'une première contrefaçon, pouvait encore actionner le contrefacteur devant la juridiction correctionnelle, en raison d'un nouveau délit de contrefaçon. Ce qui a décidé la Cour pour la négative, et ce qui devait, en effet, la décider, c'était l'absence d'identité de cause et d'objet dans les deux demandes; mais aussi ne peut-on plus alors considérer son arrêt comme se prononçant formellement sur le mérite de notre maxime, qui, quoi qu'en dit l'honorable conseiller, rapporteur dans l'affaire, ne pourrait recevoir de véritable application qu'en dehors des espèces où il peut être question de chose jugée (245).

Le point de savoir si une partie, après avoir essayé de la voie criminelle, peut encore, dans la même affaire, employer la voie civile et vice versa, est une question à part, et qui, encore aujourd'hui, divise profondément les criminalistes. Suivant une première opinion, la maxime : *electa una via....* recevrait ici son application pure et simple; la partie, après avoir suivi une voie, ne pourrait plus prendre l'autre. Une autre opinion distingue si cette partie veut passer du criminel au civil, ou du civil au criminel, en ne rendant son option définitive que dans ce dernier cas. Quant à nous, nous préférons, avec M. Sourdat (246), ne prohiber la transition d'une juridiction à l'autre que dans les cas prévus par la loi; et notamment quand l'une de ces juridictions a déjà pro-

(245) Cass., 10 juillet 1851 (*Dev.*, *responsabilité*, t. I, n° 232 et suiv. 1851, I, 423). Voy. aussi *infra* : App., § 4^{re},

(246) *Traité général de la res-* n° III, I.

noncé sur le litige à elle soumis : ce qui n'est encore, à vrai dire, qu'une application des principes de la chose jugée, et non point de la maxime précitée.

CHAPITRE III.

De la procédure de la chose jugée.

§ 1^{er}. Des décisions qui produisent la chose jugée.

I. CE QUI A FORCE DE CHOSE JUGÉE DANS UNE DÉCISION. — « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement », porte l'art. 1351; *tantum judicatum quantum litigatum*, disaient nos anciens jurisconsultes; et cette idée traduit en quelques mots la solution complète de la question; il ne nous reste donc plus qu'à les commenter.

Il est d'abord certain que toutes les paroles qui sortent de la bouche du juge, ne sont pas susceptibles d'acquérir force de chose jugée: *non vox omnis judicis judicati continet auctoritatem* (1); et même sa décision n'acquiert cette force que relativement aux choses qui s'y trouvent résolues, par l'admission ou le rejet des conclusions des parties, et non point relativement à ce qui y est simplement mentionné à titre d'énonciation ou de qualification: en d'autres termes, c'est le dispositif, et non les motifs, qui acquiert l'autorité de la chose jugée (2). Il en résulte qu'il importe assez peu que les motifs soient en contradiction avec le dispositif, et même, qu'il ait été accordé plus ou moins que l'on n'avait demandé (3); il est cependant nécessaire qu'il existe en réalité un dispositif: autrement le juge, en omettant de s'expliquer et d'indiquer ce qu'il accorde ou refuse, n'aurait pas fait un acte capable de porter le nom de jugement, parce qu'il n'y aurait ni condamnation ni congé de la demande.

(1) Const. 7, C. De sent. et interlocut.

(2) Cass., 30 août 1832 (J. du Pal., t. XXIV, p. 1451); Cass., 16 août 1837 (Der., 1837, I, 753); Cass., 9 janvier 1838 (Der., 1838, I, 559); Cass., 23 juillet 1839 (Der., 1839, I,

560); Cass., 21 décembre 1839 (Der., 1840, I, 559); Cass., 30 avril 1850 (Der., 1850, I, 497); Cass., 12 août 1851 (Der., 1851, I, 650); Orléans, 17 août 1848 (Der., 1849, II, 561).

(3) Cass., 13 novembre 1839 (Der., 1839, I, 959).

C'est aussi cette dernière raison qui fait que les réserves contenues dans un jugement, empêchent qu'il ne passe en force de chose jugée, parce qu'il n'y a alors jamais de solution définitive, et qu'on part du principe de la loi romaine : *Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absoluteione contigit*(4).

II. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE DÉCISIONS JUDICIAIRES. — 1. Des décisions considérées par rapport à l'autorité dont elles émanent. — 1^o Jugements de première instance et d'appel. La définition même que nous avons donnée, en commençant, de la chose jugée, montre assez qu'il importe peu de distinguer entre les jugements en premier et ceux en dernier ressort; entre les décisions du juge de paix, du tribunal de première instance et celles de la cour impériale; parce que l'autorité de la chose jugée et les effets qui y sont attachés, ne dépendent point en général du plus ou moins de facilité donné aux parties pour les faire rapporter, ni de la nature des recours que la loi a ouverts contre elles.

2^o Arrêts de cassation. Il faut distinguer ici soigneusement entre les arrêts de rejet et ceux de cassation.

Les premiers, lors même qu'ils n'émanent que de la chambre des requêtes, acquièrent une autorité absolue et définitive, puisque aucun recours ne demeure ouvert contre eux (5).

Quant aux seconds, aux arrêts de cassation, ils pouvaient, d'après l'usage immémorial de l'ancien *Conseil des parties*, être de nouveau déférés au Conseil par la même voie, lors même que le grief eût donné ouverture, devant une autre juridiction, à une requête civile (6). Cette jurisprudence a même été depuis consacrée par un arrêt du 25 pluviôse an III (7).

Aujourd'hui, on procède différemment, et aucun arrêt de cassation n'est plus susceptible d'un pourvoi direct et immédiat devant la Cour; mais l'autorité qu'il acquiert n'en est pas pour cela

(4) L. 1, D. *De re jud.* — Pothier, *op. cit.*, n^o 851. — Cass., 21 janvier 1813, et Rouen, 10 mai 1821 (Dalloz, t^o Chose jugée, n^o 87, *in principio*).

(5) *Règl. de la proc. du Conseil*, du 28 juin 1733; prem. part., tit. IV, art. 39, et l. IX, art. 5.

(6) *Ibid.*, l. IV, art. 21. — Tolozan, *Règlém. du Cons.*, p. 263 (Paris, 1786).

(7) Cet arrêt est cité par M. Dalloz, *Jurispr. génér.*, t^o Cassation, n^o 125.

plus définitive; et comme il est de principe qu'une décision judiciaire cassée indéfiniment ne conserve pas, dans la nouvelle instance devant le tribunal de renvoi, l'autorité de la chose jugée, tant à l'égard des questions de droit résolues par la Cour de cassation elle-même, qu'à l'égard des questions de fait sur lesquelles cette dernière n'était point appelée à se prononcer(8); et puisque la cour ou le tribunal d'appel saisi par le renvoi, a le droit d'examiner encore l'affaire et de la décider, si bon lui semble, comme la Cour suprême elle-même, il en résulte qu'a *fortiori* le même droit appartient à cette Cour, et qu'un nouveau pourvoi, de la part des mêmes parties et pour les mêmes causes, sera encore possible; car le recours en cassation, qui est de droit commun, est ouvert contre tous jugements et arrêts en dernier ressort, indistinctement au profit de toutes les parties liées au procès, à moins qu'une exception ne l'ait formellement prohibé; et cette exception n'existe pas. Seulement il est peu probable que, si l'arrêt de la cour de renvoi est en tous points conforme à celui de la Cour de cassation, il soit rétracté par cette dernière, et qu'étant porté en général devant la chambre qui s'est déjà prononcée, celle-ci vienne à changer sa jurisprudence: de sorte que, la plupart du temps, il sera ainsi coupé court à la contestation, et que l'affaire en restera là.

Mais les choses ne se passeront plus de même, si la décision de la cour ou du tribunal de renvoi est en opposition avec celle de la Cour de cassation; et un nouveau pourvoi formé dans les mêmes conditions aura infiniment plus de chances d'être admis derechef par la Cour suprême; de même qu'il est encore possible que le deuxième renvoi à une autre cour ou un autre tribunal, ne vienne décèler une fois de plus la même divergence d'opinions, entre les tribunaux inférieurs et la Cour régulatrice. Cependant, comme il faut que toute contestation ait un terme, et qu'il ne pouvait entrer dans les vues du législateur de tenir perpétuellement en suspens, au moyen de recours indéfinis, la solution que les plaideurs ont sollicitée des magistrats, on a dû limiter le nombre de ces recours. Après plusieurs variations législatives sur le sys-

(8) Cass., 23 janvier 1816 (*Dev.*, 5, 1, 111); Cass., 3 mars 1831 (*Dalloz*, *c^o* Cassation, n^o 2157).

tème le plus propre à atteindre ce but, fut votée la loi du 1^{er} avril 1837, encore en vigueur aujourd'hui, et qui investit d'une autorité irrévocable le second arrêt de cassation rendu entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens : la chose jugée dans ces conditions, l'est définitivement, et fait loi pour la troisième cour de renvoi qui, obligée de se conformer à la doctrine de la Cour suprême sur le point de droit, n'a plus alors d'autre mission que d'apposer en quelque sorte un *visa*, un *paratis* à l'arrêt désormais passé en force de chose jugée (9).

3^e Sentences arbitrales. Revêtues de l'ordonnance d'exequatur, ces décisions sont susceptibles de produire tous les effets des actes émanés des magistrats publics et officiels ; et, à part les moyens de rétractation généraux ou spéciaux que la loi a organisés contre elle (10), la chose jugée par les arbitres reste inattaquable, et conserve sa force et son autorité relatives (11), absolument comme les autres jugements ou arrêts (12).

2. Des décisions considérées par rapport à leur dispositif. — **1^o Jugements provisoires (13).** La loi 1, *De re jud.*, en n'investissant de l'autorité de la chose jugée que les décisions et sentences qui ont terminé la contestation d'une manière définitive, ne saurait être transportée dans notre législation avec toute sa généralité. Pothier, dans son traité sur la Chose jugée, et Toul-
lier (14), en paraphrasant cette disposition, et en disant que les jugements qui contiennent une condamnation provisionnelle, ne peuvent acquérir ni le nom ni l'autorité de la chose jugée, émet-
taient tous deux une idée aussi inexacte sous l'ancienne jurispru-
dence que sous le régime de nos Codes modernes. Sans doute, la
décision provisoire, étroitement enchaînée, quant à son existence
et quant à ses effets, à la décision principale, par rapport à la-
quelle elle est incidente et accessoire, ne saurait préjudicier à

(9) L. du 1^{er} avril 1837, art. 2.

(10) Voy. dans le Code de proc., les art. 1016, al. 3; 1023 et 1028, al. 7.

(11) C. de pr., art. 1022.

(12) Cass., 8 vendémiaire et 3 brumaire an VIII (*Dev.*, I, I, 250 et 263);

Colmar, 28 janvier 1817, et Cass., 26 janvier 1819 (*Dev.*, 6, I, 11)

(13) Il est superflu d'avertir que, dans toute cette matière, l'expression de *jugement* est prise dans le sens le plus large, comme synonyme de *décision judiciaire*.

(14) Pothier, *Oblig.*, n^o 850; Toul-
lier, X, 95.

cette décision principale, de même qu'elle ne conservera pas non plus une force que la seconde n'aurait jamais acquise; c'est pour cela qu'on refusait anciennement la voie rescisoire contre ce genre de jugements, attendu qu'ils étaient réparables *post cognitum principale negatum*, disait Papon(15).

Mais tout cela ne prouve pas que le jugement provisoire, en tant que statuant sur la provision, et abstraction faite de toute décision ultérieure sur le principal, ne soit susceptible d'acquiescer une véritable force de chose jugée, qui mettra obstacle à toute autre décision provisoire ultérieure sur la même question. Tout en ne liant en aucune façon les juges, qui ont la faculté de le rapporter avec le fond de la cause, il est incontestable qu'il a conféré à l'une des parties litigantes des droits, dont le retrait obtenu par les voies légales pourra seul la priver. En un mot, le jugement, *provisoire* quant au *principal*, est *définitif* quant à la *provision*: mais il ne prononce que pour un certain temps, puisqu'il n'est pas non plus un jugement d'avant faire droit. Ce ne sera donc que sous le bénéfice de ces restrictions que nous adhérons à la doctrine des arrêts, qui lui ont en général tous donné un caractère préparatoire et dépourvu de l'autorité ordinaire des actes judiciaires (16).

2° *Jugements préparatoires*. Ces décisions, incapables de constituer un préjudice quant au fond, incapables de porter aux droits des parties aucune atteinte qui ne fût réparable, ne sont jamais susceptibles d'acquiescer l'autorité de la chose jugée, parce qu'elles n'ont pour but que d'ordonner de simples mesures d'instruction, propres à régulariser ou compléter l'instance et à éclaircir le fond de l'affaire. Ce principe est constant et n'a jamais fait doute, ni en législation, ni en jurisprudence(17): les divergences que l'on

(15) *Recueil d'arrests notables*, 49^e livre, t. VIII, n° 7.

(16) Cass., 26 germinal an XII (*Dev.*, 1, 1, 256), Cass., 27 février 1812 (*Dev.*, 4, 1, 38); Cass., 26 juin 1816 (*Dev.*, 5, 1, 219), etc.

On peut joindre à cette liste un arrêt de la Cour de cassation, en date du 17 août 1853 (*Dev.*, 1854, 1, 777), qui, en permettant de reproduire une

demande provisionnelle déjà repoussée en d'autres circonstances, a implicitement reconnu l'autorité des jugements de cette espèce.

(17) Cass., 27 avril 1837 (*Dev.*, 1837, 1, 711); Cass., 27 février 1838 (*Dev.*, 1838, 1, 216); Cass., 2 juillet 1839 (*Dev.*, 1839, 1, 845). L'art. 456 du C. de comm. consacre formellement le même principe.

rencontre dans cette matière, ne proviennent que de la difficulté de bien distinguer les jugements purement préparatoires des jugements interlocutoires.

3^e *Jugements interlocutoires*. Il n'est personne pour qui la dénomination d'*interlocutoire* ne rappelle immédiatement à l'esprit cette maxime banale, écrite nulle part, mais empruntée aux plus vieilles traditions de palais, et qui ne se retrouve dans la bouche de tous les praticiens : *l'interlocutoire ne lie pas le juge ; semper judicium ab interlocutorio discedere licet* ; et au premier abord on serait volontiers tenté d'y voir une négation absolue de l'autorité de la chose jugée pour ces décisions d'avant faire droit. Tel est encore le sentiment de bien des personnes ; mais nous allons voir de suite qu'il ne saurait être accepté sans de graves modifications, qui priveront en définitive ce brocard, comme tant d'autres, de toute importance doctrinale. Il nous faut pour cela faire quelques pas en arrière, et rentrer dans le domaine des législations antérieures à la nôtre.

Sous l'ancienne jurisprudence, rien n'était moins défini que la distinction entre les préparatoires et les interlocutoires, que l'on regardait en général comme synonymes d'*avant faire droit* ; et tandis que le droit romain les avait confondus sous l'unique dénomination d'*interlocutoires*, pour n'en autoriser l'appel qu'après le jugement du fond (18), nos anciennes pratiques françaises, empruntant au droit canonique un usage tout opposé, ne distinguaient, quant à la faculté d'appeler, que si le jugement en fait portait ou non un *préjudice sérieux* à l'appelant : expression vague et élastique qui, en ne prohibant l'appel que dans le dernier cas, fournissait facilement à la chicane la ressource des appels moratoires, pour compliquer et prolonger sans fin les procédures (19).

Le législateur de la période intermédiaire, frappé de ces abus trop réels, en revint au droit romain, sans même distinguer comme lui entre les préparatoires réparables et ceux qui ne le sont pas : ce qui consacrait un excès opposé (20). Aussi les rédacteurs du Code de procédure voulurent prendre un moyen terme ; mais en faisant dépendre la faculté d'appeler immédiatement, du préjugé

(18) Const. 5 et 7, C. *Quor. appell.* 1717, sur les appellations des juges non recip. ; Const. 2, C. *De episc. audient.* (20) Décret du 3 brumaire an II,

(19) Voy. l'ordonnance du 14 mai art. 6.

qu'un interlocutoire peut avoir sur le fond de la cause, ils se sont jetés dans une voie nouvelle et inexplorée, qui eût nécessité de leur part plus de précision et de netteté dans la définition des préparatoires et des interlocutoires (21).

L'inconvénient de ces distinctions defectueuses et mal assises se retrouve dans notre matière, si l'on repousse avec nous l'application trop absolue de la maxime précitée; mais, sans nous arrêter davantage sur ce point qui est en dehors de notre sujet, nous passons immédiatement à l'examen des diverses opinions qui se sont produites touchant l'autorité à accorder aux jugements interlocutoires.

Ponjol (22) est à peu près le seul auteur qui ait avancé que ces jugements ne liaient jamais le juge: de telle sorte qu'il pourrait « n'y avoir aucun égard, et même les modifier ou les changer à son gré, tant qu'il est saisi de l'affaire »: opinion que l'on peut rapprocher de celle de M. J. Berriat-Saint-Prix (23), qui ne fait qu'ajouter une condition de plus à la proposition précédente, en exigeant que le jugement, pour acquérir et conserver son autorité, ait été rendu contradictoirement avec les parties, ou au moins qu'il ait été rendu sans opposition de leur part, ou enfin qu'elles y aient acquiescé. Cette distinction qui a pour elle un jugement de cassation, du 12 germinal an IX, a été formellement pros-
crite plus tard par un arrêt de la même Cour, en date du 14 juillet 1818 (24).

Boitard, dans ses excellentes leçons sur le Code de procédure (25), n'a pas eu de peine à faire justice de toute cette théorie, en montrant que l'interlocutoire, étant une décision judiciaire comme tout autre jugement — et une décision de nature, sinon à préjuger le fond de la question, du moins à donner à la procédure une tournure qui certes ne sera pas sans influencer immédiatement et irrévocablement sur la solution définitive, — doit acquérir force de chose jugée, même à l'égard des magistrats qui l'ont rendu. Que si ces magistrats restaient maîtres d'abdiquer l'opinion

(21) C. de pr., art. 431 et 432.

(22) *Traité des oblig.*, sur les art. 1319 à 1352, n° 22.

(23) *Cours de proc. civile*, p. 233,

note 40.

(24) *Dev.*, 4, I, 411, et 5, I, 300.

(25) T. II, n° 203.

qu'ils viennent ainsi de manifester, il eût été parfaitement inutile de permettre l'appel, et l'appel immédiat de cette sentence : preuve péremptoire qu'il y a là un tort considérable et irrémédiable pour une partie, un droit acquis pour l'adversaire, que le juge ne doit plus pouvoir détruire lui-même. Qu'enfin on serait toujours amené dans le système contraire (comme l'a été du reste Poulon), à décider que l'arrêt conforme de la cour, rendu sur l'appel d'un interlocutoire, liera irrévocablement le juge de première instance, tandis qu'on ne donne pas le même effet à l'interlocutoire devenu définitif, par suite de l'expiration des délais d'appel : distinction nouvelle et qui est bien certainement contraire à l'esprit du Code de procédure.

Ces raisons sont pleines de force et de justesse; et nous avons peine à comprendre les critiques dont le regrettable professeur a été l'objet de la part des auteurs, sur la portée qu'il leur aurait donnée. En effet, pour appuyer sa théorie, Boitard prenait, entre autres exemples, les cas où le juge aurait ordonné une enquête, une expertise, une prestation de serment; et donnait à entendre assez clairement que l'on ne devra jamais permettre au juge de déclarer ultérieurement inadmissibles, cette enquête, cette expertise, ce serment, dans le procès même où ils avaient été ordonnés; mais jamais il n'a enseigné, comme l'ont soutenu tout gratuitement ses adversaires imaginaires, d'accord au fond avec lui, que le résultat de ces mesures d'instruction prescrites par l'interlocutoire, dût constituer pour le tribunal un fait acquis, qu'il ne pourrait plus remettre plus tard en question : alors d'ailleurs que la loi dit formellement le contraire pour l'expertise(26), et que nous ne voyons nulle raison pour ne pas étendre cette prescription à tout autre dispositif de l'interlocutoire. Tenons donc pour certain qu'il s'est produit là un véritable mal-entendu, et qu'on s'est attribué des torts supposés et des opinions que l'on n'a pas professées.

La grande majorité des auteurs (27) a donc adopté plus ou

(26) C. de pr., art. 323.

(27) Voy. entre autres: Merlin, *Rép.*, t.^{is} Communaux, § 4 bis; et *Quest.*, t.^{is} Hypothèque, § 19, Inter-

locutoire, § 5, et Testament, § 14;

Favard, *Répertoire*, t. III, p. 451, Poncelet, *op. cit.*, n.^o 78, etc.

moins les idées de Boillard, tout en ayant l'air de les répudier, et n'ont jamais, pas plus que lui, dénié aux interlocuteurs l'autorité de la chose jugée; mais en tant seulement qu'on n'a égard qu'à leur dispositif, et non point à l'influence, au préjugé qu'ils peuvent constituer sur le fond de la contestation. Les nombreux arrêts que l'on a cru pouvoir invoquer contre cette manière de voir, ne font, au contraire, que la consacrer; parce qu'ils sont en général rendus dans des espèces où il s'agissait uniquement d'apprécier le résultat de la mesure d'instruction ordonnée, et non point cette mesure elle-même (28). Nous ne connaissons que deux décisions qui rompent cette uniformité de la jurisprudence; encore la première, en date du 11 ventôse an XI (29), a-t-elle été rendue sous l'empire des idées de l'ancienne jurisprudence; et nous avons vu ce qu'il faut penser de la législation de ces temps-là; la seconde n'émane que d'une Cour d'appel, alors déjà étrangère à notre pays. En effet, la Cour supérieure de Bruxelles (30), plus hardie encore que M. Berriat-Saint-Prix dans la théorie que nous avons critiquée plus haut, décide formellement que le juge a le pouvoir de rétracter un interlocutoire, même rendu sans contestation ni opposition de la part des parties; ce que ni l'auteur précité ni aucun tribunal français n'avaient osé proclamer. Mais il est évident que ces arrêts ne feront jamais jurisprudence.

En résumé, le juge demeurera obligé par son jugement interlocutoire, c'est-à-dire qu'il ne pourra plus le réformer, et décider que telle mesure d'instruction par lui ordonnée n'aura pas lieu; il ne pourra pas même, dans son jugement définitif, passer sous silence les résultats de faits acquis par cette instruction, pour juger la cause d'après d'autres éléments: c'est l'avis de la Cour suprême elle-même (31); en ce sens donc, *l'interlocutoire lie le*

(28) Cass., 27 nivôse an XI (*Dev.*, 1, 1, 740); Cass., 6 juin 1811 (*Dev.*, 3, 1, 358); Cass., 17 février 1825, (*Dev.*, 8, 1, 47); Cass., 10 mai 1826 (*Dev.*, 8, 1, 339); Cass., 5 mars 1829 (*Dev.*, 9, 1, 213); Cass., 18 avril 1832 (*Dev.*, 1832, 1, 465); Cass., 13 mars 1833 (*Dev.*, 1833, 1, 651); Cass., 12 janvier 1836 (*Dev.*, 1836, 1, 21); Cass., 31 janvier 1837 (*Dev.*, 1837, 1, 521). Bruxelles, 13 août 1811

(*Dev.*, 3, 11, 552); Toulouse, 2 janvier 1811 (*Dev.*, 1812, 11, 91). — Plusieurs de ces arrêts décident même formellement que l'interlocutoire lie le juge.

(29) *Dev.*, 1, 1, 776.

(30) Bruxelles, 21 novembre 1819 (*Dev.*, 6, 11, 156).

(31) Cass., 25 avril 1812 (*Dev.*, 1812, 1, 683).

juge. Mais le juge ne sera pas lié par le préjugé que l'interlocutoire pourrait jeter sur la décision ultérieure du fond, comme si cette dernière dût dépendre de la preuve acquise par suite de l'interlocutoire; en ce sens *l'interlocutoire ne lie pas le juge.* — Maintenant si nous avons à nous prononcer entre ces deux maximes, nous repousserions sans hésiter la seconde, qui, dans son application, n'éveille plus dans l'esprit qu'une idée banale et surabondante; et nous choisirions volontiers la première, qui nous semble infiniment plus exacte et plus significative: attendu que le préjugé (si toutefois il est permis de le qualifier de cette façon) qui peut résulter de l'interlocutoire, est en général très-problématique et est loin d'avoir, pour la décision principale, la même valeur que les jugements de questions préjudicielles, dont nous allons parler ci-après.

4° Jugements préjudiciels. Il y a ici deux positions différentes à examiner: celle où le jugement dont on excipe de l'autorité, a été rendu dans la même affaire et par le même tribunal que celui qui est saisi de la contestation pendante; et celle où le jugement a été rendu séparément ou par un autre tribunal. Du reste, hâtons-nous de le dire, l'autorité qui s'attache à ces jugements est indépendante de ces distinctions.

Dans la première hypothèse, la décision préjudicielle n'est qu'une des phases du procès, un des éléments de la question principale; nul doute, par conséquent, qu'elle n'acquière, comme le jugement sur le fond, la force que la loi attribue à toute décision judiciaire, sans distinguer si le jugement est incident ou principal (32). Mais lorsque le juge a réservé la question préjudicielle, pour y statuer avec le principal, par un seul et même jugement, il peut quelquefois y avoir une certaine difficulté à la discerner des motifs mêmes du jugement, comme aussi de toutes les énonciations, qualifications et mentions qui se trouvent dans ces motifs, et qui, ainsi que nous l'avons dit, n'obtiennent jamais l'autorité du dispositif lui-même. Ainsi, le jugement qui accorde des aliments, ne saurait à lui seul préjuger la question de paternité, quoiqu'il pût être fondé sur cette circonstance. La

(32) Cass., 13 juillet 1811 (*Dev.*, 3, I, 377); Cass., 31 décembre 1831 (*Dev.*, 1833, I, 513).

règle à suivre, en pareil cas, est bien simple; c'est celle qui est généralement enseignée par les auteurs (33): pour que la question revête le caractère de préjudice, il faut qu'elle soit formellement posée dans les conclusions respectivement prises par les parties, et décidée par une disposition spéciale et explicative du jugement; de sorte qu'elle eût pu au besoin en être séparée et jugée antérieurement. D'après cela, la circonstance que le tribunal a joint les deux solutions, ne saurait jamais rendre le caractère préjudiciel d'un jugement plus difficile à reconnaître que lorsqu'il a été l'objet d'un prononcé antérieur et séparé.

Dans la seconde hypothèse, lorsque le jugement a été rendu en dehors du procès où il est invoqué, l'autorité dont il est investi n'en est pas amoindrie, ainsi que nous l'avons dit: et le juge ne saurait, en aucune façon, dans la sentence qu'il va rendre, statuer contrairement à cette décision; pas plus que la rapporter, sous prétexte qu'elle serait irrégulière ou incompétemment rendue (34).

Il est, du reste, également bien entendu que, par réciprocité, un tribunal, lorsqu'il a été saisi d'une question préjudicielle par suite d'un renvoi fait par un juge incompétent pour la décider, ne peut ni réformer ce jugement, ni se saisir de la question du fond; mais il peut à son tour se déclarer incompétent, sans risquer de violer la chose jugée: parce que les renvois, au moins en matière civile ordinaire, ne sont pas attributifs de juridiction (35).

5° *Jugements volontaires*. Il a été dit et répété souvent que les jugements volontaires, c'est-à-dire rendus par la juridiction gracieuse, ne sont pas susceptibles d'acquérir force de chose jugée; et la jurisprudence elle-même semble partager cette manière de

(33) Voy. Toallier, X, 229 et 230; Aubry et Rau, § 749, note 1^{re}, etc.

(34) Ces principes ne sont pas rigoureusement observés devant la juridiction administrative. Voy. ci-dessous: 3, 2°.

(35) Cette proposition souffre du reste plusieurs exceptions dont nous n'avons pas à nous occuper ici: notamment en cas de cassation, de prise à partie et de règlement de juges.

(Voy. L. des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, art. 2; Constit. du 22 frimaire an VIII, art. 66; L. du 27 ventôse an VIII, art. 60. C. de pr., art. 515; *ibid.*, art. 363).

En matière criminelle les exceptions sont au moins aussi nombreuses. (Voy. L. du 27 novembre 1790, art. 9; L. du 27 ventôse an VIII, art. 79. C. d'instr. crim., art. 230 et 231, 427 et suiv., 525 et suiv., et art. 512).

voir. Mais, plus hardi que M. Dalloz (36), nous dirons qu'elle ne pèche pas seulement par trop de généralité, mais qu'elle est complètement fausse, et doit être rejetée; que les parties qui ont figuré dans de semblables instances, devront être repoussées par l'autorité de la chose jugée, non-seulement, comme le dit cet auteur, si elles voulaient provoquer l'annulation du jugement homologatif d'une adoption, par exemple, de l'aliénation d'un immeuble dotal, ou de l'avis d'un conseil de famille; mais encore si elles provoquaient une seconde fois l'homologation qu'on leur aurait déjà refusée: car cette dernière proposition est aussi vraie que la précédente.

En vain invoquera-t-on contre l'une et l'autre, avec le texte de nos Codes, la faculté qu'on a de reproduire une demande en réhabilitation après faillite (37) ou même après condamnation afflictive et infamante (38); en vain invoquera-t-on encore, avec la Cour de Lyon (39), le droit de recommencer une nouvelle procédure à fins d'adoption, lorsque la première n'a pas abouti; ou avec la Cour de Colmar (40), la faculté de faire cesser l'envoi provisoire des biens d'un absent, et maintes autres espèces (41), où l'on s'est toujours prévalu du pouvoir laissé aux tribunaux ou aux parties, de revenir sur un point déjà débattu devant la juridiction volontaire. Nous persistons à soutenir qu'on a commis là une erreur manifeste et qu'on eût dû facilement éviter, si l'on avait fait entrer dans la solution de la question, un élément qui ne doit jamais être perdu de vue, dans cette matière: c'est l'identité de cause.

Si la loi permet expressément de courir les chances d'une nouvelle demande en réhabilitation, après un certain temps, si son esprit ne s'oppose pas à ce qu'il en soit de même pour l'adoption

(36) *Jurispr. gén.*, 1^{re} Chose jugée, n^o 15.

(37) C. de comm., art. 610. L'ancien article proscrivait cette seconde tentative d'une manière absolue.

(38) C. d'instr. crim., art. 629, nouveau texte (L. du 3 juillet 1852).

(39) Lyon, 6 février 1833 (*Dev.*, 1833, II, 214).

(40) Colmar, 18 janvier 1850 (*Dev.*, 1851, II, 533).

(41) Voy. pour le jugement qui autorise la vente des immeubles dotaux: Caen, 18 décembre 1837 (*Dev.*, 1839, II, 186), et 12 juin 1842 (*Dev.*, 1842, II, 462); pour celui qui homologue une réduction d'hypothèque sur des biens de mineur: Cass., 3 juin 1831 (*Dev.*, 1831, I, 431); et enfin pour celui qui autorise un créancier à vendre son gage: Nîmes, 25 novembre 1850 (*Dev.*, 1851, II, 431).

ou l'envoi en possession provisoire : c'est que les bases de ces demandes sont éminemment mouvantes et variables ; c'est que le changement des circonstances, dans toutes ces espèces, a une influence directe et considérable sur la cause, comme nous le signalions plus haut, en étudiant la théorie de l'identité de cause ; et les exemples que nous citions alors, étaient pris en grande partie dans les actes de juridiction gracieuse (12). Si donc la demande peut être reproduite, c'est qu'elle n'est plus fondée sur la même cause ; mais il est clair, et personne ne s'avisera, je pense, de soutenir qu'un jugement de ce genre pût être tenu pour non avenue, si les conditions d'identité sont restées les mêmes ; et l'on mettrait en doute la bonne foi ou l'aptitude des magistrats, en leur disant : « Vous pourrez renverser, comme bon vous semble, et sans motif plausible, le jugement que vous venez de rendre, parce qu'il n'a force de chose jugée ni pour vous, ni pour les parties... » Osera-t-on aller jusque-là ? Nous en doutons fort ; cela serait même impossible, lorsqu'il s'agit de jugements accordant l'homologation, attendu qu'ils ne peuvent être attaqués, en général, par les voies ordinaires, mais seulement par action principale, et pour des causes de nullités dont ils seraient affectés (13).

Cette théorie ne souffre qu'une difficulté pour le cas d'adoption, parce que les jugements et arrêts en cette matière ne peuvent jamais être motivés (14) ; d'où il nous semblerait difficile de critiquer une seconde décision, sous prétexte qu'elle se baserait sur la même cause que celle qu'elle viendrait renverser. Mais cette exception, justifiée par des considérations majeurs et spéciales à la matière, ne prouve qu'une chose : c'est que la loi a ici eu une confiance absolue dans la loyauté et le sentiment du devoir dont le magistrat doit toujours être rempli ; ailleurs, où chaque juge-

(12) Ci-dessus : ch. II, § 4, n° II, 2 ; texte, et note 239.

(13) Nous devons cependant ajouter que cette manière de voir n'est pas partagée par tout le monde ; et beaucoup d'auteurs enseignent notamment, que les jugements dits d'expédient doivent être attaqués par les voies ordinaires de recours, et en invoquant même au besoin le mal jugé. (En ce sens, voy. : Rivoire, *De l'op-*

pel, n° 73 ; Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, quest. 1631. En sens contraire : d'Argentré, sur l'art. 265 de la *Cout. de Bretagne* ; Merlin, *Répert.*, v° Conventions matrim., § 2 ; Poncelet, *op. cit.*, n°s 18 et 289). — Ce n'est pas le lieu de discuter cette doctrine, qui ne nous semble en tous cas pouvoir être admise qu'avec de nombreuses restrictions.

(14) C. Nap., art. 356 et 357.

ment est motivé, il restera toujours une sanction possible et une garantie facile du respect de la chose jugée.

3. Des décisions irrégulières. — 1^o Jugements nuls. A Rome, on distinguait entre les jugements nuls de plein droit ou injustes, et les jugements simplement iniques : la nullité des premiers était si radicale, qu'on voit les textes leur refuser même le pouvoir de condamner (45) ; quant aux seconds, ils devaient être attaqués par les voies ordinaires de recours (46). La maxime : *voies de nullités n'ont lieu en France*, empêcha qu'on n'admit dans notre ancienne jurisprudence le principe des jugements nuls de plein droit ; elle fut même plus rigoureusement observée en cette matière que dans les contrats : ainsi, tandis que pour annuler ceux-ci, il suffisait de se pourvoir de lettres de rescision, il fallut toujours, pour obtenir la réformation des actes judiciaires, prendre la voie de l'appel ou des recours extraordinaires spécialement établis à cet effet (47).

Cette théorie a été prônée encore aujourd'hui par Merlin, qui a soutenu qu'elle était la seule admissible, et que les jugements ne devaient jamais être attaqués par l'action en nullité, mais seulement par l'appel ou par les voies extraordinaires, dans les cas autorisés par la loi ; le tout sans avoir égard au genre de nullités dont ils peuvent être affectés (48). Ces principes nous semblent trop absolus, et il nous est difficile de soumettre tous les actes judiciaires à la voie longue et compliquée des recours, lorsqu'ils n'ont souvent du jugement que le nom : et, sous ce rapport, parmi les jugements que les Romains réputaient nuls de plein droit, il semble qu'il en est plusieurs qu'on doit traiter encore de la même façon.

On s'accorde assez généralement là-dessus : 1^o lorsque l'objet de la condamnation est incertain : car il serait impossible de trouver une base, une assiette à l'obligation dérivée du contrat judiciaire (49) ; il en serait toutefois autrement, si l'objet de la con-

(45) L. 4, § 6, D. De re jud.

(46) L. 32, D. eod. tit.

(47) Voy. Pothier, *Des oblig.*, n^o 881.

(48) Merlin, *Répert.*, v^o Appel, sect. I, § 5 ; Nullité, § 7, n^o 4. Cette

doctrine a encore été adoptée par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 7 octobre 1812 (*Dev.*, 4, I, 196).

(49) L. 59, § 1, D. De re jud., Const. 3, C. De sentent. quæ sine certa quant.

damnation était déterminé par un acte auquel se référerait le jugement, ou par une liquidation postérieure qui ferait disparaître l'incertitude du *quantum* de la dette (50); — 2° lorsque la condamnation est impossible à exécuter moralement ou physiquement (51); mais il faut que cette impossibilité soit absolue : car si elle n'existait que par rapport à la partie condamnée, elle ne vicierait point le jugement, pas plus qu'une convention conclue dans les mêmes conditions (52); — 3° lorsque les conditions de forme requises par la loi n'ont pas été observées; telles sont : le nombre de juges requis, l'énonciation des motifs, la publicité de la prononciation du jugement (53), etc., en l'absence desquels l'acte n'emprunte au jugement que l'apparence et la qualification.

Voilà les hypothèses où, d'après le plus grand nombre de personnes, les jugements seraient nuls de plein droit et sans avoir jamais force de chose jugée. D'autres font encore entrer dans cette nomenclature les jugements qui contiennent des dispositions diamétralement opposées, dont l'exécution de l'une rendrait impossible celle de l'autre. Il vaudrait peut-être encore mieux adopter en principe l'autorité de la chose jugée en faveur de tous ces jugements, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés par l'autorité supérieure. Cette règle serait plus sûre et ne porterait pas plus de trouble dans l'ordre social, que celle qui investit de la même autorité le jugement, valable quant aux formes intrinsèques et extrinsèques, mais rendu en violation des lois de l'équité et de la vraisemblance.

2° *Jugements incompetents*. Les réserves que nous avons faites plus haut, touchant les restrictions aux principes de la chose jugée, ont plus de force ici que le jugement est revêtu de toutes les conditions nécessaires à son existence matérielle. Aussi est-il admis, sans beaucoup de difficulté, que l'autorité de la chose jugée ne fait point défaut au jugement incompetemment rendu, et même au jugement affecté d'une incompetence matérielle (54).

(50) Const. 2, C. *ead. tit.*

(51) L. 3, pr. et § 1, D. *Quæ sent. sine appell. rescind.* — Cass., 29 mars 1827 (Dev., 8, I, 559).

(52) Voy. la-dessus: Pothier, *Oblig.*, n° 131 et suivants.

(53) L. du 20 avril 1810, art. 7,

al. 2.

(54) Cass., 26 thermidor an IV (Dev., I, I, 54); Cass., 17 brumaire an XI (Dev., I, I, 716).

Cette règle souffre cependant en pratique une double dérogation : d'abord en ce qui concerne certaines juridictions spéciales, dont les décisions incompétentes sont non avenues (55), et ensuite même, en ce qui concerne la juridiction civile, toutes les fois qu'elle s'est saisie de la connaissance de matières administratives, ses jugements restant aussi sans valeur à l'égard de l'administration (56). Cela tient ici à ce principe spécial qui interdit formellement aux tribunaux de s'immiscer dans aucune question touchant à ces matières : non-seulement lorsqu'elles sont contentieuses, mais et à plus forte raison, lorsqu'elles sont d'administration pure; il n'y a plus là à proprement parler d'incompétence, mais un véritable excès de pouvoir, quand ils enfreignent cette prohibition. Et voilà pourquoi il n'est pas nécessaire qu'un jugement administratif ait déjà tranché la question (57); mais il suffit que l'affaire soit déferée à l'administration, pour que les tribunaux dussent s'abstenir (58); et la circonstance que l'autorité administrative s'est déclarée incompétente, ne lève pas pour cela cet interdit, du moment que l'affaire est administrative (59). C'est donc à tort, croyons-nous, que M. Devilleneuve, dans ses observations sur l'arrêt de cassation du 29 janvier 1839, cité à la note 56, croit pouvoir affranchir les tribunaux de l'obligation de surseoir, lorsque la décision d'incompétence est passée en force de chose jugée; de crainte de mettre les parties dans l'impossibilité d'obtenir justice: il nous semble, à cet égard, que la voie du règlement de juges par suite de conflit négatif, est le moyen le plus simple et le plus légal de se tirer d'embarras.

La réciprocité n'existe pas en faveur des tribunaux, c'est-à-dire

(55) Cass., 8 novembre 1835 (*Journ. du Pal.*, t. XXVII, p. 621); Cass., 25 juillet 1836 (*Journ. du Pal.*, t. XXVII, p. 1545).

(56) Cons. d'État, 25 mars 1807 (*Jurispr. du Cons.*, t. I, p. 68); Cons. d'État, 24 janvier 1808 (*Jur. du Cons.*, t. I, 169); Cons. d'État, 30 janvier 1809 (*Jur. du Cons.*, t. I, 242); Cass., 29 janvier 1839 (*Dev.*, 1839, t. I, 231).

(57) Comme dans les espèces suivantes: Cons. d'État, 11 août 1824

(Roche et Lebon, *Recueil gén. des arrêts du Conseil*, t. III, p. 513); Cons. d'État, 1^{er} juin 1828 (Roche et Lebon, IV, 342); Cons. d'État, 12 août 1829 (*Dev.*, 9, II, 32); Cons. d'État, 23 juin 1830 (*R. et L.*, IV, 620); Cass., 18 avril 1833 (*Dev.*, 1833, t. I, 372).

(58) Cass., 10 nivôse an XI (*Journ. du Pal.*, t. I, p. 97).

(59) Cass., 1^{er} frimaire an XII (*Dev.*, t. I, 891).

que le jugement administratif incompétemment rendu, continue d'être un obstacle à ce que les tribunaux connaissent de l'affaire, même si elle était judiciaire; jusqu'à ce que la décision administrative ait été annulée par l'autorité supérieure (60): c'est que l'incompétence qui frappe l'administration est moins radicale que celle qui frappe les tribunaux. Ajoutons, toutefois, que ces distinctions, souvent inspirées par des nécessités politiques, sont plus utiles que véritablement rationnelles et juridiques.

§ 2. De la manière de formuler en justice la chose jugée.

I. APERÇU HISTORIQUE. — Le système subtil et compliqué de la procédure romaine avait donné un intérêt particulier à l'existence de la chose jugée, et à la manière de la faire valoir devant les magistrats. Aussi, avec le système formulaire, devaient disparaître toutes les délicates nuances que la nécessité avait introduites à cet égard; et l'on peut dire aujourd'hui que l'étude de cette matière se concentre presque exclusivement sur les questions de droit civil qu'elle soulève.

A Rome, la controverse sur l'existence de la chose jugée pouvait, comme nous l'avons vu pour le serment (61), se présenter sous trois différentes faces. La chose jugée pouvait être niée par le défendeur et affirmée par le demandeur qui prétendrait se prévaloir d'une condamnation antérieure de son adversaire; dans cette hypothèse, on délivrait une action dont l'objet était d'arriver à discuter devant le juge la question de savoir s'il y avait chose jugée (62): c'était le but de l'action *judicati*, une des rares actions dont l'inficition doublait la condamnation (63). — Renversons maintenant les positions, et supposons les deux parties en instance devant le préteur pour la délivrance d'une action quelconque: le défendeur alléguait pour sa défense la chose jugée; si le deman-

(60) Cass., 22 ventôse an IV (*Det.*, I, I, 49); Cass., 13 messidor an XII (*Det.*, I, I, 905); Liège, 8 janvier 1813 (*Det.*, 4, II, 228).

(61) Voy. la dissertation romaine, ch. II, § 2, n° III, 7.

(62) L. 1, D. *Quæ sent. sine appell.*

(63) Gaius, comm. IV, §§ 9 et 171; Paul. Sent., l. I, t. XIX, § 1. — Inst. just., § 7, *De oblig. quæ quasi ex contr.*; § 26, *De act.* et § 1, *De pan. tem. litig.*

deur ne contestait pas ce fait, le magistrat ne délivrait pas d'exception au premier, parce qu'il était inutile de faire porter devant le juge la question de chose jugée tout-à-fait hors du débat : il se bornait à dénier l'action que le demandeur réclamait. — Enfin, dans la même hypothèse, si le demandeur refusait de reconnaître l'autorité de la sentence qu'on lui opposait, le préteur eût été bien obligé de donner à celui-ci son action, et à son adversaire une exception propre à repousser les prétentions opposées au moyen de l'autorité de la chose jugée : c'était l'exception *rei judicatæ*. Elle avait cela de particulier, en raison même des principes d'ordre public sur lesquels elle repose, qu'elle ne tendait pas, comme la plupart des autres exceptions, à faire prévaloir l'équité et la bonne foi sur le droit strict : aussi n'était-elle sous-entendue dans aucune espèce d'actions, pas même dans celles de bonne foi (64).

Mais même, dans cette troisième hypothèse, l'exception était-elle toujours nécessaire? La réponse comporte des distinctions tout historiques. Dans les temps les plus reculés, sous le système des actions de la loi d'abord, où les exceptions étaient encore inconnues (65), l'application des principes de la chose jugée rentrait dans les pouvoirs du juge : cela se conçoit aisément. Mais, même sous le système formulaire le plus primitif, la même chose pouvait arriver, et au lieu d'empêcher par une exception une nouvelle action de reproduire un débat terminé, et d'inquiéter par exemple le défendeur absous, la législation plaçait cette protection à une époque antérieure au litige : dans les effets mêmes de la *litiscontestatio*, qui novait, dans les instances légitimes (*judicia legitima*), les actions personnelles dont la formule était conçue en droit (*in jus concepta*) ; parvenue à la *litiscontestatio*, l'action étant épuisée et consommée, ne pouvait plus être reproduite : ce qui assurait à jamais l'efficacité d'une sentence favorable au défendeur. Mais il fallait pour cela le concours de ces trois conditions : 1^o instance légitime ; 2^o action personnelle ; 3^o formule conçue en droit. Car, d'abord une instance renfermée dans les limites de la magistrature (*imperio continens*), ne tirant qu'une autorité temporaire des pouvoirs du magistrat, était impuissante à détruire directement un

(64) Const. 3, C. De judic.

(65) Gaius, IV, 108.

droit permanent (66); d'un autre côté, le droit réel, base de l'action *in rem*, n'aurait pu être anéanti et remplacé par une simple obligation; enfin, dans une formule conçue en fait, l'*intentio* n'énonçait aucune règle de droit, puisqu'elle était fondée uniquement sur une question de fait : et un fait n'est pas susceptible d'être nové. Par contre, les actions *in factum* ou les actions réelles, ou enfin toute espèce d'action produite dans une instance qui n'était pas légitime, ne comportant pas la possibilité d'être novées par la *litiscontestatio* et remplacées par une obligation personnelle, auraient pu toujours être exercées indéfiniment par les deux plaideurs, si l'on n'avait fait intervenir ici le ministère des exceptions (67). Cependant, de ce côté-là aussi, d'autres distinctions vont surgir et dureront jusqu'à Justinien.

Et d'abord, ce n'était pas seulement l'exception *rei judicatæ* qui pouvait être délivrée en pareille circonstance, pour faire respecter la chose jugée; nous voyons en effet à côté d'elle s'en produire une autre, imaginée pour des cas spéciaux, mais dans des hypothèses analogues : nous avons nommé l'exception *rei in judicium deductæ*. En effet, il pouvait très-bien arriver que, pendant le cours d'un procès et avant la sentence, le demandeur, peut-être par pur esprit de chicane, en intentât un second, sur la même question; il pouvait encore arriver que le premier procès, au lieu d'avoir été mené à bonne fin, eût été abandonné, et se trouvât perdu définitivement par la péremption ou la consommation de la procédure; le tout, sans nuire à la reproduction de la même action. Comment alors subvenir à la position du défendeur? Ce ne pouvait être par l'exception *rei judicatæ*, qui se fondait exclusivement sur l'existence du jugement, et non sur son contenu ni sur ce qui avait fait l'objet de l'action; il fallait donc un autre genre d'exception, et ce fut là l'origine de l'exception *rei in judicium deductæ*.

Il résultait aussi de tout cela, que l'exception *rei judicatæ* ne protégeait le défendeur que contre la reproduction de l'action déjà jugée, et non point contre la reproduction du litige, sous une autre forme de procédure. Cette fonction de l'exception purement négative, comme on l'a qualifiée, ne protégeait donc d'une ma-

(66) Gaius, III, 180 et 181.

(67) Gaius, IV, 106 et 107.

nière satisfaisante ni le demandeur qui avait triomphé, ni le défendeur qui avait été absous : le premier quoique rentré en possession de l'objet de sa demande, parce qu'il pouvait parfaitement être recherché par le défendeur au moyen de la même action, que celui-ci pour son compte n'avait point encore exercée; le second, parce qu'il n'avait aucun moyen pour empêcher le demandeur de faire annuler, par des voies indirectes, la sentence d'absolution.

Ces inconvénients amenèrent une transformation de l'exception : on comprit qu'il y aurait plus d'avantage à assurer à la décision judiciaire une efficacité absolue pour l'avenir, en ayant égard désormais au contenu de l'action et non plus à la simple existence du jugement; par là était empêchée désormais la reproduction de la même question, n'importe sous quelle forme on eût cherché à la faire admettre, et rendu inutile l'emploi de l'exception *rei in judicium deductæ*. Cependant cette transformation, œuvre exclusive du préteur, ne fut que graduelle; et longtemps encore subsistèrent côte à côte l'exception *rei judicatæ*, dans sa double fonction, et l'exception *rei in judicium deductæ*. Ce ne fut que sous Justinien que les deux fonctions positive et négative ayant été fusionnées, il ne fut plus question de la dernière exception, pas plus que de la novation judiciaire qui s'opérait dans les actions réunissant les trois conditions précitées (68). Une seconde action put donc toujours être intentée, sauf le secours des exceptions, dont l'abrogation du système formulaire n'avait pas été à même de faire disparaître les dénominations.

— Chez nous, les choses sont restées, mais les noms ont disparu : la chose jugée qui produit une obligation, doit donner naissance, comme toute autre obligation, à un moyen agressif et à un moyen répulsif pour la faire sanctionner en justice : c'est-à-dire à une *action* et à une *exception*; il convient de traiter séparément de l'une et de l'autre, et c'est ce que nous allons faire dans le numéro suivant.

(68) § 5, Inst. *De except.* Voy. pourtant des traces de l'ancienne distinction relative à la novation : L. 20, § 1, et 25, D. *De dolo malo*; — et de la fonction négative de l'exception : L. 16, § 5, D. *De pignor. et*

hypoth.; L. 9, § 1, D. *De exc. rei jud.*; Const. 2, C. *De judic.*, etc.

Pour la formule de l'exception, voy. dans la dissertation romaine : ch. IV, § 1, n° 1, texte, et note 15.

II. COMMENT ON PROPOSE LA CHOSE JUGÉE. — 1. De l'action JUDICATI. — Cette action, dont le nom n'a pas passé dans notre droit, est ouverte au profit de la partie qui veut prendre l'initiative et faire reconnaître l'autorité de la chose précédemment jugée en sa faveur, c'est-à-dire l'effet et l'utilité positive de droits adjugés ou consacrés par cette décision. L'action se prescrit par trente ans à dater du jugement, encore qu'il s'agisse d'une condamnation portant sur des droits prescriptibles par un laps de temps plus court; parce qu'on ne doit pas ici avoir égard à l'origine de la contestation, mais à l'obligation qui découle du contrat judiciaire et de la chose jugée: *actiones que tempore pereunt, semel incluse judicio, saltem permanent* (69).

2. De l'exception REI JUDICATÆ. — La chose jugée produit aussi une exception et au besoin une réplique (avec la valeur que l'on doit attacher à ces mots en droit français), pour repousser incidemment toute demande qui tendrait à remettre en question l'objet d'un litige antérieurement vidé; et ces moyens juridiques appartiennent également à chacune des deux parties qui y ont figuré: au demandeur comme au défendeur (70); à celui qui y a triomphé, comme à celui qui y a succombé.

Mais peuvent-ils tous deux y renoncer, ou bien, dans le silence des parties, les juges sont-ils ou non autorisés à proposer d'office cette exception, et à rejeter *de plano* toute demande qui leur ferait examiner derechef la chose jugée?... Cette question revient à celle de savoir si l'exception est d'ordre public, ou seulement un bénéfice personnel, dont on peut user ou ne pas user à son gré. Pour trancher la difficulté, on s'est appuyé sur des arguments qu'il faudrait, ce nous semble, écarter du débat; on a dit: Puisque la chose jugée est une pure création de la loi civile, et ne dérive point du droit naturel, puisqu'elle n'est fondée après tout que sur une fiction, qui fait tenir pour vrai ce qui peut être faux....., les juges ne pourront pas suppléer d'office l'exception de la chose jugée, pas plus qu'ils n'oseraient suppléer celle de la prescription;

(69) L. 139, pr., D. De reg. jur.; L. 3, § 11, D. De pecul.; C. Nap., art. 2162. — Voy. une application de ce principe à la matière de la lettre de change: art. 139 du C. de comm.

(70) Proposition résolue implicitement par l'arrêt de cassation déjà cité, du 5 juin 1821 (Dev., 6, I, 446).

et le silence de celui qui n'oppose pas la première, peut s'expliquer par cette considération, que la partie n'est peut-être pas persuadée de l'équité du jugement antérieur par elle obtenu; comme le silence de celui qui n'oppose pas la seconde, peut venir de ce qu'il croit la dette non encore éteinte.

Or nous repoussons avec force les conséquences que l'on tirerait de l'origine de la chose jugée, tout aussi bien que celles qu'on induirait de son assimilation avec la prescription. S'il est une disposition législative qui dérive du droit positif, c'est bien celle qui se rattache aux institutions politiques; puisque, loin d'être seulement une création propre à tel peuple, elle n'est souvent que le produit éphémère d'une période de son existence: telle est la nature des principes qui régissent l'ordre des juridictions; et pourtant l'exception qui naît de la violation des règles de compétence matérielle, est bien une exception d'ordre public, que le juge non-seulement est autorisé, mais qu'il est tenu légalement de suppléer à défaut des parties. Que vient-on alors argumenter d'une origine purement civile et positive; quand au contraire il semble que, par cela même que la loi est intervenue pour confirmer ou pour contredire le droit naturel, il soit d'autant plus juste et plus logique de supposer qu'elle a entendu conférer à ses magistrats le soin de la sanctionner, et de la rappeler à l'observation des justiciables? Dira-t-on que l'art. 2224 du C. Nap. n'a pas non plus permis que le juge pût suppléer d'office le moyen d'une prescription (institution d'ordre public) qui répugnerait peut-être à la conscience honnête et loyale d'un plaideur scrupuleux? Nous répondons encore que l'ordre public est moins engagé dans cette matière que l'intérêt privé, tandis qu'il est intéressé au plus haut degré à empêcher la contradiction de décisions judiciaires et la prolongation indéfinie des contestations. Il n'y a point d'ailleurs de disposition législative pour ôter ce droit d'initiative au juge, et il y en a deux qui donnent formellement aux parties la faculté de faire rétracter une décision en opposition avec la chose précédemment jugée. Eh bien! n'est-il pas mille fois préférable de prévenir ce résultat, toujours fâcheux pour la considération de la magistrature, plutôt que de laisser s'accomplir une situation équivoque qui offrira la perspective certaine d'une nouvelle source de

procès : puisque la loi ouvre toujours en pareil cas la voie de la requête civile ou de la cassation, sans examiner si les parties pourraient ou non être présumées avoir renoncé à exciper d'une première décision (71)? Bien plus, elle semble même présenter le premier de ces recours comme la ressource extrême contre les sentences d'un juge dont la bonne foi a été surprise, et qui s'est laissé tromper, dans l'ignorance de ce qui avait été décidé par d'autres avant lui.

Malgré la force de ces raisons, il faut dire qu'elles n'ont point prévalu, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Merlin (72) est à peu près le seul qui ait cherché à en tirer parti, dans plusieurs circonstances; mais ses conclusions ne furent pas suivies par les magistrats du Tribunal de cassation (73), et lui-même les abandonna par la suite (74). On peut bien à la vérité citer un arrêt du même Tribunal, qui paraît avoir adopté le sentiment de son illustre procureur général (75); mais il est hors de doute qu'aujourd'hui l'opinion contraire est définitivement entrée dans la jurisprudence de la Cour suprême (76), comme aussi elle a réuni sous son drapeau la phalange de presque tous nos auteurs (77).

— La violation de la chose jugée, qui est d'ailleurs toujours un grief d'appel, donne ouverture à cassation; et le juge qui a refusé d'écouter les parties proposant cette exception, exposera sa décision à la censure, lors même que l'arrêt dont l'autorité a été méconnue, eût déjà subi le même sort (78).

(71) C. de pr., art. 480-6° et 501.

(72) *Quest.* (3^e éd.), t^o Appel, § 9.

(73) Cass., 21 thermidor an IX (*Dev.*, 1, 1, 507).

(74) *Répert.*, t^o Chose jugée, § 20; *Quest.*, t^o Chose jugée, § 2 bis.

(75) Cass., 3 brumaire an X (*Journ. du Pal.*, t. II, p. 345).

(76) Voy. Cass., 15 pluviôse an XIII (*Dev.*, 2, 1, 66); Cass., 26 décembre 1808 (*Dev.*, 2, 1, 611); Cass., 7 juillet 1829 (*Dev.*, 9, 1, 326), etc.

(77) Cette doctrine était celle de Voet (*Ad tit. Pand. De exe. rei jud.*, n^o 6, et *ad LL. 23 et 42, D. De jurejur.*); mais il ne faut pas oublier qu'il commentait le Droit romain, où l'office du juge n'avait rien de spontané,

quant à la délivrance des actions et des exceptions. Il a été suivi de nos jours encore par Toullier, X, 74; Pouljol, *op. cit.*, n^o 49; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Dalloz, *Jur. gén.*, t^o Chose jugée, n^{os} 323 et 332; Sébire et Carteret, *Encyclop. du droit*, t^o Chose jugée, n^o 7. Dans le sens de notre opinion, voy. Duvorgier, sur le n^o 77 de Toullier, note a.

Si l'on ne peut renoncer à l'exception de la chose jugée, on ne peut également transiger sur cette exception; mais peut-on transiger sur la chose jugée elle-même? Voy. pour cette question qui est étrangère à la procédure : *infra*, ch. IV, § 2, n^o II.

(78) Cass., 2 mai 1808 (*Dev.*, 2, 1,

Il ne faudrait du reste pas croire que l'existence de deux décisions contradictoires révélât nécessairement une violation de la chose jugée: autrement notre précédente proposition, touchant les conséquences de cette violation, serait en contradiction avec l'art. 480-6° du Code de procédure, qui n'ouvre en pareil cas que la voie de la requête civile, du moins lorsque les deux décisions émanent d'un même tribunal. Cet article suppose au contraire que la chose jugée n'a pas été proposée par les parties, ni suppléée par le juge; il y a eu erreur de la part de ce dernier, puisqu'il n'a pas pu connaître ou n'est pas censé avoir connu l'existence d'une précédente décision sur le même litige. Que si la chose jugée avait été proposée, mais inutilement, il y aurait toujours pour la partie recours possible en cassation, parce qu'il y a violation d'une loi positive. L'art. 501 ne fait pas cette distinction, pour les jugements qui émanent de tribunaux différents, quoique MM. Aubry et Rau semblent la proposer aussi pour ce cas (79); mais pourquoi? c'est que, même si l'on n'eût pas excipé de la chose jugée devant l'un des tribunaux, il restait toujours impossible de permettre la requête civile contre le dernier arrêt ou jugement; attendu qu'il est de l'essence de cette voie de recours, de se porter toujours devant les juges mêmes dont on veut faire réformer la décision: or il peut très-bien arriver que la sentence à rétracter, c'est-à-dire la dernière rendue, aux termes de l'alinéa 2 de l'art. 501, soit un arrêt de cour impériale; et il eût été absurde et humiliant de demander à cette dernière de rétracter une erreur plus ou moins involontaire, de reconnaître et de proclamer la validité d'un jugement émanant d'un tribunal inférieur (80).

Réciproquement, on se tromperait également si l'on pensait que la violation de la chose jugée ne dût jamais se résoudre qu'en une contrariété de décisions: ce que la loi réproouve, ce n'est pas seulement le fait d'avoir décidé différemment que d'autres juges; c'est déjà la possibilité d'avoir pu décider différemment; c'est le fait d'avoir connu de nouveau de l'affaire. Le magistrat qui agit

524); Cass., 17 novembre 1835 (*Dev.*, 1836, I, 132).

(79) *Op. cit.*, § 769, note 115.

(80) Le même esprit semble avoir présidé, dans le Code de procédure,

au choix des autorités chargées de connaître des réglemens de juges (art. 363). Voy. au surplus, dans le sens de notre manière de voir: Cass., 17 août 1841 (*Dev.*, 1842, I, 34).

de la sorte, qui ne tient pas compte de l'exception de la chose jugée, viole la loi, sans violer précisément la chose jugée elle-même : en décidant de la même manière que le premier juge, il n'en tient pas moins pour non avenu ce que ce dernier a jugé ; sa conduite est donc également condamnable, et appelle la censure de la Cour suprême.

— L'autorité de la chose jugée peut être invoquée en tout état de cause, comme toute autre exception d'ordre public. Aussi, après avoir admis qu'elle est susceptible d'être suppléée d'office par les tribunaux, il ne nous serait plus permis d'en proscrire l'exercice en cassation, comme le veut pourtant la jurisprudence unanime et, il faut aussi le dire, parfaitement conséquente de la Cour de cassation (81).

III. COMMENT ON REPOUSSE LA CHOSE JUGÉE. — Chez nous, on l'a déjà fait remarquer, il n'existe plus, comme à Rome, de ces formules de procédure qui emprisonnaient, pour ainsi dire, dans un cercle rigoureusement restreint, les moyens juridiques ouverts aux parties pour faire valoir leurs droits en justice ; c'est dire que le plaideur n'est pas plus astreint à suivre telle ou telle voie, pour proposer que pour repousser la chose jugée. La première de ces propositions est toujours demeurée intacte dans notre pratique moderne ; mais, il faut le reconnaître, la seconde n'a pas été aussi respectée. Quelques personnes, peut-être sans le vouloir, ont un peu sacrifié aux anciennes idées romaines, en consacrant une procédure particulière pour repousser la chose jugée ; procédure qui ne serait autre que la tierce-opposition ; cette voie destinée, selon les principes du Code de procédure, à repousser l'autorité des jugements préjudiciables où l'on n'a pas été partie.

Ce n'est point dans notre ancienne jurisprudence que cette doctrine a pris naissance, car, avant la promulgation du Code, la voie de la tierce-opposition était à peine connue, et le législateur ne s'en était occupé guère qu'à propos des amendes dont il frappait ceux qui s'opposaient à l'exécution des jugements. Les termes plus

(81) Cass., 9 août 1835, (*Dev.*, 1835, I, 592) ; Cass., 5 mai 1837 (*Dev.*, 1837, I, 718) ; Cass., 17 novembre 1840 (*Dev.*, 1841, I, 155) ; Cass., 1^{er} décembre 1840 (*Dev.*, 1840, I, 913) ; Cass., 5 décembre 1842 (*Dev.*, 1843, I, 27) ; Cass., 19 mars 1844 (*Dev.*, 1844, I, 301), etc.

ou moins clairs de l'art. 474 de ce Code ont sans doute servi de point de départ aux partisans de ce système, dont Proudhon a été le plus ardent défenseur (82). Selon lui, la voie de la tierce-opposition, dans l'intention des rédacteurs, était destinée à mettre en pratique le principe et les règles de l'art. 1351 du C. Nap., en donnant aux parties les moyens de faire discuter devant les juges les questions d'identité de personnes, à laquelle se trouve subordonnée l'autorité de la chose jugée; sauf certaines hypothèses particulières, où il n'y aurait pas lieu à prononcer sur l'identité: soit parce que la loi décide elle-même cette question (comme dans le cas de l'art. 100 du C. Nap., et dans celui où il s'agit d'apprécier l'influence réciproque du criminel sur le civil); soit parce que l'identité est évidente par elle-même, et ne saurait prêter à controverse. Dans toute autre hypothèse, la tierce-opposition serait donc une voie, non-seulement commode, mais *obligatoire* pour les parties qui soutiendraient n'avoir pas été représentées dans l'instance, dont elles veulent écarter les conséquences désastreuses pour leurs intérêts.

Tout cela n'est guère soutenable: car on arriverait inmanquablement par là à ne considérer la tierce-opposition que comme une voie *interprétative* de la chose jugée: en ce sens qu'elle pourrait être employée toutes les fois qu'il y aurait nécessité, soit pour une des parties, soit pour un tiers, de faire déclarer le jugement antérieurement obtenu commun ou étranger, selon les divers intérêts en jeu; et non point comme un mode de recours exclusivement destiné à faire réformer, au profit des tiers, la décision qu'ils prétendent avoir été rendue au mépris de leurs intérêts. Enfin, en restant toujours dans le cercle des suppositions que fait naître cette manière de voir, on ne comprendrait plus pourquoi, malgré les art. 475 et 476 du C. de proc., cette tierce-opposition ne pourrait pas être portée parfois devant un tribunal inférieur à celui de qui émanait le premier jugement: puisqu'il n'y aurait nul inconvénient à ce qu'un pareil tribunal expliquât ou interprêtât la décision d'une autorité supérieure.

(82) Proudhon, *Usufr.*, nos 1281-1286. — Son système a été appliqué dans les deux arrêts suivants: Cass., 24 avril 1811 (*Dev.*, 1815, I, 33); Colmar, 4 juillet 1831 (*Dev.*, 1833, II, 70).

Mais ces contradictions, qui mettent en évidence tout le vice du système, ont produit (ce qui arrive ordinairement) par une réaction un peu outrée, un système aussi peu vraisemblable, quoique diamétralement opposé (83). Ici, en effet, la tierce-opposition devient une voie toute *facultative*, qui se présenterait aux tiers concurremment avec l'exception tirée de la maxime : *est res inter alios acta* ; laissant à l'appréciation de ces derniers la question de décider quel sera le parti le plus avantageux à prendre selon les circonstances. Cette doctrine a le malheur de chercher à peu près son unique appui dans un mot qui échappe fréquemment au législateur, sans qu'il y attache le plus souvent d'autre valeur que celle qui lui serait dictée par les exigences du style. Effectivement l'art. 474, en disant que « une partie peut former tierce-opposition... », n'a certainement pas entendu concéder à l'exercice de ce recours une latitude indéfinie : c'est-à-dire, la présenter comme facultative dans les hypothèses implicitement prévues ; il faut croire, au contraire, qu'il en est de telles, où ce sera le seul moyen de sortir d'embarras : autrement il serait difficile d'imaginer qu'une partie fût assez mal avisée, pour entamer une procédure toujours assez chanceuse, tandis qu'il lui suffirait de décliner *de plano* l'autorité du jugement qu'on lui opposerait, par ces seules paroles : *res inter alios judicata, aliis nocere non potest*.

Ainsi, il reste bien avéré que, si, d'une part, la tierce-opposition n'est pas toujours une voie obligatoire pour une personne étrangère au procès, elle ne saurait pas non plus toujours, d'autre part, constituer à son profit un moyen purement subsidiaire et subordonné à son caprice. Qu'encore, si cette même personne, en voulant écarter l'autorité d'un jugement qui contiendrait une condamnation plus ou moins nettement formulée contre elle, n'aurait qu'à invoquer la maxime précitée, qui n'est après tout qu'un principe de raison ; il lui faudrait certainement quitter ce rôle passif, si l'exécution du jugement pouvait, quoique préjudiciable pour elle, s'opérer sans elle, indépendamment d'un acte

(83) En ce sens : Merlin, *Répert.*, t.^o Tierce-oppos., § 6, et *Quest.*, t.^o Chose jugée, § 2 ; Carré et Chautau, *Lois de la proc.*, quest. 1722 ; Berriat-Saint-Prix, *op. cit.*, p. 500, sur

l'art. 474 du C. de proc. ; Bioche, *Dict. de proc.*, t.^o Tierce-oppos., n.^o 8. Voy. aussi : Cass., 2 germinal an X (*Dev.*, 1, 1, 615 ; Cass., 11 mai 1840 (*Dev.*, 1840, 1, 719, etc.

positif de sa part, et par suite de sa seule inaction, comme cela arrive très-souvent en matière réelle.

Ces considérations n'ont pas échappé aux adversaires des précédents systèmes, et leur ont servi de base pour en édifier de nouveaux; les systèmes mixtes n'ont donc pas manqué, mais ils n'ont en général pas eu la même vogue que ceux qu'ils prétendaient remplacer. Parmi ceux-là, nous citerons seulement le système de M. Thomine-Desmazures (84) qui est encore le plus spécieux. Il s'est précisément et à peu près exclusivement attaché à la seule circonstance de la force exécutoire du jugement vis-à-vis les tiers, en n'armant ces derniers de la tierce-opposition que lorsque la décision serait de nature à être exécutée directement contre ces personnes.

Ce système serait incontestablement le meilleur, si l'on ne pouvait trouver des hypothèses, encore assez fréquentes, où il importe d'employer le même moyen de recours, bien que l'exécution restât limitée entre les seules parties dans la cause; la loi elle-même, au besoin, nous en fournirait des exemples: nous ne mentionnerons que l'art. 873 du C. de proc., qui offre par là aux créanciers la ressource de faire tomber, à leur égard, le jugement de séparation de biens, lequel ne continue pas moins à subsister à l'encontre des époux; et qui fait varier le délai du recours, selon l'accomplissement ou le non-accomplissement des formalités légales de la demande en séparation. La tierce-opposition, lorsqu'il y a eu fraude ou collusion entre les parties litigantes, se présente donc comme un moyen propre à protéger et à mettre en vigueur le principe de l'art. 1167 du C. Nap.; comme une forme particulière de la voie révocatoire qu'il ouvre au profit des créanciers contre tous les actes frauduleux et préjudiciables du débiteur, et non plus comme un simple artifice de procédure dont les conséquences resteraient limitées à l'exécution. — L'art. 478 est une preuve convaincante de la justesse de toutes ces considérations; puisqu'il part de l'idée, que l'exécution entre les parties condamnées ne sera jamais arrêtée par la tierce-opposition, que lorsque les juges l'auront ainsi et expressément ordonné;

(84) *Comment. sur le C. de proc. civ.*, n° 525.

en leur ôtant même ce pouvoir, quand la condamnation en dernier ressort porte sur le délaissement d'un héritage : n'est-ce pas reconnaître de la manière la plus frappante que l'exécution, quoique bornée, quant à ses effets, entre les seules parties, n'est pas toujours incompatible avec l'exercice d'une tierce-opposition?... et pourtant, dans l'espèce prévue par l'article ci-dessus, le délaissement d'un immeuble par la partie condamnée, continue d'avoir son plein et entier effet; quoiqu'il puisse y avoir dans la possession de l'adversaire une cause permanente d'un préjudice peut-être irréparable pour le tiers, obligé d'accepter plus tard une situation de fait que la réussite de son recours est désormais incapable de modifier en quoi que ce soit.

Mais à présent, que nous nous sommes à peu près fermé toutes les issues qui semblaient les plus favorables à une explication raisonnable, quel sera notre système sur la question, et comment trouverons-nous une formule propre à rendre compte de tous les cas où une pratique intelligente a reconnu l'utilité, sinon toujours assez la nécessité, de la voie de la tierce-opposition? — La question est très-délicate : il ne s'agit rien moins que de savoir si le principe de l'art. 1351 du C. Nap. a été abrogé par le Code de procédure; et, s'il l'a été, dans quelle mesure. Pour cela, nous demanderons la permission de jeter un instant nos regards en arrière, et de remonter à l'époque de la confection du Code.

Le projet de la commission du conseil d'État contenait les deux articles suivants :

« Art. 463. — Une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont point été appelés, encore qu'ils eussent dû l'être. »

« Art. 464. — A l'égard des jugements lors desquels la partie n'a pas dû être appelée, elle ne pourra les attaquer qu'en prouvant la collusion, la fraude ou le dol. »

On faisait là une distinction qui n'a pas été conservée dans le texte définitif : la personne eût-elle dû être appelée, parce qu'elle n'a pas été légalement représentée au procès, elle pourra faire tierce-opposition au jugement qui préjudicie à ses droits; la personne a-t-elle été, au contraire, représentée dans la contestation,

elle ne sera admise à faire tomber le jugement que s'il y a eu collusion, etc. Mais le projet ne s'expliquait pas sur les moyens propres à arriver à ce résultat dans le second cas. Et alors s'éleva au sein du conseil d'État une discussion des plus obscures, où furent complètement confondus les principes de chose jugée, de tierce-opposition et de requête civile; ce qui montrait bien que la matière était neuve pour tout le monde, et que les rédacteurs avaient cherché à organiser là une procédure pour des hypothèses mal définies dans leur esprit (85).

Il paraît que, dans l'opinion de plusieurs membres, entre autres de MM. Treilhard, Siméon et Muraire, la tierce-opposition ne devait point appartenir à celui qui avait été représenté dans l'instance, et que le recours qu'on lui donnait contre le jugement entaché de fraude, n'avait rien de commun avec cette voie. D'un autre côté, on semblait aussi trouver inutile l'usage de la tierce-opposition au profit des tiers étrangers au procès et qui auraient dû y être appelés, lesquels n'avaient besoin, selon ces membres, que d'invoquer la maxime : *est res inter alios acta*; et l'on poussait cette théorie si loin, qu'on alla jusqu'à soutenir, — en dépit des protestations du Grand-juge, ministre de la justice, qui invoquait une pratique constante contraire, — que la propriété adjudgée au demandeur dans une instance ne pouvait être opposée aux personnes qui n'y avaient pas figuré. D'après cela, on ne voit plus trop quelle place devait encore occuper la tierce-opposition parmi les voies de recours contre les décisions judiciaires; d'autant plus qu'en rejetant le second des deux articles précités, le conseil d'État supprimait encore une hypothèse où l'on aurait pu trouver à la rigueur une application de cette voie, quoique plusieurs orateurs eussent soutenu le contraire. Mais il ne paraît pas que le rejet de cet article ait été motivé par cette considération, qu'on avait confondu ici, avec la tierce-opposition, un mode de recours tout différent; au contraire, il est évident qu'on fut touché surtout de la citation du brocard que nous connaissons; brocard qui n'a pourtant de valeur que dans la bouche d'une partie qui aurait dû être appelée, et non pas de celle qui ne l'aurait pas dû être, parce

(85) Locré, *Législat. civile, commerciale, et criminelle, de la France*, t. XXII, 2^e partie, comment. II, n^o 4.

qu'alors elle serait légalement représentée. Et pour couronner toute cette série d'incohérences, nous voyons encore MM. Boulay et Regnault de Saint-Jean-d'Angely, en suite du rejet de l'art. 461, proposer de changer l'art. 463, et d'en retrancher les mots : *encore qu'ils l'eussent dû être*; motion tout-à-fait inexplicable. Car quelle liaison pouvait-on trouver, je vous prie, entre le vote du conseil qui refusait la tierce-opposition (ou tout autre recours, n'importe comment on voudra le qualifier) à la partie qui se trouve lésée par un jugement rendu en fraude de ses droits, et entre la rédaction du premier article, qui accordait la même voie à celui qui n'avait pas été représenté dans l'instance et qui devait, pour cette raison, y être appelé?... Les deux principes reposent sur des hypothèses toutes différentes, et n'auraient pas dû être confondus : dans la première, la personne a été condamnée sans être entendue; dans l'autre, elle a été mal représentée par un individu qui a fait servir la fraude et la collusion à ses vues spoliatrices. Malgré cela, la proposition des deux membres fut admise; l'art. 463 ainsi mutilé resta seul, et prit dans le texte définitif le n° 474.

Quoi qu'il en soit, et quelque critique que l'on puisse diriger contre la manière dont furent conduits les travaux préparatoires sur cette matière, il est un fait qui reste constant, c'est que les rédacteurs n'ont jamais eu l'intention d'abroger ou de modifier le moins du monde les règles de la chose jugée qui tiennent aux plus vieux principes, et que la nouvelle procédure qu'ils ont organisée, se présentait pour eux comme devant fonctionner dans des hypothèses particulières, auxquelles l'art. 1351 doit rester étranger. C'est là tout ce qu'on est en droit de conclure des documents tirés des procès-verbaux; il serait téméraire de s'avancer davantage sur ce terrain, d'essayer de scruter chez le législateur une arrière-pensée qui peut-être n'existait pas, ou qui était inexacte et obscure. Puisqu'on ne peut deviner ce qu'il a voulu dire dans l'art. 474, il faut se contenter de ce qu'il lui a fait dire, et chercher à le concilier avec les autres dispositions du droit civil.

Cette tâche a été plus qu'à moitié remplie par les réflexions que nous ont suggérées auparavant les divers systèmes de la doctrine. Nous avons cité alors quelques cas qui prouvent surabondam-

ment qu'un jugement peut préjudicier quelquefois à ceux qui n'y ont pas été légalement représentés, aux tiers, en un mot, et qu'alors la maxime *est res inter alios acta*, est insuffisante pour éviter cet effet; mais nous avons aussi montré que la tierce-opposition n'a pas non plus pour but invariable d'empêcher l'exécution du jugement. Que déduire de tout cela? C'est que chose jugée, exécution contre les tiers et tierce-opposition, sont trois idées, trois principes, qui auront souvent ensemble une connexité intime, mais qu'il faut se représenter à la pensée comme pouvant exister isolément, et se mouvoir chacun dans sa sphère propre. Maintenant, quand la voie de la tierce-opposition sera-t-elle ouverte? — Toutes les fois qu'une personne voudra faire tomber un jugement qui lui est préjudiciable nonobstant la règle de l'art. 1351; et il fallait bien lui accorder un moyen *ad hoc*: puisque, n'étant pas partie au procès, l'opposition, l'appel, la requête civile, enfin le pourvoi en cassation, lui sont tous fermés. Et quand pourra-t-on se borner à opposer la maxime précitée? — Ce sera toutes les fois que la décision n'est pas de nature à recevoir une exécution *indépendamment d'un fait personnel au tiers*; à celui qui tenterait cette exécution, il lui suffira toujours de répondre : *est res inter alios judicata*.

On voit aussi d'après cela combien est inexacte la pratique des tribunaux, des auteurs et de la plupart des arrêtistes, qui trouvent une liaison étroite et indéfinie entre la tierce-opposition et la chose jugée. Sans doute, la personne qui veut exercer une tierce-opposition, a besoin, pour se légitimer, d'établir au préalable, qu'elle n'était point partie au jugement; sans doute encore, semblable question préjudicielle est à décider lorsque l'on se contente d'invoquer les principes de l'art. 1351. Mais, d'une part, la question d'identité de personnes, pour être discutée, n'exige pas continuellement une pareille procédure : elle ne diffère donc pas, sous ce point de vue, des deux autres conditions de la chose jugée, qui peuvent et doivent en général se résoudre par un procès ordinaire, comme tous les autres éléments d'une demande et d'une défense principale ou directe; d'autre part, si, pour la tierce-opposition, on est amené également à s'occuper de l'identité de personnes, et si en cela cette voie de recours présente quelque

analogie avec la procédure sur une question de chose jugée, on ne devra non plus tirer de ce rapprochement tout fortuit, la conséquence d'aucune connexité nécessaire entre les deux matières.

§ 3. De la rétractation et de la réformation de la chose jugée.

I. PRINCIPE DE LA MATIÈRE. — Les effets de la chose jugée sont si absolus, l'autorité qui s'y attache est tellement puissante, qu'il n'appartient à personne de discuter la validité ou de suspendre l'exécution d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée; et cette règle est obligatoire pour le tribunal étranger au procès, comme pour celui qui a rendu la décision et qui cesse d'être juge, du moment qu'elle a été prononcée (86). Telle était déjà la disposition de la loi romaine, qui n'admettait qu'un tempérament à cette règle, pour le cas où le préteur aurait voulu suppléer ce qui manquait à la sentence, en l'obligeant à le faire le jour même du prononcé, et à condition d'ailleurs que ces additions ne fussent qu'une suite naturelle et forcée de la décision primitive (87). L'ancien droit français consacrait une pratique analogue, mais plus large, en autorisant le magistrat à modifier le jugement aussi longtemps qu'il n'avait point été déposé au greffe (88).

On sent bien que toutes ces facilités doivent être repoussées aujourd'hui, que la prononciation du jugement constitue, au profit des parties, un droit acquis auquel elles ne peuvent renoncer, même d'un commun accord; parce qu'elle amène la dissolution du contrat judiciaire. Nous verrons plus loin les seules exceptions qu'on se soit permis d'introduire à ces principes.

Ils sont d'ailleurs si étroits, qu'il est rare de les voir enfreindre ouvertement et de propos délibéré. Toutefois, la chose étant pos-

(86) Cass., 15 septembre 1792 (*Dev.*, 1, 1, 9); Cass., 23 mai 1813 (*Dev.*, 4, 1, 359).

(87) *I.L.* 42, 55 et 62, *D. De re jud.*

(88) Davot, *Traité de dr. franç.*, 3^e livre, traité II, *Des prescript.*, n°

11; Lebrun, *Procès civil*, liv. I, §§ 47 et 48. — En ce sens on peut encore citer un arrêt du parlement de Rennes, en date du 7 mars 1577, et un autre du parlement de Dijon, en date du 5 juillet 1712.

sible, on pourrait se demander alors quel serait le sort des deux dispositions contradictoires, et à laquelle il conviendrait de donner la préférence. Le droit classique romain n'avait pas oublié de parer à l'inconvénient de cette situation : l'expédient qu'indique la loi 28, D. *De re jud.*, consistait à suspendre l'exécution des deux sentences, jusqu'à ce que l'une d'elles eût été confirmée par un juge compétent. Mais avec nos idées reçues actuellement en procédure, ce moyen ne serait tout au plus praticable que si l'on avait interjeté appel à la fois des deux décisions : encore pourrait-il arriver que les deux arrêts, émanant de cours différentes, eussent tous deux confirmé les sentences des premiers juges ; que si, au contraire, une seule des deux eût été frappée de ce recours, il ne serait au pouvoir d'aucun magistrat d'arrêter l'exécution de l'autre, devenue définitive par l'expiration des délais d'appel. De toutes les manières, il faut donc trancher la difficulté directement, et accorder l'autorité de la chose jugée à l'un ou à l'autre des jugements.

Déjà une constitution d'Alexandre Sévère, insérée au Code Justinien (89), déclarait nulle toute sentence rendue au mépris de la chose antérieurement jugée et non déférée aux juges d'appel ; et notre Code de procédure a suivi le même système, lorsqu'il ouvre par la requête civile, une voie de nullité contre la décision en contradiction avec une précédente (90). Il paraît, en effet, assez juste de frapper d'inefficacité un acte qui ne constitue plus qu'une superfétation à côté du premier ; alors, d'ailleurs, qu'il a été rendu en violation des principes de la chose jugée. On pourrait toutefois, en s'armant d'un arrêt de cassation du 27 juillet 1813 (91), objecter à cette manière de voir, que les parties qui ont consenti à se laisser juger une seconde fois sans exciper de la chose jugée, et ont laissé écouler les délais légaux sans se pourvoir contre cette décision, se sont *ipso facto* soumises volontairement à ce nouveau jugement qui a pour elles remplacé l'ancien, ainsi qu'un acte législatif abroge toute disposition antérieure contraire. Mais on pourrait encore répliquer que le législateur est bien

(89) Const. 1, C. *Quando protoc. nec. non est.*

(90) Art. 480-7^o et art. 501, al. 2.

(91) Arrêt cité et approuvé par M. Dalloz, *1^{re} Chose jugée*, n^o 14.

maître de défaire ce qu'il a fait, de démolir ce qu'il a édifié, tandis qu'un juge est lié par son jugement antérieur, comme il le serait par la loi même; que par suite tout ce qu'il a rendu en violation de la chose jugée ne peut avoir aucune valeur, ni pour lui ni pour les parties. Tout bien considéré, il nous paraît donc plus rationnel de s'en tenir à la première opinion, qui peut d'ailleurs revendiquer en sa faveur un arrêt conforme de la Cour suprême (92).

— Voilà pour le principe; arrivons actuellement aux exceptions. Si la loi, comme nous l'avons déjà souvent dit et comme nous aurons occasion de le dire encore avec plus de détail, a attaché une grande autorité aux actes rendus par les magistrats, elle a tempéré sagement tout ce qu'il pourrait y avoir d'inique dans ce principe si absolu : d'abord, en limitant à certaines personnes la sphère d'action de la chose jugée; ensuite, en permettant à ces personnes, suivant les cas et sous certaines conditions, d'obtenir une révision de la sentence rendue contrairement à leurs prétentions, et peut-être à leurs légitimes espérances. Mais, si ces dernières ne jugent pas à propos de s'en servir, et jusqu'à ce qu'elles aient déclaré user de cette faculté, l'autorité de la chose jugée (nous l'avons fait remarquer) n'est ni moins considérable ni moins absolue, que s'il n'existait aucune possibilité de la faire tomber : en d'autres termes, cette autorité est indépendante du plus ou moins de facilité laissé aux recours des plaideurs.

Ces recours sont, quant à leur caractère et à la classe des autorités appelées à en connaître, subordonnés aux causes qui vicient la chose jugée et en peuvent faire suspecter la sincérité. Sous ce rapport, elles nous paraissent susceptibles d'être rangées dans deux catégories distinctes : suivant que la réformation est abandonnée à la sagesse et à l'impartialité du juge même qui vient de rendre la sentence, et qui est mis de cette manière, par les parties, en demeure de se rétracter lui-même; suivant que le pouvoir de réformer n'est dévolu qu'à des magistrats supérieurs ou différents. Seulement, il faut remarquer que cette classification ne concorde pas avec celles des voies de recours que présente la

(92) Cass., 3 janvier 1837 (*Dev.*, 1837, I, 8).

procédure, c'est-à-dire, en égard aux formalités dont la loi les a revêtues; ainsi, la tierce-opposition est portée tantôt au tribunal qui a déjà connu de l'affaire, tantôt au tribunal supérieur, tantôt encore à un autre tribunal de même degré, comme que nous le verrons plus bas (93).

II. DE LA RÉTRACTATION OPÉRÉE PAR LE TRIBUNAL QUI A RENDU LE JUGEMENT. — 1. Préliminaires. — La loi de procédure a institué quatre voies différentes pour arriver à faire rétracter la chose jugée; savoir :

- 1° *L'action directe et principale*, au profit de tout intéressé;
- 2° *L'opposition*, pour la partie qui s'est laissée condamner par défaut;
- 3° *La tierce-opposition*, pour celui qui n'a pas été légalement représenté au procès, et qui veut le faire tomber en ce qui le concerne; enfin

4° *La requête civile* qui n'appartient au contraire qu'à ceux qui ont figuré dans le procès, mais qui ont à invoquer un grief puisé dans l'erreur ou le dol, et de nature à vicier les dispositions du jugement.

Nous dirons quelques mots de chacune de ces voies, des causes sur lesquelles elles peuvent se baser, et des effets qu'elles produisent en égard au jugement attaqué.

1. De l'action directe et principale. — Sous l'ancienne jurisprudence, il s'était introduit dans le parlement de Bretagne, au mépris des principes les plus élémentaires de la chose jugée, une pratique déplorable qui, sous la dénomination impropre et barbare de *lief de comminatoires*, permettait aux parties de revenir devant les mêmes juges devant qui une demande avait été formée, et qui n'avaient fait que la rejeter en l'état, faute de production des pièces nécessaires et de justification suffisante des prétentions du demandeur. Ces sortes de jugements, qualifiés de *comminatoires*, étaient motivés, par exception à la règle alors généralement reçue, à l'égard des jugements définitifs: ce qui amena peu à peu et par voie de conséquence à les dépouiller de ce caractère et à leur dénier l'autorité de la chose jugée; la partie

(93) Ci-dessous, n° II, 4.

avait trente ans pour les faire réformer au moyen de ce lief, d'ailleurs exclusif de la voie d'appel, pour tout le temps pendant lequel il pouvait être proposé. Ainsi, non-seulement le plaideur qui avait été condamné faute de faire sa preuve d'une manière satisfaisante, pouvait recommencer le procès, par action principale et sans cause nouvelle, devant ses anciens juges; mais il n'avait que cette ressource pour attaquer le jugement, aucune autre voie ne lui restant ouverte à cet effet: pas plus celle de l'appel qui demeurerait suspendu, que celle de la requête civile et autres moyens extraordinaires, qui par leur nature ne sauraient être proposés qu'après l'épuisement des voies ordinaires; et le lief de comminatoire comptait parmi ces dernières.

Cette scandaleuse jurisprudence s'établit, à ce qu'il paraît, au commencement du siècle dernier; et l'on peut voir dans une lettre de d'Aguesseau, du 27 mai 1732, combien l'honnête et vertueux magistrat s'élevait contre cet usage qui, selon lui, était contraire aux règles les plus solides de l'ordre judiciaire, et ne tendait à rien moins qu'à effacer la différence entre les interlocutoires et les arrêts définitifs (94). Mais sa voix était impuissante à détruire un abus si enraciné, qu'il résista même à la tourmente révolutionnaire, aux innovations si radicales du Code de procédure, à la doctrine de la Cour suprême (95) et de tous les auteurs (96); ainsi à l'arrêt du parlement de Rennes en date du 3 juillet 1740 (97), on peut ajouter ceux de la même Cour en date du 22 novembre 1811 et du 5 février 1812 (98), rendus à plus d'un demi-siècle d'intervalle. Cependant depuis cette époque quelques décisions semblent révéler un revirement de jurisprudence (99), et il est probable que le temps finira par effacer, ici comme en bien d'autres choses, l'esprit de ces traditions du passé qui régnèrent toujours avec tant d'autorité dans l'ancienne Armorique.

— Si le droit moderne n'a pas pu accepter la pratique des liefs

(94) Lettre 315, sur les matières civiles (t. X de ses œuvres).

(95) Cass., 11 thermidor an VIII, (*Dev.*, I, I, 350).

(96) Merlin, *Rép.*, *co* Requête civ., § 1; Toullier, X, 121 à 123; Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, quest. 1765.

(97) *Journ. du parl. de Bretagne*, t. III, ch. 50, p. 250.

(98) *Dev.*, 3, II, 580, et 4, II, 33.

(99) Rennes, 2 mars 1818 (*Journ. du Pal.*, t. XIV, p. 679), et 22 janvier 1821 (*Journ. du Pal.*, t. XVI, p. 326).

de comminatoires, et si par suite les jugements dans leur forme et leurs effets doivent toujours avoir un caractère définitif et irrévocable, il ne faudrait pourtant pas s'imaginer que les voies légales de recours dussent toujours être employées, lorsqu'il s'agit de provoquer de nouveau les juges à l'examen d'une question par eux déjà tranchée; il y a deux hypothèses générales où les mêmes magistrats peuvent valablement connaître derechef de la chose jugée: parce que dans ces cas, en général, la décision qu'ils émettront, est de nature à se concilier facilement avec la précédente.

1^o La première de ces deux hypothèses se présente toutes les fois qu'il s'agit de relever une obscurité, ambiguïté ou erreur matérielle, échappée à l'inadvertance du magistrat, et susceptible de se rectifier en quelque sorte d'elle-même: c'est là la condition de la mission un peu anormale dont la jurisprudence investit ici le juge.

L'ancien droit français avait une voie spécialement établie pour ces sortes de pourvois: c'était la *proposition d'erreur*, qui se portait directement devant le Conseil du roi, mais seulement pour erreurs de fait (100); l'abus criant qu'on fit par la suite de ce recours, le blâme et le mépris qu'il semblait jeter sur la magistrature, en inculpant ses membres d'ignorance ou de partialité, le firent proscrire encore d'assez bonne heure: l'ordonnance de 1667 (101) déjà en prononça l'abrogation. Il paraît même que cet esprit de réaction alla plus loin; car Rodier, dans son commentaire sur le passage de l'ordonnance auquel nous faisons allusion, atteste que, conformément à une déclaration du Roi du 21 avril 1671, il n'était plus même permis de son temps de se pourvoir contre les arrêts par simple requête à fins d'interprétation: la requête civile devant désormais rester le seul moyen pour arriver à ce but, en tant d'ailleurs que les conditions requises pour son exercice fussent remplies. Tout au plus permettait-on d'engager les juges, par une simple requête, à se réunir de nouveau, pour corriger la rédaction obscure ou ambiguë d'une clause du jugement, lorsqu'il n'avait encore été ni signé ni expédié. Aujourd'hui

(100) Edit de 1331, de Philippe de Valois; edit du 15 janvier 1597, art. 18.

(101) T. XXXV, art. 42.

l'on est beaucoup moins sévère, et l'obscurité ou l'erreur matérielle donne toujours le droit de se pourvoir par voie interprétative. Toutefois le juge, appelé à procéder de cette façon, ne doit user du pouvoir de rétractation qu'avec la plus grande réserve, et se tenir en deçà plutôt qu'au delà des termes de sa première décision.

Une hypothèse où ces principes trouvent une intéressante application, est celle de l'*erreur de calcul*. « Erreur de calcul ne passe jamais en force de chose jugée », écrivait Loisel dans ses *Institutes coutumières* (102); toutefois la jurisprudence de son temps avait admis une voie plus simple que pour les autres irrégularités de ce genre: elle n'autorisait dans ce cas ni la requête civile, ni la proposition d'erreur. Une simple requête suffisait pour faire rectifier la fraude; mais il fallait pour cela que l'erreur eût été rédigée par écrit, et eût servi de motif au jugement; que si, au contraire, elle n'avait point été exprimée dans ce jugement ou qu'elle ne lui avait point servi de motif, la voie d'appel restait seule ouverte (103).

Nous venons de voir que la simple requête et la proposition d'erreur furent abolies déjà dans l'ancienne jurisprudence; en matière de reddition de compte, il paraît qu'on admettait assez facilement l'action en redressement par voie principale, même pour les erreurs de calcul et autres. L'art. 21 du titre XXIX de l'ordonnance de 1667 avait à la vérité prohibé les demandes en révision de compte, en raison de la difficulté à trancher ces sortes de procès, et de la longueur des délais qu'ils exigeaient: doctrine que l'art. 541 du Code de procédure a aussi consacrée. Mais ces dispositions ne touchaient en rien à la faculté d'intenter une action en redressement de compte, pour erreur, omission de recette, faux ou doubles emplois, etc., qui continua et a continué jusqu'ici à être ouverte au profit des intéressés: attendu que révision et redressement sont essentiellement différents, puisque la première suppose toujours un examen nouveau de tous les articles de la recette et de la dépense d'un compte, ou d'un des chapitres du compte, c'est-à-dire en définitive l'annihilation de la chose

(102) Liv. VI, tit. III, n° 16.

(103) Ant. Contius, *Obserr. ad tit. C. De re jud.*; Const. 1, C. De jur. C. De err. calc. Voy. aussi L. 1, § 1, et facti ignor.

jugée; tandis que le second ne vise qu'à rectifier les erreurs qui ont pu s'y glisser, et non à ressusciter un débat déjà vidé. Cette action, distincte elle-même de l'action en reddition, n'est donc point une voie de procédure pour attaquer les jugements, c'est tout au plus un moyen indirect de faire rétracter la chose jugée par action principale; et c'est probablement à la faveur de cette distinction que l'action put encore être exercée dans l'ancien droit, après la déclaration abolitive des pourvois par simple requête.

Dans notre droit moderne, on n'a donc fait aucune difficulté de recevoir de semblables demandes, pas plus que d'autres encore qui se basaient sur des moyens analogues: tels qu'une erreur de date(104), une fausse qualification d'un jugement par défaut contre avoué, quand il ne l'était que contre partie(105), une erreur dans le nom des juges(106), enfin la substitution des noms d'une partie à ceux d'une autre(107).

2° La seconde hypothèse où la matière d'un jugement peut être déférée de nouveau à la connaissance des juges qui l'ont rendu, est celle où, tout en laissant au fond subsister la chose jugée, il est possible de décharger des condamnations qui en sont résultées: c'est ce qui se produira toutes les fois que le débiteur aura en main une exception de libération propre à arrêter ou empêcher les poursuites de son créancier. Une foule de documents attestent l'importance que l'on attachait autrefois à ce moyen de rétractation; nous en citons ici quelques-uns d'autant plus volontiers, que les idées qu'ils émettent sont presque en tous points encore acceptables aujourd'hui. Ainsi déjà Rebuffe(108) disait d'une manière générale: «*Quando exceptio non infringit nec impugnat arrestum, tunc in executione sine his literis (civilibus) opponetur...*» Ces principes sont développés et spécialisés pour l'exception de paiement, dans le passage suivant d'Antoine Favre(109): «*Exceptiones quæ*

(104) Cass., 11 pluviôse an V (Dalloz, *Jurispr. gén.*, t° Cassation, n° 4971); Cass., 23 avril 1812 (*Dev.*, 4, 1, 83).

(105) Cass., 18 janvier 1830 (*Dev.*, 3, 1, 428).

(106) Cass., 30 juillet 1828 (*Dev.*, 9, 1, 16).

(107) Cass., 21 avril 1822 (Dalloz, *op. cit.*, t° Chose jugée, n° 374-4°), — Voy. aussi l'art. 2058 du C. Nap.

(108) *De lit. civil.*, gl. II, n° 32.

(109) *Cod.*, 8° livre, tit. XXIII, déf. 2.

non impugnant judicatum, opponi quandocumque possunt etiam in executione judicati, quum rerum judicatarum auctoritas quæ potissimum tuenda est, ex eo non labefactetur; inde fit ut solutionis exceptio admittenda sit, quoniam qui solutionem allegat non negat, quin fateatur potius se debuisse: hactenusque victori prodesse debet sententia, ut non possit cavillari debitor indebitum a se solutum. » Et Rodier (110) donnait encore plus d'extension à ces règles, en permettant de répéter ce qui aurait été payé en vertu de la condamnation, après avoir retrouvé la quittance probatoire du paiement : pourvu qu'on n'eût pas payé en connaissance de cause et sachant que cette quittance existait.

D'un autre côté, nous lisons aussi dans les *Chartes générales du Hainaut français*, un peu plus sévères à ce sujet : « Combien que cy-devant contre jugements et sentences l'on ne pourrait proposer que paiement, respit et quittance de chose advenue depuis lesdits jugements et sentences; néanmoins de ce jour en avant contre les jugements et sentences qui se rendraient par contumace, l'on pourra proposer lesdits paiement, respit ou quittance, aussi bien de chose advenue devant que depuis ladite contumace. — Mais contre les jugements et sentences rendus sur procès contradictoire, ne se pourra proposer ni vérifier paiement, sinon de ce qui serait advenu depuis ladite sentence ou jugement, n'est que par relief de notre dite Cour, et pour causes et raisons suffisantes l'on soit à ce admis à ses dépens (111). »

Il résulte en tous cas de ceci, que la découverte d'une quittance après le jugement peut et suffit pour légitimer une exception de paiement qui fera tomber la chose jugée, au moins quant à ses conséquences condamnatoires; le tout au moyen d'une action directe intentée devant le même tribunal, et sans même admettre entre les condamnations contradictoires ou par défaut les différences que les coutumes précédentes avaient introduites, et qui ne nous semblent pas devoir être suivies chez nous. Mais, et nous ne pouvons assez insister sur cette idée, l'exception ne porte aucune atteinte à la chose jugée elle-même : c'est ce que disent clairement

(110) Sur l'art. 34, t. XXXIV, de l'ord. de 1667; quest. unique, § 11, n° III.

(111) Chap. XXXIII, art. 24 et 25 (Dunkès, *Jurispr. du Hainaut franç.*, p. 420).

les passages précités; elle doit subsister quant à sa teneur et à tous ses effets, il n'y a que l'exécution qui soit arrêtée; par la raison bien simple que l'exception tend précisément à prouver l'obligation et à établir que son exécution a déjà eu lieu (*quin fatetur potius se debuisse*); et, loin de vouloir combattre la chose jugée, elle s'appuie au contraire sur son dispositif, soutient qu'il y a été satisfait à l'avance et qu'il devient dès lors sans objet (112).

La circonstance que la pièce découverte a été retenue par l'adversaire, vient modifier un peu ces effets; car la loi ouvrant ici la requête civile, fait rétracter complètement et la chose jugée et la condamnation: le jugement disparaît en entier et le magistrat doit en rendre un autre. Cette différence tient à ce que la conduite dolosive de l'adversaire a pu vicier la décision, et qu'il importe de remplacer les choses en l'état: afin de remettre les juges à même de prononcer cette fois en toute connaissance de cause (113). Nous pouvons même ajouter que la pièce décisive n'a plus besoin ici de prouver directement l'exécution, et de servir de base à une exception propre à repousser les poursuites du créancier: toute pièce quelconque, de nature à influencer sur l'esprit et la conviction des juges, pourra légitimer une requête civile.

Ces principes ont reçu leur consécration la plus formelle par la Cour suprême elle-même, qui a décidé que la demande en restitution d'une somme payée en vertu d'une condamnation antérieure, lorsqu'elle est étayée sur la preuve que cette somme n'est pas due, ne tend pas à violer la chose jugée et doit être déclarée recevable (114). Cependant il nous semble encore que cette proposition ne doive pas être admise sans distinction: car il est possible que la condamnation antérieure ait été prononcée nonobstant une exception de libération que le débiteur aurait proposée, et sans s'arrêter à la question de l'existence matérielle du paiement. Dans ces conjonctures, une nouvelle action qui se baserait sur une quittance retrouvée depuis le jugement, ne saurait être admise; car, de deux choses l'une: ou elle aurait pour but d'établir l'exis-

(112) Dapsre-Poullin, *Princ. du* l'art. 480-9^o et 10^o du C. de proc.,
dr. franc., t. X, p. 960 et 961. et ci-dessous, n^o 5.

(113) Voy.: Rodier, sur l'art. 31, (114) Cass., 24 frimaire an X
t. XXXIV, de l'ordonnance, § 11; (*Dev.*, 1, 1, 566).

tence de ce paiement qui a été jugé non valable quant au fond, ce qui ôterait tout intérêt au procès; ou elle tendrait à faire juger derechef la validité et l'opportunité de ce paiement, ce qui serait impossible sans violer la chose jugée. Pareille chose arriverait encore, si une prétendue quittance avait été produite, discutée et écartée comme insuffisante: il y aurait alors chose jugée sur la libération, et la quittance perdue, puis retrouvée, ne pourrait plus ultérieurement être opposée. Mais il en serait autrement, si la première condamnation n'avait été basée que sur le défaut de preuves matérielles de cette libération; car la production d'un titre écrit viendrait tout changer, et pourrait donner lieu à une décharge complète au profit du débiteur condamné.

Tout cela n'est pas très-difficile et doit rester en dehors de toute controverse. Cependant un arrêt de cassation (115) paraît avoir méconnu quelques-unes de ces règles, alors qu'il décidait en thèse générale que, par cela seul que l'exception de paiement avait été proposée et rejetée, une quittance libératoire postérieurement retrouvée, ne devra être reproduite: ce qui revient à dire que la répétition ne sera admise que si l'exception de paiement n'a pas été opposée dans la contestation. Mais n'est-ce pas déclarer alors qu'elle n'aura jamais lieu? Car, au cas de quittance égarée, il n'intervient de condamnation que parce que le prétendu débiteur résiste et soutient qu'il est libéré, sans être en état de le prouver. Nous avons bien admis (116) que le jugement qui est motivé sur une insuffisance de preuves, empêche qu'on ne vienne remettre en question la même chose, lorsque l'on articule en sa faveur de nouveaux moyens de défense: mais les positions sont toutes différentes; et nous le répétons, la découverte d'une quittance, qui est bien un moyen nouveau, n'a pas pour but de remettre en question la chose jugée, mais seulement d'éviter son exécution: ce qui certes n'est pas la même chose, comme nous l'avons dit déjà bien des fois. Il faut donc avant tout examiner pourquoi le premier jugement a condamné, et s'il a condamné faute par le débiteur d'établir suffisamment sa libération; mais il importe beaucoup moins de savoir si ce débiteur s'est prévalu de la quittance

(115) Cass., 29 juillet 1851 (*Dev.*, 1851, I, 577).

(116) Ci-dessus, ch. II, § 4, n° II, texte, et note 212.

ou n'en a rien dit ; car, ce qui reste toujours acquis dans les deux cas, c'est qu'il a payé deux fois la même dette (tout cela bien entendu sous le bénéfice des restrictions que nous avons indiquées plus haut, pour le cas où le paiement aurait été jugé non valable, ou la quittance insuffisante); et la circonstance que le second paiement a été fait en vertu d'une condamnation erronée, ne lui donne, ce me semble, pas plus de valeur que s'il était intervenu en suite d'une convention privée plus ou moins entachée des mêmes vices : le quasi-contrat produit par la réception de l'indû subsiste dans l'un comme dans l'autre cas, et la répétition est de droit commun.

Malgré ces considérations, la doctrine de la Cour, qui était du reste celle de Merlin et de Toullier, a encore trouvé des panégyristes de notre époque (117); nous ignorons si elle reprendra faveur : mais ce qui est positif, c'est qu'on peut invoquer contre elle des autorités non moins anciennes et aussi respectables, et des raisons peut-être plus puissantes; c'est ce qui nous a décidé à prendre le parti opposé (118).

— Nous venons de voir un débiteur, condamné par erreur à payer une dette qu'il ne devait pas, être admis à la répétition; réciproquement, un débiteur renvoyé par erreur des fins de la demande et qui a payé ultérieurement la dette, sera-t-il autorisé à répéter? Cette question extrêmement délicate et difficile ne nous semble pas devoir se discuter ici; attendu qu'elle dépend de celle de savoir si la chose jugée peut détruire une obligation naturelle préexistante : matière qui fait partie des effets de la chose jugée, et qui sera examinée sous cette rubrique (119).

— L'exception de paiement n'est pas la seule qui permette de revenir sur la condamnation de la chose jugée : toute espèce de libération qui procède *vice solutionis*, selon l'expression de Favre (120), peut être opposée avec succès aux poursuites d'un créancier. Ainsi la compensation (121), — la remise de dettes,

(117) Merlin, *Rép.*, v^o Succession, sect. I, § 2, art. III, n^o 4; Toullier, X, 427. — Pont, *Revue crit. de jurispr.*, (1852), t. II, p. 257 et suiv.

(118) Dans le sens de notre opinion : Duranton, XIII, 474; Dalloz, v^o Chose jugée, n^o 375.

(119) Ci-dessous : ch. IV, § 2, n^o III.

(120) Voy. ce passage indiqué à la note 109, *supra*.

(121) L. 6, § 1, D. De compens; Const. 2, C. eod. tit.

par exemple dans un concordat (122), — la subrogation au profit de la caution (*exceptio cedendarum actionum*) qui, condamnée conjointement avec le débiteur, réclame sa décharge, sur le motif que le créancier ne peut plus la subroger à ses droits hypothécaires contre le débiteur principal (123), etc., — sont autant d'exceptions propres à conduire à ce résultat.

Mais on ne pourrait opposer la novation, parce que le débiteur condamné à payer, et qui se prétend libéré par ce mode d'extinction des obligations, n'excipe pas d'une exécution anticipée, mais veut au contraire s'y soustraire, n'ayant rien payé avant la condamnation; et parce que l'admission de cette exception obligerait le créancier à exercer de nouvelles poursuites contre son débiteur, ce qui amènerait une révision de la chose jugée (124).

3. De l'opposition. — Ce recours ordinaire n'est ouvert qu'aux parties qui ont été condamnées sans avoir été entendues; il se base sur le mal jugé et le préjudice qui en est résulté; il a pour effet immédiat d'arrêter l'exécution de la chose jugée qu'il tend à anéantir, — sauf les cas où les juges en auraient provisoirement ordonné autrement (125); — et pour but d'obtenir du tribunal une décision nouvelle plus favorable. Ce n'est donc point une réformation que l'on vient lui demander, parce qu'il répugne à la nature des choses qu'il réforme ou même confirme sa propre décision; il se borne à retirer son jugement antérieur ou à le maintenir dans sa teneur; c'est une rétractation pure et simple, qui résulte de plein droit de la seule circonstance que les juges auront validé l'opposition, en la déclarant recevable en la forme (126).

Il résulte de tout ceci que, contrairement à la voie directe et principale dont il vient d'être question, ce mode de recours n'est applicable que contre les jugements par défaut contre partie ou contre avoué, et seulement au profit de celui qui n'a pas comparu

(122) Cass., 22 juillet 1818 (*Dev.*, 5, 1, 509).

(123) Cass., 29 mai 1838 (*Dev.*, 1838, 1, 559).

(124) Pau, 30 mars 1833 (*Dev.*, 1833, 1, 551). A la vérité cet arrêt amena deux cassations successives, et l'affaire parut devant les chambres réunies qui jugèrent en sens inverse,

le 7 décembre 1839 (*Dev.*, 1840, 1, 31); mais les questions soulevées dans cette double cassation, laissèrent complètement en dehors la solution relative à la novation.

(125) C. de proc., art. 155, et 161.

(126) Poncelet, *op. cit.*, n° 435 et suiv., 388 et suiv.

ou ne s'est pas défendu. Du reste, toute décision interlocutoire ou définitive, au premier ou au second degré, en premier ou en dernier ressort, sur quelque action que ce soit, est passible de l'opposition; il n'en faut excepter que les arrêts de cassation, et certaines ordonnances rendues à titre conservatoire, tous détails dans lesquels nous n'avons pas à entrer ici.

4. De la tierce-opposition. — Cette voie extraordinaire est, comme on sait, tantôt portée au tribunal même qui a rendu la décision, tantôt à un tribunal différent. Régulièrement, et en raison de ce qu'elle n'est au fond qu'une voie de rétractation, la tierce-opposition doit être portée devant le tribunal qui a rendu le jugement attaqué; c'est ce qui arrive toujours lorsqu'elle est formée par action principale; ou qu'étant formée incidemment, le tribunal saisi du principal est d'un degré inférieur à celui de qui émane le jugement; car il serait anomal et peu convenable dans ce cas, de l'investir du droit de réformer la décision d'une autorité supérieure (127).

Au surplus, quel que soit le tribunal qui en connaisse, les règles de cette voie de recours sont les mêmes; il n'y a de changées que quelques formalités introductives d'instance. A la différence de l'opposition simple, la tierce-opposition ne compète qu'aux personnes qui n'ont pas été représentées dans la contestation: nous avons vu au chapitre II, § 2, les cas où la représentation a lieu en matière de chose jugée; ces principes sont en tous points applicables à notre matière. En outre, ce recours, dépourvu de tout effet suspensif, sauf décision contraire des juges (128), n'agit pas comme l'opposition simple, en anéantissant le jugement, par cela seul qu'il est intenté et jugé recevable en la forme: au contraire, il n'acquiert cet effet résolutoire que par la déclaration même qu'en fait le tribunal, en reconnaissant le bien fondé de la demande.

Sauf ces deux différences, capitales du reste, tout ce qui a été dit à propos de l'opposition sera vrai encore ici. Ainsi, l'unique grief capable de donner ouverture à la tierce-opposition, est le préjudice qui devra résulter pour le tiers du jugement dont il demande la réformation, en ce qui le concerne; et si sa demande

(127) C. de pr., art. 475 et 476.

(128) C. de pr., art. 478.

est accueillie, l'exécution de la sentence sera dès lors impossible, à moins qu'elle n'ait déjà été accomplie: auquel cas il devra être tenu compte au demandeur, autant que possible, du dommage qu'il a éprouvé. Ainsi encore, cette voie peut être dirigée contre tous les jugements, à quelque degré qu'ils aient été rendus, avec les restrictions que nous avons indiquées pour l'opposition. Nous nous référons pour le surplus aux développements que nous avons présentés sur la tierce-opposition, comme moyen de repousser la chose jugée (129).

5. De la requête civile. — Autre recours extraordinaire, on peut dire de la requête civile qu'elle est la contre-partie du précédent; ici, point d'exercice au profit du tiers: il faut avoir été partie au procès, pour pouvoir en user; point de recours à un tribunal supérieur ou différent: il faut se pourvoir exclusivement devant celui qui a rendu le jugement. Cette voie de recours ne diffère pas moins de l'opposition simple, en ce qu'elle ne suspend jamais l'exécution; en ce qu'elle ne s'attaque qu'aux jugements en dernier ressort, contradictoires ou par défaut, mais à l'égard desquels la partie a tenté l'appel lorsqu'elle pouvait le faire, ou a laissé écouler les délais de l'opposition sans user de cette dernière voie (130); enfin, en ce qu'elle ne se base pas sur le principe naturel de la défense, qui s'oppose à ce qu'on condamne quelqu'un sans l'entendre, mais sur un préjudice né du fait de la partie adverse ou de l'inadvertance du juge. Les causes qui peuvent seules lui donner ouverture, sont susceptibles d'être classées de la manière suivante (131):

1° Le dol personnel, et spécialement la rétention de pièces décisives opérée par l'adversaire;

2° La fausseté reconnue et déclarée de pièces qui ont servi de base au jugement;

3° La violation des formes prescrites à peine de nullité, lorsque la partie n'a pas proposé cette nullité et qu'elle ne peut en même temps être considérée comme les ayant couvertes par un acquiescement exprès ou tacite;

4° La contrariété de jugements en dernier ressort, entre les

(129) Ci-dessus: § 2, n° III.

(131) *Ibid.*, art. 480-1° à 10° et

(130) C. de pr., art. 480, al. 1^{er}. 481.

mêmes parties et sur les mêmes moyens, dans les mêmes cours ou tribunaux ;

5° Le fait d'avoir adjugé plus ou moins que la demande, et notamment l'omission de quelques-uns des chefs de cette demande, ou la contrariété entre eux ;

6° Le défaut absolu de défense ou une défense non valable des mineurs et autres personnes privilégiées, et spécialement le défaut de communication au ministère public, si le juge a condamné celui dans l'intérêt duquel elle était exigée.

— Quant aux effets de la requête, ils ont cela de remarquable qu'elle n'opère jamais de rétractation directe et immédiate de la chose jugée, qu'elle tend à la résolution sans la produire ; qu'elle met en question le point de savoir si le tribunal devra ou ne devra pas connaître derechef de l'affaire qu'il a jugée ; et ce n'est que lorsque cet espèce de jugement préjudiciel est affirmatif (*le rescindant*), c'est-à-dire si la requête civile est admise, que le jugement attaqué par cette voie tombera, et que le tribunal sera de nouveau saisi du fond de la cause (*le rescisoire*) (132).

III. DE LA RÉFORMATION OPÉRÉE PAR UNE AUTORITÉ DIFFÉRENTE OU SUPÉRIEURE. — I. *Aperçu général de la matière.* — Nous entrons ici dans un tout autre ordre de recours : jusqu'à présent, c'était le tribunal lui-même qui, sur la demande des parties, était appelé à se rétracter, à retirer ou à corriger la décision qui lésait les droits des réclamants ; mais cette faculté devait être bornée à un petit nombre de cas. Car il est dans la nature du cœur humain d'avouer difficilement les torts qu'on peut imputer à l'ignorance, à la légèreté, à la faute : c'est tout au plus si l'on peut obtenir de lui la reconnaissance des erreurs involontaires dans lesquelles il peut tomber. Mais, s'il s'agit d'abandonner le soin de réformer à un pouvoir distinct et supérieur, le même inconvénient n'est plus à craindre, et la loi pouvait, sans danger, multiplier le nombre des causes capables de donner ouverture à une semblable résolution ; ce qu'elle devait seulement restreindre, c'était le nombre des autorités investies du droit de réformation. Or, il est de principe que cette prérogative doit être dévolue exclusivement aux magistrats institués pour rendre la justice : c'est-à-dire à des

(132) *Ibid.*, art. 501.

magistrats de même ordre que ceux qui ont prononcé la précédente décision; et ce principe, qui est de droit naturel, est aussi la sauvegarde de l'existence d'une nation et même de l'ordre social tout entier.

En effet, s'il est vrai que la justice, sans émaner du prince, aujourd'hui comme sous l'ancienne monarchie (133), est pourtant une dette du prince, dette qui résulte d'un contrat présumé entre lui et la nation; s'il faut aussi avouer que le pouvoir exécutif, représentation plus parfaite et plus pure des principes de la loi, qui ne voit que la justice et la rend en s'affranchissant plus volontiers des formes, que les juges délégués même les plus instruits et les plus impartiaux, — enchaînés qu'ils sont par des formalités souvent minutieuses, ou arrêtés par le sens équivoque de la loi; — malgré cela il y a plus d'un inconvénient, plus d'un danger même à lui permettre, à lui et à ses agents directs dans l'administration du pays, de s'immiscer dans les contestations entre particuliers. Le prince qui exercerait l'autorité judiciaire, n'en aurait pas moins la puissance législative : il appliquerait indifféremment la loi comme juge, ou la modifierait comme législateur, et la loi cesserait d'être la règle invariable et nécessaire des jugements. On sait quel cas on fait aujourd'hui de cette foule de rescrits dont est encombrée la compilation des lois romaines : espèce de justice mendicée qui se rendait à la faveur ou s'élève à la brigue, et qui fit plus de mal que de bien aux citoyens romains. Dans les matières criminelles, le vice de ce système est bien plus palpable : là où le prince accuserait et poursuivrait, il serait nécessairement partie, accusateur et juge, et se dépourrait ainsi du plus bel attribut de sa souveraineté, du droit de faire grâce.

Est-il nécessaire encore de montrer comment le pouvoir législatif lui-même, en se constituant en tribunal, priverait les justiciables de toutes les garanties de protection dont il doit les en-

(133) Anciennement on disait du Roi qu'il était le principe et le terme de toute justice (roy. Poquet de Livonnière, *Règl. du dr. franç.*, t. I, n° 5; Laurière, *sur Loisel*, 2^e liv., t. III, r. 12). Aujourd'hui, d'après les principes de 1789, la justice est sim-

plement rendue au nom du souverain (Dér. des 1^{er}-5-13 octobre 1789, art. 9; Const. des 3-11 septembre 1791, tit. III, ch. 3, art. 1 et 24; Const. du 11 janvier 1852, art. 1 et 7. Voy. pourtant : Charte de 1814, art. 57, et Charte de 1830, art. 48).

tourer; qu'il n'y aurait ni gardiens ni vengeurs, mais une puissance exorbitante, sans limites, sans contrôle, ne rendant compte à personne de ses actes, jugeant comme et quand il lui plairait, et assez forte pour paralyser toutes les mesures, pour anéantir tous les obstacles que les autres pouvoirs essaieraient de lui opposer, afin de réprimer ses excès?.....

Ces quelques principes sont à présent presque des lieux communs, tellement ils sont passés dans les idées du siècle, dans l'esprit de notre droit; et le sens moral se révolte aujourd'hui quand on parcourt les récits des historiens anciens, pleins de ces violations des règles les plus élémentaires de la chose jugée, de la libre défense des accusés, de l'indépendance de la magistrature; quand on voit un Tibère faisant remettre en jugements une foule de malheureux, sous prétexte qu'ils n'avaient dû leur absolution qu'au crédit d'un ministre disgracié (Séjan) (134); ou un Domitien qui, pour illustrer son règne, envoyait à la mort, sans l'entendre, et longtemps après avoir été renvoyée absoute, une vestale inculpée d'avoir violé son vœu de chasteté (135).

Toutefois, ces iniquités, œuvres du siècle plutôt que des hommes, sont comme effacées au milieu du spectacle de dissolution que présentait la société de cette époque, et que nous n'avons nullement la prétention de retracer ici; nous y jetterons volontiers un voile, pour ne plus voir que les admirables monuments juridiques que nous ont légués ces temps étranges. *

Mais que dira-t-on à présent si, se transportant tout-à-coup à travers une série de siècles, au milieu d'une société régénérée, et arrivant à une ère presque contemporaine, on voyait, sous la Ré-

(134) «...Καὶ τοῦτοι καὶ τῶν ἀποκρίσεων ἐπὶ τοῖς, καὶ ἀπεκρίνον, καὶ καταγράφουσιν ὅτι, καὶ ἐκδοσαν, ὅς καὶ ἐκείνους ᾗς τὸς συνήτερος.» (Dion Cassius, Hist. rom., liv. LVIII).

(135) «...Domitianus mox Corneliā maximā virginem absolutam olim, dehinc longo intervallo repetitam atque convictam, defodi imperavit; stupratorisque virginis in comitio ad necem cadi, excepto pratorio viro, cui dubia etiam tum

causa et incertis questionibus atque tormentis, de semet professo, exilium indulxit.

Telle est la version de Suétone (in Domit., ch. 8); mais Pline (Lett. IV, 2) s'exprime tout autrement: il dit que Domitien ordonna le supplice pour illustrer son règne; que son crime fut plus grand que celui qu'il affectait de venger, puisqu'il condamna Cornélie sans l'entendre, et fit périr la fille de son frère, après en avoir abusé.

publique française nouvellement proclamée, toute imbuë encore des idées philosophiques du dix-huitième siècle et de la consécration légale que leur avait imprimée l'immortelle Assemblée constituante, que dirait-on, si l'on voyait la Convention, plus absolue que les monarques les plus absolus, usurper tour-à-tour tous les pouvoirs, faire les lois, administrer et juger; et, forte de ce nouveau rôle, signaler comme une *absurdité monstrueuse* les décisions du Tribunal de cassation: institution si heureusement créée par notre première représentation nationale; les annuler et restituer toute leur autorité à des décisions que la conscience éclairée des magistrats n'avait pas cru pouvoir maintenir (136)? — Que dirait-on encore de l'ordonnance (137) par laquelle Louis XVIII, en son Conseil d'État, annulait le célèbre sénatus-consulte du 28 août 1813, qui cassa une déclaration du jury de Bruxelles et l'arrêt d'acquiescement qui en avait été la suite? L'acte constitutionnel, quelques critiques qu'un légiste scrupuleux puisse lui adresser, se plaçait encore sous l'égide de la loi; tandis que l'ordonnance royale, quoique favorable en apparence à la liberté des décisions judiciaires, pour s'être placée au-dessus d'un acte d'une autorité législative, ne pouvait invoquer pour elle qu'un vain pouvoir constituant, qui dégénérait en arbitraire, et n'aboutissait en somme qu'à une illégalité bien plus flagrante que celle qu'elle prétendait faire disparaître (138).

— Mais nous avons hâte de quitter ce terrain brûlant, où la politique et la raison d'État le disputaient à la sainteté des principes immuables de la justice universelle; et nous revenons aux règles qui feront ici le sujet exclusif de ce paragraphe, c'est-à-dire à l'examen des autorités que la loi (139) a investies spécialement du droit de réformer les décisions judiciaires.

(136) Il existe un nombre considérable de ces décrets; voy. entre autres ceux des 1^{er}, 6 et 10 brumaire, et celui du 28 germinal an II.

(137) Ord. en Cons. d'État, 4 juillet 1814 (*Dev.*, 1, II, 396).

(138) En effet, l'art. 53 de l'Acte des constitutions de l'empire, en date du 16 thermidor an X, visé par l'art. 1^{er} du sénatus-consulte précité, donnait au Sénat conservateur le droit

d'annuler les jugements *attentatoires à la sûreté de l'État*. S'il était peut-être hasardé de qualifier de cette façon un verdict qui acquittait des individus accusés de dilapider des deniers d'octroi, cette appréciation appartenait en définitive au Sénat seul, et non plus au Conseil d'État, alors simple tribunal administratif.

(139) Il existe un cas où la loi elle-même tient pour non avenue la

Voici la série de celles que nous aurons à passer en revue :

1^o *Le Tribunal ou la Cour d'appel;*

2^o *La Cour de cassation; et*

3^o *Le Conseil d'État.*

Nous n'aurons que fort peu de détails à donner sur les deux premières ; la dernière seule nous arrêtera un peu davantage.

9. Des recours devant le Tribunal d'appel ou la Cour impériale. — Les voies de procédure qui sont employées dans ces recours sont de trois espèces, toutes étrangères les unes aux autres : l'appel, la tierce-opposition, et le règlement de juges. Mais le premier seul nous occupera ici : car en ce qui concerne la tierce-opposition, il en a déjà été question plus haut ; qu'il nous suffise d'ajouter qu'elle ne peut être portée à un tribunal supérieur que lorsqu'elle est incidente à une contestation débattue devant ce tribunal ; en ce qui concerne le règlement de juges, nous en donnerons quelques notions, en traitant des recours qui peuvent être portés devant la Cour de cassation.

Revenons donc à l'appel. Les griefs sont les mêmes que ceux de l'opposition : c'est le mal jugé et le préjudice qui s'en est suivi.

chose jugée : c'est celui dont il est question à l'art. 214 du C. de proc., et qui existait du reste déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1737 (t. II, art. 2). Lorsqu'une pièce authentique est arguée de faux, la procédure d'inscription peut avoir lieu contre elle, quand même cette pièce, antérieurement soumise à une vérification entre les mêmes parties, et à plus forte raison avec l'une d'entre elles seulement, a été judiciairement reconnue véritable. — Deux raisons ont été données pour expliquer cette dérogation aux principes. La première, c'est que, dans une vérification d'écritures, la preuve de la véracité incombant à celui qui oppose la pièce et qui est ainsi maître de la procédure, il fallait permettre au défendeur de prendre aussi ce rôle s'il y trouvait son avantage ; d'autant plus que son silence seul suffit pour faire tenir la pièce pour vraie : présomption fondée sur une base trop fragile pour jouir de

l'autorité de la chose jugée. La seconde, c'est que l'inscription de faux pouvant mettre la justice sur la trace du coupable, il ne faut pas que l'auteur du faux, en simulant une procédure de vérification d'écriture, puisse empêcher celle en faux incident civil.

Mais remarquons bien que la loi attache une condition à sa solution ; car l'article précité porte : « encore que la dite pièce ait été vérifiée... d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident. » Mais pourquoi cette double restriction ? C'est que la poursuite en faux principal, comme celle en faux incident, a déjà décidé la question de faux, la première au criminel, la seconde au civil ; et que ce double préjugé fait obstacle à une nouvelle instance : celui-ci en vertu des principes de la chose jugée, celui-là en vertu de l'influence de l'action publique sur l'action civile. (Voy. pour ce dernier point : *infra*, app., § 1, n^o III, 2.)

Quant aux effets, le principe de la matière porte sur le caractère *dévolutif et suspensif* de cette voie ; sur le caractère dévolutif, en ce que la voie d'appel investit le tribunal ou la Cour à laquelle elle est portée de la même plénitude de juridiction que l'acte primitif d'ajournement, eu égard aux juges inférieurs ; toutes les questions débattues devant ces derniers peuvent donc être examinées à nouveau par cette autorité, lors même qu'elles n'auraient pas été pour les parties un motif d'appel ; il peut même arriver que le tribunal d'appel retienne l'affaire et juge au fond, quand bien même l'acte dénoncé n'avait pas statué sur le fond, et n'avait, par exemple, porté que sur l'emploi d'une voie d'instruction, ou que la décision rendue sur le fond était infectée d'un vice de forme (140) ; — sur le caractère suspensif, en ce que tant que le jugement est soumis à l'autorité supérieure, son exécution est en suspens jusqu'à la décision qui doit fixer son sort (141) ; jusque-là aussi le jugement attaqué subsiste avec sa présomption de justice et sa plénitude d'autorité, ce que nous n'avons pas constaté pour l'opposition simple.

Remarquons, en terminant, que la voie d'appel, moins favorisée en cela que celle de l'opposition, n'ouvre à la partie les recours extraordinaires, que lorsqu'elle en a usé, s'il était possible ; mais la renonciation expresse ou tacite de l'appel est un acquiescement aux droits reconnus et consacrés par le jugement ; c'est donner au jugement une force de chose jugée qu'il n'avait point par lui-même. Du reste, la renonciation volontaire à l'opposition ne ferme pas pour cela la voie d'appel (142).

3. Des pourvois devant la Cour de cassation. — Les causes qui motivent ces pourvois sont au nombre de trois ; savoir :

1° *La contrariété de deux décisions judiciaires* en dernier ressort, émanées de tribunaux différents, entre les mêmes parties et sur la même question (143).

2° *La violation de la loi*, soit quant au fond du droit (144),

(140) C. de pr., art. 473.

(141) *Ibid.*, art. 457. Voy. des exceptions, aux art. 135 et 521 du C. de pr., 41 et 42 de la loi du 25 mai 1838.

(142) Arg. art. 435 du C. de pr.

(143) C. de pr., art. 504. Voy. ci-dessus : § 2, n° II, 2.

(144) Décr. des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, art. 3.

soit quant à la forme : et, dans ce dernier cas, il faut que la forme ait été prescrite à peine de nullité, et que le moyen ait été proposé en vain par les parties devant la juridiction ordinaire (145); excepté, bien entendu, dans le cas où le vice de formes n'affecte qu'un jugement en dernier ressort, la cassation demeurant alors la seule voie praticable (146).

3° *L'incompétence et l'excès de pouvoir*; ce qui arrive lorsque le juge a franchi les limites de sa juridiction: dans le premier cas, en jugeant une affaire en dehors de ses attributions; dans le second, en entreprenant par toute autre espèce d'actes, sur des autorités parallèles et indépendantes de lui : tels que les actes administratifs, les injonctions à des agents relevant d'une autre autorité, etc. (147).

— Remarquons que l'incompétence est aussi une source d'une autre espèce de recours qui peut être déferé à la connaissance d'autorités tout différentes : nous voulons parler du *règlement de juges*. Il y aura lieu à prendre cette dernière voie, toutes les fois que deux tribunaux étant saisis d'un même différend, les parties ont proposé en vain le déclinatoire, et que les juges ne se sont pas dessaisis de la connaissance du procès; et en même temps qu'en retenant l'affaire, ils n'ont pas jugé le fond. Il faut, disons-nous, qu'ils n'aient pas abandonné le litige : car autrement il n'y aurait plus de *conflit de juridiction*, et la voie d'appel resterait seule ouverte aux parties (148); il faut encore que le fond n'ait pas été décidé immédiatement : parce que le règlement de juges suppose nécessairement des contestations ultérieures à vider (149); on n'a excepté que le cas où le demandeur en renvoi ne s'est pas défendu au fond, et s'est laissé condamner par défaut (150). Enfin, en cas de *conflit négatif*, une opinion assez accréditée ne permet

(145) Décr. des 27 novembre-1^{er} décembre 1790; Décr. du 4 germinal an II, art. 2; Const. du 22 frimaire an VIII, art. 66; L. du 27 ventôse an VIII, art. 88.

(146) L. du 28 avril 1810, art. 7.

(147) Const. du 5 fructidor an III, art. 262; L. du 27 ventôse an VIII, art. 80 (188).

(148) Cass., 25 thermidor an XII (Dev., 1, 1, 1020); Cass., 46 frimaire

an XIII (Journ. du Pal., t. IV, p. 232).

(149) Ordonn. d'août 1737, t. II, art. 19. — Cass., 26 nivôse an XIII (Dev., 2, 1, 56); Cass., 27 vendémiaire an XIV (Dev., 2, 1, 171); Cass., 17 mars 1812 (Dev., 4, 1, 17); Cass., 12 juillet 1814 (Dev., 4, 1, 59); Cass., 7 août 1817 (Dev., 5, 1, 359).

(150) Cass., 20 juillet 1815 (Dev., 5, 1, 77).

la voie du règlement qu'après que celle de l'appel a été tentée sans succès.

L'autorité compétente pour le règlement est le tribunal ou la Cour immédiatement supérieure aux deux tribunaux saisis; c'est toujours la Cour de cassation, quand ces tribunaux ne ressortissent pas à la même Cour impériale (151).

Les effets réformateurs de l'arrêt de règlement de juges s'arrêtent en général à la décision de compétence des tribunaux entre lesquels il s'agit de décider : au surplus, voyez là-dessus ce que nous disons plus bas en parlant du *conflit d'attribution*, qui a lieu toutes les fois que la matière du procès est revendiquée par l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire.

— La voie de cassation, comme les autres voies extraordinaires, n'est permise aux parties que lorsque les recours ordinaires sont épuisés; mais, de même que la requête civile, elle est ouverte aux parties qui n'ont pas usé de l'opposition contre le jugement qui les condamnait par défaut. Ces règles ne concernent pas le pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, au nom du gouvernement, qui peut agir en tout état de cause.

— Quant aux effets de la cassation, ils ont déjà été accessoirement retracés en parlant de l'autorité des arrêts de la Cour suprême : nous avons dit, à ce propos, que la réformation opérée par les arrêts de cassation n'est définitive qu'à partir du moment où la Cour de renvoi a statué dans le même sens que la Cour de cassation; encore avons-nous insinué qu'il appartient à cette dernière de recevoir aussi, si elle le juge convenable, un pourvoi formé par les parties contre l'arrêt de la Cour de renvoi, mais qu'un rejet de la part de la Cour régulatrice termine la contestation. Que si la Cour de renvoi a statué en sens inverse, la réformation devra être consacrée par les chambres réunies de la première Cour; après quoi la cassation reste définitivement acquise aux parties intéressées (152).

Nous pouvons encore ajouter à tout cela que la cassation prononcée dans l'intérêt de la loi et sur un pourvoi du gouvernement, à défaut de celui des parties, n'a aucune valeur pour ces der-

(151) C. de pr., art. 363.

(152) Ci-dessus : ch. III, § 1, n° II, I, 1^{re}.

nières, à qui elle ne pourra ni préjudicier ni profiter; mais pour qui le jugement qu'elles ont volontairement laissé subsister vaudra transaction (153). C'est bien ici le cas de dire avec le jurisconsulte romain : *res judicata pro veritate accipitur*; principe non-seulement déclaré par la loi d'une manière générale, mais encore accepté ici par les parties qui n'ont pas voulu profiter des ressources qu'elle leur offrait pour se soustraire à sa rigueur.

4. Des recours au Conseil d'État. — L'incompétence que nous avons montrée être une cause de cassation et de règlement de juges, peut devenir par cette dernière procédure un moyen de recours au Conseil d'État contre la chose jugée au civil. En effet, il se peut que l'incompétence matérielle constitue une source d'empiètements de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative, lesquelles, d'après notre droit moderne, doivent rester indépendantes l'une de l'autre (154). Pour éviter ce résultat, la législation a organisé la procédure spéciale du *conflit d'attribution*, qui n'est qu'une demande en règlement de juges portée au Conseil d'État au lieu de l'être à un tribunal de l'ordre judiciaire. Par ce moyen, l'autorité administrative, toutes les fois qu'une affaire de sa compétence soumise à l'autorité judiciaire, a été retenue par elle, malgré le déclinaire d'incompétence qu'elle a élevé par l'intermédiaire de ses agents, revendique devant le Conseil la connaissance exclusive de la contestation. On conçoit également un *conflit négatif*, lorsque les tribunaux des deux ordres se sont tous deux déclarés incompétents; mais ici il n'y a plus de revendication de la part de l'administration, et c'est aux parties seules qu'il appartient, si elles l'estiment convenable, de se pourvoir en règlement de juges devant le Conseil d'État; la raison de cette différence est sensible: c'est qu'il n'y a plus de collision possible entre deux pouvoirs rivaux, plus de conflit proprement dit; il n'y a plus d'intéressés ici que les plaideurs eux-mêmes, qui ne

(153) L. du 27 ventôse an VIII, art. 88.

(154) Décret du 23 décembre 1789, sect. III, art. 7; Déc. du 16 fructidor an III; Arrêté du 2 germinal an V; L. du 23 pluviose an VIII, art. 3

et suiv.; Arrêté du 5 fructidor, et 19 fructidor an IX. Cass., 11 et 18 messidor an X (*Det.*, I, I, 661 et 664); Cass., 8 messidor an XI (*Det.*, I, I, 823).

peuvent plus momentanément trouver de juges pour trancher leur différend.

Le conflit positif (car c'est le seul dont nous nous occuperons maintenant) est donc une voie propre à faire réputer non avenue la décision judiciaire *sur la compétence*, et lui enlever toute son autorité; de sorte que les parties devront suivre désormais leur action devant les tribunaux administratifs. Le principe dans lequel est puisée cette pratique, l'indépendance respective des deux pouvoirs, est on ne peut plus juste et plus équitable : il est une conséquence de leur séparation, telle que l'avait proclamée déjà l'Assemblée constituante; il ne s'agissait en somme alors que de faire respecter les prérogatives nées d'un nouvel ordre de choses, et d'ôter aux corps judiciaires cette part dans l'administration que les anciens parlements avaient souvent revendiquée avec tant d'acharnement.

Seulement la réaction qui se manifesta à cette époque, après 1789, fut trop radicale, et trouva malheureusement un puissant aliment dans la situation anormale qu'avait créée la législation révolutionnaire : on finit par violer journellement le sanctuaire de la justice, toutes les fois qu'on suspectait l'impartialité de ses membres; et le conflit devint dès lors un nouveau prétexte pour colorer des usurpations de pouvoir aussi flagrantes que celles que nous signalions plus haut, et plus déplorables parce qu'elles étaient plus nombreuses et se prolongèrent plus longtemps. On peut se faire une idée de tout le mal qui résultait de cette situation, par les virulentes récriminations qu'elle souleva.

« Le mot *conflit*, disait Sirey (155), dans l'état actuel de notre jurisprudence, indique une plaie dégoûtante, un scandale d'iniquité qui rend tous les jours la justice impuissante, selon les caprices de tel agent de l'administration, ou les intrigues du plus obscur subalterne. » Longtemps après, M. Dupin, dans un comité de la Chambre des députés (10 avril 1828), assimilait encore ces recours à *des interdicts lancés sur l'ordre judiciaire*; et la même année, M. de Cormenin, dans le rapport qu'il fit à une commission chargée de préparer les bases d'une nouvelle législation

(155) *Du Conseil d'État selon la Charte*, n° 135, (1818).

sur la matière, proclamait qu'élever le conflit, c'était *briser les portes des tribunaux et arracher les citoyens d'un asile* (156).

Dans la période intermédiaire de notre droit surtout, les procès nés des mesures spoliatrices qui caractérisent cette époque néfaste, la suppression du clergé, l'envahissement de ses biens, les lois contre l'émigration, la confiscation des biens des églises et des particuliers, amenèrent des séquestres, des adjudications, des liquidations, où l'administration, suprême arbitre de la condition des personnes et des propriétés, ne pouvait souffrir le contrôle des magistrats de l'ordre judiciaire, toujours plus respectueux pour les règles du droit et ses formes tutélaires. Aussi, sous le Directoire principalement, on trouve une foule de cas où l'on élevait le conflit, et annulait ensuite les jugements de commissions militaires qui renvoyaient acquittés les prévenus d'émigration, sous prétexte qu'il n'appartenait qu'à l'administration de statuer sur le fait d'émigration : les tribunaux ne devant être appelés qu'à prononcer sur l'identité des individus; ou bien, sous le même prétexte, on annulait les ordonnances des directeurs de jurys qui prescrivaient la mise en liberté des déserteurs ou des prêtres déportés (157). La question de savoir si l'on était émigré, déserteur, déporté, embaucheur ou espion, passible d'arrestation ou condamnable à mort, était jugée encore et toujours par l'administration. Et, comme si cet amas d'énormités judiciaires ne suffisait pas, il arriva maintes fois que le Conseil d'État, pour couvrir ses agents d'une protection urgente, ou pour secourir des intérêts politiques menacés, annula, sur le rapport d'un ministre — et sans même exiger l'existence du conflit, au refus des préfets de l'élever, — des jugements correctionnels et criminels, ou encore des jugements civils portant sur des matières qui touchaient à cette triste nomenclature (158).

(156) *Rapport à la commission des conflits*, n° 55.

(157) Décret du 25 brumaire an III, art. 1 à 5; Décr. du 49 fructidor an V. — Voy. les arrêtés des 6 pluviôse, 46 ventôse et 19 fructidor an V; du 8 ventôse et du 6 fructidor an VI; des 42 nivôse, 24 pluviôse, 22 ventôse, 2, 24 et 28 floréal, 2 et 14 prairial, 7 et 27 messidor, 21 et 28 thermi-

dor, 1^{er} et 8 fructidor an VII; du 21 vendémiaire et du 16 brumaire an VIII. — Arrêtés des 26 germinal et 18 floréal an V; et du 28 fructidor an VI.

(158) On peut citer dans ce sens les arrêts du 12 vendémiaire an X, du 22 fructidor an XI, du 15 mars et du 15 juin 1807.

Plus tard, lorsque l'anarchie eut un terme, on chercha par diverses mesures à réglementer les conflits et surtout à restreindre la déplorable facilité qui présidait à leur exercice. Plusieurs monuments législatifs témoignent des efforts qui furent tentés dans ce sens (159). Mais jusqu'en 1828, époque où fut rendue l'ordonnance qui régit encore aujourd'hui la matière, aucune mesure n'avait été prise pour assurer l'inviolabilité de la chose jugée; et en tout état de cause, dans toutes les juridictions, le conflit continuait à se produire, et à laisser planer une incertitude perpétuelle sur la solution judiciaire que les parties avaient si longtemps sollicitée, et souvent au moment même où elles pouvaient espérer l'obtenir.

L'ordonnance du 1^{er} juin 1828, rédigée, comme nous l'avons dit, sur les bases d'un travail très-consciencieux d'une commission spéciale, et d'un rapport très-complet de M. de Cormenin, eut surtout pour but de combler les lacunes regrettables et de corriger les dispositions fâcheuses que présentait la législation antérieure. L'expérience avait révélé tout le scandale des conflits en matière criminelle, et on les proscrivit complètement, sauf dans un petit nombre d'espèces correctionnelles (160). A l'avenir, le conflit ne put plus être élevé en matière civile que sur une contestation existante: et la circonstance qu'un jugement par défaut ou en premier ressort n'avait pas été frappé d'opposition ni d'appel, en empêcha l'exercice, tant que ces recours ordinaires n'avaient point été formés, ou si la partie, après en avoir usé, s'en désistait de nouveau avant le jugement; enfin, le conflit demeura également impossible devant la Cour de cassation, à la différence de ce qui s'était pratiqué plus d'une fois jusqu'alors (161).

— La première formalité imposée par le texte de cette ordonnance, pour élever le conflit, consiste, comme nous l'avons dit, dans un déclatoire d'incompétence proposé par le préfet; et ce n'est que si le tribunal refuse ensuite de se dessaisir de la contes-

(159) Arrêté des Consuls, du 13 brumaire an X; avis du Cons. d'État, du 19 janvier 1813; Ordonn. du 12 décembre 1821 et du 18 décembre 1822.

(160) Ordonn. du 1^{er} juin 1828, art. 1 et 2.

(161) *Ibid.*, art. 4. — Voy. aussi Cons. d'État, 1^{er} juin 1823 (*Dev.*, 9, II, 89); Cons. d'État, 8 avril 1829 (*Dev.*, 9, II, 217).

tation, soit en rejetant le déclinatoire, soit simplement en passant outre, que le préfet élève son conflit. L'arrêté qu'il prend en pareille occurrence aura cet effet immédiat d'enlever au tribunal, au moins provisoirement, la connaissance de l'affaire et de suspendre toute possibilité de décision de sa part, non-seulement sur le fond, mais même sur la question d'attribution : de sorte qu'il ne devrait pas même déclarer son incompétence, à plus forte raison encore se prononcer sur la validité et l'opportunité de l'arrêté du préfet, quoique ce dernier point ait été contesté par plusieurs personnes; mais il nous semble, avec MM. Serrigny et Dufour (162), que si on rendait les tribunaux juges de la régularité de l'arrêté, on ne ferait que laisser entre leurs mains une partie des armes qu'on entendait leur enlever, et que leur permettre de susciter une lutte qu'on voulait prévenir. Du reste, la jurisprudence du Conseil d'État est bien fixée dans ce dernier sens (163).

L'arrêté du préfet est ensuite déféré à l'examen du Conseil d'État, qui l'annule ou le confirme. S'il l'annule, c'est que la connaissance de l'affaire doit appartenir exclusivement à l'autorité judiciaire; et toute la procédure civile interrompue reprend son cours. Observons seulement que si l'annulation avait eu lieu pour vice de formes, le préfet aurait incontestablement le droit de reproduire la revendication par-devant les tribunaux civils, aussi longtemps qu'ils n'auraient pas jugé au fond. — Que si, au contraire, l'arrêté de conflit est confirmé, c'est que la revendication administrative était fondée et que l'autorité judiciaire ne devait point connaître de l'affaire; la décision du tribunal sur sa compétence se trouve donc annulée et réputée non avenue; l'autorité administrative reste seule juge de la contestation, et ce sera aux parties à suivre désormais leur action devant elle : car le juge du conflit ne peut évoquer l'affaire, et ce principe est de l'essence même du pouvoir dont il se trouve investi. En ce sens, l'arrêt du Conseil est un règlement de juges qui a réformé la décision de

(162) Serrigny, *Traité de l'organ., de la compét. et de la proc. en mat. content. administr.*, n° 191; Dufour, *Traité du dr. adm. appliqué*, n° 811.
 (163) Cons. d'État, 23 avril 1810 (Det., 1810, II, 377); Cons. d'État, 7 août 1813 (Det., 1811, II, 33); C. d'État, 18 décembre 1818 (Det., 1819, II, 125). Cass., 18 pluviôse an XI (Det., I, I, 751); Cass., 25 prairial an XII (Det., I, I, 981).

magistrats judiciaires. Mais il ne faudrait pas pousser cette assimilation trop loin, et croire que le juge du conflit peut indiquer, dans l'ordre administratif, l'autorité qui devra connaître de l'affaire (164); car le juge de renvoi, qui ne serait pas lié par cet arrêt, pourrait se déclarer incompétent : il en résulterait un antagonisme fâcheux et une perte pour les parties à qui on aurait fait prendre une fausse route. Ajoutons que les arrêts de conflit ne sont susceptibles, ni d'opposition (165), ni de tierce-opposition, ni de requête civile : ils sont seulement susceptibles d'interprétation par voie contentieuse (166).

— Nous avons dit que l'arrêté de conflit pris par le préfet dessaisissait l'autorité judiciaire, désormais tenue de s'abstenir, au moins provisoirement, dans la poursuite du litige. Mais supposons que, malgré la sanction très-énergique de cette prescription, édictée par les art. 127 et 128 du Code pénal, le tribunal ait enfreint la loi et passé outre au jugement de l'affaire; quel sera le sort de sa décision? Le Conseil d'État, en approuvant et maintenant l'acte du préfet, a prononcé (c'est la teneur de presque tous ses arrêts en pareille matière) l'annulation de tous les actes de procédure et du jugement de compétence qui émanait de l'autorité judiciaire : mais peut-il annuler les actes et décisions postérieurs à ce jugement de compétence, ou même postérieurs à la déclaration du conflit? Là est toute la question; et, nous devons le dire, sur cette difficulté s'est reproduite dans la doctrine la dissidence d'opinions qui partage depuis si longtemps les deux autorités rivales : chacun des auteurs prenant invariablement parti pour celle dans les traditions de laquelle il a été nourri. On le sent bien, dans ces conditions, il y a de la présomption, de la témérité même à hasarder une solution dans un sens plutôt que dans un autre. Celle que nous proposons, uniquement pour rester fidèle à un plan de conduite qui nous obligeait à ne pas passer sous silence les grandes controverses que nous trouvions sur notre chemin, a du moins l'avantage de s'appuyer sur quelques-unes des graves autorités qui ont émis un avis dans cette matière délicate.

(164) Voy. le rapport de M. de Cormenin à la commission des conflits, n° 47-3^e et 4^e.

(165) Cons. d'État, 18 octobre 1832 (*Dev.*, 1833, II, 167).

(166) Cons. d'État, 23 mai 1836 (*Dev.*, 1836, II, 377).

M. de Cormenin, dans son rapport à la commission, se prononce en faveur de l'administration (167) : « Les juges, dit-il, ne peuvent passer outre après la notification régulière du conflit, sans se rendre coupables de forfaiture, et sans s'exposer à voir tous leurs actes postérieurs à la notification, soit jugements, soit exécutoires, annulés par le Roi en son Conseil d'État, même avant le règlement du conflit et sans qu'il soit besoin que le préfet prenne, à raison de ces nouveaux actes, un nouvel arrêté de revendication. » M. Dalloz (168) adopte la même opinion pour les actes judiciaires rendus avant l'arrêté de conflit; et M. Foucart (169) étend cette manière de voir, même aux actes postérieurs en date à la notification de la sentence du juge des conflits.

Malgré l'imposante autorité de ces jurisconsultes, qui, du reste, se sont abstenus à peu près complètement de motiver une solution bien grave, puisqu'elle met en jeu la dignité et l'indépendance d'un corps de l'État, nous avouons l'impossibilité de partager leur sentiment. Que le Conseil d'État annule le jugement de compétence du tribunal, rien de mieux : puisqu'il est reçu aujourd'hui qu'il doit appartenir à l'administration seule de décider entre l'administration et l'autorité judiciaire; il statue d'ailleurs en règlements de juges, et il est de la nature de ces sortes de décisions, d'annéantir complètement celles qu'elles renversent. Mais peut-on soutenir que son droit n'est pas épuisé par là, et qu'il a encore conservé une juridiction souveraine sur les actes postérieurs à l'arrêté du préfet, quoiqu'antérieurs, si l'on veut, à l'arrêt confirmatif du conflit (car nous rejetons ces distinctions entre les actes antérieurs ou postérieurs au jugement du conflit); alors que lui-même reconnaît, en thèse générale, son incompétence pour annuler des décisions judiciaires sur la demande des parties (170)? Objectera-t-on que c'est ici le gouvernement lui-même qui provoque cette annulation; et que lui refuser ce droit, ce serait lui ôter toute possibilité de faire réformer, dans l'intérêt de la loi, les décisions judiciaires que les parties ont acceptées? Mais nous

(167) *Op. cit.*, n° 48.

(168) *Jurispr. génér.*, t° Conflit, n° 217.

(169) *Élém. de dr. publ. et administr.*, n° 1829.

(170) Cons. d'État, 10 septembre 1817 (*Dev.*, 5, II, 324).

répondrons, avec M. Henrion de Pansey (171), que l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII lui a donné la faculté de dénoncer, par l'organe de son procureur général, à la section des requêtes de la Cour de cassation, tous les actes sans distinction, par lesquels les juges auraient excédé leurs pouvoirs, ou les délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions : double qualification également applicable aux décisions judiciaires rendues au mépris d'une revendication de l'administration. Et, s'il faut en définitive s'arrêter à une autorité supérieure dont les sentences souveraines échapperont au contrôle de toute autre, n'est-il pas plus rationnel que cette autorité soit ici la Cour de cassation, dont le pouvoir disciplinaire s'étend sur tous les magistrats de l'ordre judiciaire, et qui est l'arbitre naturel de toutes les décisions rendues dans cet ordre ? Oserait-on soupçonner à ce propos l'impartialité des membres de la magistrature, et supposer qu'elle se laisserait guider par des considérations puisées dans l'esprit de corps ? Nous ne ferons pas à nos adversaires l'injure de le croire. S'il y a eu des excès de pouvoirs, des empiètements continuels, c'est bien du côté du Conseil d'État qu'il se sont produits, et cela avec la plus déplorable facilité ; lorsque, par exemple, le 24 juin 1808, il annulait *sans conflit* un arrêt de la Cour de cassation, sous le prétexte banal qu'il consacrait des principes d'ordre public contraires à la jurisprudence du Conseil..... ; et bien d'autres fois encore, comme nos précédentes citations en font foi surabondamment. Ce système, d'ailleurs, ne tend à rien autre chose, qu'à nous placer de nouveau sous le régime qui a laissé de si funestes souvenirs de notre droit révolutionnaire, et comme tel ne saurait jamais être accepté sans protestation.

Écoutons encore l'illustre président de la Cour suprême (172), dont l'avis en cette matière doit être recueilli comme un oracle : « ...Une ordonnance royale a élevé le conflit, et a fait défense au « tribunal de continuer les poursuites. Néanmoins, par un excès « de pouvoir qui constitue un véritable délit, le tribunal se sera « permis de statuer définitivement ; mais cette entreprise est sans « influence sur le conflit : il est élevé et il doit produire tout son

(171) *De l'Autorité judiciaire*, ch. XLIV.

(172) Henrion de Pansey, *op. et loco cit.*

« effet. Le jugement sera donc déclaré nul, et même les juges, « suivant la gravité des circonstances, pourront être mis en accusation : mais par qui ? — L'ordonnance de conflit ne donne-t-elle « pas au pouvoir administratif, par une sorte de litispendance, le « droit d'annuler le jugement et d'infliger aux juges les peines « qu'ils peuvent avoir encourues ? Nullement. Le Roi qui, par une « disposition formelle de la Charte, a renoncé à l'exercice de l'autorité judiciaire, s'est à plus forte raison interdit la faculté de juger les jugements et actes émanés de cette autorité ; et quant aux « peines, il ne peut provoquer l'application des lois pénales que « devant les tribunaux, et par l'organe de ses procureurs judiciaires. » Ceci était écrit avant l'ordonnance de 1828, mais par suite sous un régime encore plus arbitraire et plus favorable aux empiètements de l'autorité administrative.

Il faut avouer cependant qu'en dépit de ces principes qui régissent pourtant souverainement le droit politique ; qu'en dépit de la loi si positive de l'an VIII, dont on fait ainsi abroger la teneur par une simple ordonnance royale ou par d'autres actes toujours émanés seulement du pouvoir exécutif (car malgré les nombreuses réclamations dont M. de Cormenin lui-même (173) s'était fait l'écho, la matière des conflits n'a jamais fait l'objet d'aucune mesure législative), — il faut avouer, disons-nous, qu'une pratique constamment contraire du Conseil d'État jugeant ici sa propre cause, a persévéré dans le système que nous combattons et a continué à s'attribuer la haute juridiction sur tous les actes et jugements civils rendus dans n'importe quelle phase du procès où le conflit a été élevé (174).

(173) Rapport précité, n° 56.

En 1836 fut présenté aux chambres un projet destiné à convertir en loi la plupart des dispositions de l'ordonnance de 1828. Ce projet essuya, on ne sait trop pourquoi, les critiques les plus vives de presque toute la presse et aussi de M. de Cormenin lui-même, qui reprochait au pouvoir de légiférer sur ce que qu'on ne lui demandait pas, et de légiférer mal. Aussi la proposition n'eut-elle pas de suite. La loi organique des 3-8 mars 1849, d'ailleurs abrogée aujourd'hui, s'occupait

bien des conflits ; mais ce n'était que pour en réglementer la procédure devant le nouveau tribunal ad hoc qui avait été créé ; le surplus des formalités de l'ordonnance était demeuré intact.

(174) Décr. en Cons. d'État, 6 juin 1807 (*Dev.*, 2, II, 255) ; Ordon. en Cons. d'État, 29 mars 1831, art. 2 (*Dalloz, Jur. gén.*, v° Conflit, n° 96, *in principio*) ; Cons. d'État, 2 juillet 1836, art. 2 (*Dalloz, ibid.*, n° 78) ; Cons. d'État, 7 août 1843, art. 2 (*Dalloz, ibid.*, n° 96-1°).

CHAPITRE IV.

Du caractère et des effets de la chose jugée.

§ 1. Généralités.

Il nous paraît oiseux de discuter ici le point de savoir si la chose jugée dérive du droit naturel, ou si elle est une institution de la loi positive de chaque peuple; parce qu'il faudrait au préalable définir une chose sur laquelle on ne s'entend guère: celle de savoir aussi ce que c'est que le droit naturel, quelles sont ses limites et à quel point commence le droit civil. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la retrouvant dans la législation de la plupart des peuples civilisés, on a le droit d'en conclure qu'elle fait partie de ce droit des gens, *jus gentium*, que Justinien appelait *id quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (1); et si l'on jette les yeux sur le § 7, *Inst. De except.*, on voit que les exceptions dérivent toutes de la loi ou des autres parties du droit qui lui sont assimilées: ce qui rangerait notre matière dans la série des créations du droit civil.

Il n'entre pas non plus dans notre plan de faire ici une théorie générale des effets de la chose jugée, en ce qui concerne la nature du contrat judiciaire, les voies d'exécution forcée auxquelles elle donne naissance, ni l'hypothèque légale et autres avantages qu'elle produit en faveur du créancier poursuivant. Nous ne voulons ici tracer que les principes de notre droit quant à la nature et au caractère intrinsèque de la décision judiciaire, son autorité et son influence sur les rapports qui existent entre les parties litigantes.

§ 2. Des effets de la chose jugée entre les parties.

I. DE L'IRRÉVOCABILITÉ ET DE L'INDIVISIBILITÉ. — Nous avons déjà examiné la première de ces propriétés de la chose jugée, dans le chapitre précédent, et indiqué les dérogations auxquelles elle

(1) § 1, *Inst. De just. et jure.*

est soumise (2); elle ne saurait donc plus figurer ici que pour mémoire. Il est aussi superflu d'ajouter que l'irrévocabilité n'a de valeur qu'entre les parties, et que les tiers peuvent toujours remettre en question l'existence d'un jugement où ils n'ont pas figuré : toutes choses ressortant de l'ensemble de nos explications antérieures, et sur lesquelles il n'y a plus qu'à passer rapidement.

Quant à l'indivisibilité, nous n'aurons non plus qu'un mot à dire. Si, à la différence de la transaction (3), le jugement peut être réformé sur quelques-uns de ses chefs, sans l'être sur les autres, il n'en est pas moins vrai que, quant à sa valeur générale, à son autorité légale, il forme un tout indivisible, dont l'une des parties ne peut extraire les dispositions avantageuses pour elle, et en rejeter les autres sous prétexte, par exemple, qu'elle aurait été étrangère au procès : ce point, au surplus, a également été déjà traité (4).

II. DE L'AUTORITÉ PROBANTE. -- La place même qu'occupe l'art. 1351 dans le Code, et au besoin la disposition du 3^e de l'art. 1350, nous prouvent surabondamment que la loi a rangé l'autorité de la chose jugée parmi les *présomptions légales* : et la présomption qui en découle, c'est la loi 207, D. *De reg. jur.*, qui nous l'apprend, est une présomption de vérité « qui fait, dit Pothier (5), présumer « vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement; et « cette présomption étant *juris et de jure*, exclut toute preuve du « contraire. »

Toullier (6) a reproché avec beaucoup d'insistance cette idée à Pothier : « Ce grand jurisconsulte, écrit-il, préoccupé de l'ancienne « doctrine des présomptions *juris et de jure* qu'il avait embrassée, « enseigne à l'endroit cité, n^o 33, que la présomption fondée sur « l'autorité de la chose jugée, est une présomption *juris et de jure*, « qui exclut toute preuve du contraire. Nous avons vu que l'obs- « cure doctrine des présomptions *juris et de jure* était rejetée par « le Code, comme elle l'avait été par Domat et par d'Aguesseau, « et que l'art. 1352 y a substitué une règle simple et claire, pour « connaître les présomptions contre lesquelles nulle preuve n'est

(2) Ci-dessus : ch. III, § 3.

(3) C. Nap., art. 2055.

(4) Ci-dessus : ch. II, § 2, n^o 1 ; voy. aussi les deux arrêts cités à la note 4 de ce chapitre.

(5) *Des obligat.*, n^o 885 (*De l'aut. de la chose jugée*, n^o 33). — Voy. au surplus ce que nous avons déjà dit de cette question, au chap. I^{er}.

(6) X, 71.

« admise. Il suffit d'appliquer cette règle à la présomption que les
 « lois attachent à la chose jugée, pour se convaincre qu'elle n'est
 « point de ce nombre, puisque sur le fondement de cette pré-
 « somption la loi n'annule aucuns actes, ne dénie aucune action
 « en justice »

Nous en sommes fâchés pour l'auteur, pour les opinions du-
 quel nous professons le plus grand respect, mais ces quelques
 phrases renferment presque autant d'inexactitudes que de lignes.
 D'abord il n'est pas juste de prêter à Domat et à d'Aguesseau
 cette idée : que toutes les présomptions admettent la preuve
 contraire, sous le prétexte qu'ils auraient évité tous deux, dans
 leurs ouvrages, l'expression plus ou moins barbare de *præ-*
sumptio juris et de jure ; et spécialement que d'Aguesseau, dans
 son 23^e plaidoyer, pour Bouillerot de Vinantes (7), aurait déclaré
 que leur autorité n'est pas absolue et que toutes doivent céder à
 la vérité. En lisant cette harangue, on verra qu'il s'agissait là
 d'une question de légitimité, où la présomption qui derive de la
 maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, n'est rien moins
 qu'absolue; et d'Aguesseau avait raison de dire qu'il en est de
 cette présomption, comme de toutes celles qui sont appuyées sur le
 même principe, qu'elles peuvent être détruites par d'autres argu-
 ments. Mais ces expressions laissent manifestement en dehors
 toutes les autres présomptions, notamment celle de la chose jugée.
 — En second lieu, pas plus que ces deux illustres jurisconsultes,
 le Code n'a eu la prétention de répudier la théorie des présomp-
 tions dites *juris et de jure* : nous n'avons qu'à écouter M. Bigot-
 Préameneu dans un discours au Corps législatif prononcé le 6
 pluviôse an XII, pour avoir la preuve la plus convaincante que les
 rédacteurs n'avaient rien innové à cet égard ; voici, au surplus,
 comment s'exprimait l'orateur : « Dans la législation romaine on
 « avait distingué trois espèces de présomptions : la présomption
 « dite *juris et de jure* ; parce qu'elle était introduite par le droit,
 « et parce que la preuve contraire n'étant pas admissible, elle
 « établissait le droit ; la présomption de droit qui est aussi établie
 « par la loi, qui dispense de la preuve, mais qui n'exclut pas la
 « preuve contraire ; et enfin, la présomption qui, sans être établie

(7) T. II, p. 532 et suiv. de ses œuvres.

« par une loi, se présente à la conscience des juges et à laquelle
 « ils doivent avoir égard. Cette distinction fondée sur une analyse
 « exacte des présomptions est maintenue dans le Code — Après
 « avoir donné les exemples des présomptions légales, on pose une
 « règle générale pour reconnaître entre ces présomptions celles
 « nommées en droit *juris et de jure*, contre lesquelles nulle preuve
 « n'est admise. Ce sont les présomptions sur le fondement des-
 « quelles la loi annule certains actes, ou dénie l'action en
 « justice etc. » (8).

Cette dernière proposition, que Toullier ne croit pas pouvoir accepter, est cependant aussi vraie que toutes les autres : car la loi n'annule-t-elle pas ou ne charge-t-elle pas ses juges d'annuler tous les actes rendus en contravention des règles de la chose jugée (9); et ne dénie-t-elle pas l'action en justice aux plaideurs qui voudraient provoquer de semblables actes? Enfin, notre adversaire croit trouver un argument pour sa manière de voir dans un avis du Conseil d'État, du 31 juin 1806, qui ne fait en réalité que donner un appoint de plus à celle qu'il entendait combattre. On y lit les passages suivants : « Les actes émanés de ces
 « Cours (d'appel) n'ont le caractère de décisions souveraines,
 « qu'autant qu'ils sont revêtus de toutes les formalités requises
 « pour constituer un jugement. Si les formes ont été violées, il n'y
 « a pas de jugement à proprement parler Si, au contraire,
 « toutes les formes ont été observées, le jugement est réputé la
 « vérité même. Des raisons puissantes d'un intérêt général ont im-
 « périeusement exigé cette maxime Cependant la stabilité des
 « jugements rendus par les Cours repose, il faut en convenir,
 « non sur la certitude acquise qu'un arrêt est juste, mais sur la
 « présomption de sa justice, quand il est revêtu des formes qui lui
 « donnent le caractère d'un jugement. Or il est de la nature de
 « toute présomption de céder à la vérité contraire, quand elle est
 « démontrée : si donc un arrêt se trouve en opposition formelle
 « avec une disposition textuelle de la loi, la présomption de jus-
 « tice disparaît : car la loi est et doit être la justice des tribu-

(8) Locré, *Ugisl.*, t. XII, 2^e partie, comm. VIII, n^{os} 213 et 217.

(9) Arg. art. 480-6^o et 504 du C.

de pr., et arg. art. 3, l. des 27 novembre-1^{er} décembre 1790.

« naux. Aussi la Cour de cassation a-t-elle le droit d'annuler encore, dans ce cas, les actes des Cours,.... »

Le Conseil admet bien ici que la présomption qui résulte de la chose jugée, peut céder devant la preuve contraire; mais à quelle condition? C'est que le jugement soit réformé, en suivant les règles de procédure exigées; ou qu'il soit contraire à la loi, auquel cas la Cour peut toujours l'annuler sur la réquisition du gouvernement, et dans l'intérêt seul de la loi. Ces restrictions, nous les adoptons pleinement; et en disant que l'autorité que la loi attache à la chose jugée, dérive d'une présomption absolue, nous n'entendons nullement contester la révocabilité de cette chose jugée. Mais, de là à dire que cette présomption cédera toujours devant la preuve contraire, il y a loin; et Toullier a bien tort de poser cette proposition comme le principe de la matière; et tout en admettant avec lui que la loi n'a limité le temps où cette preuve peut être admise, que pour empêcher l'éternité des contestations, il nous paraît en même temps plus conforme à l'ordre des choses et à la dignité de la magistrature, de regarder l'irrévocabilité comme la règle, et l'admission temporaire de la preuve comme l'exception. Cette dernière manière de voir est aussi celle de Pothier, qui ne reconnaît à la chose jugée qu'une autorité momentanée, lorsqu'elle est encore susceptible de recours; et une autorité absolue, une présomption de vérité *juris et de jure*, lorsque ces recours sont fermés ou n'ont jamais été ouverts.

— Si la chose jugée, en vertu de la présomption absolue dont elle est investie, repousse la preuve contraire, cela n'empêche nullement que l'avantage qu'elle procure aux parties ne puisse faire l'objet d'une renonciation au profit de l'adversaire. Ceci ne saurait faire difficulté. Mais peut-elle faire l'objet d'une transaction?

— Il semble aussi que poser la question, soit la résoudre: on ne transige que sur les droits douteux et contestés; et si l'on donne à la chose jugée la signification la plus restreinte de décision qui n'est plus susceptible d'aucun recours, évidemment la transaction deviendra sans objet; puisque le jugement, en faisant cesser les incertitudes, a montré de quel côté était le droit. Mais dès qu'une perspective de réformation existe encore, ne pût-elle être obtenue que par la cassation ou toute autre voie extraordinaire,

la transaction sera toujours valable (10). Cette théorie s'induirait, au surplus, encore des termes mêmes de l'art. 2056 du C. Nap., qui dit que la transaction sur procès jugé en dernier ressort est nulle, lorsque l'une ou l'autre des parties (c'est-à-dire la partie gagnante) n'avait point eu connaissance de la décision; donc, a *contrario*, si la décision était connue des parties ou de la partie gagnante, la transaction sera valable; et lorsque le jugement est susceptible d'appel, cette connaissance n'est pas même exigée, parce que, tout pouvant encore être remis en question, on ne saurait affirmer avec certitude qu'elle eût empêché la transaction (11). Du reste, entendons-nous; quand nous disons que la transaction après le jugement définitif et non susceptible de recours, est nulle, cela ne signifie point que l'acte intervenu sera absolument sans effet : il pourra, en général, valoir comme abandon volontaire, comme renonciation gratuite ou onéreuse, le tout selon les circonstances.

L'ancien droit était infiniment plus sévère sur tous ces points, par suite de la rigueur attachée, du moins par la législation romaine, aux dénominations de tous les contrats. Ainsi, si l'on permettait encore les pactes sur jugements (12), il semble aussi résulter de plus d'un texte qu'il fallait pour cela que la sentence ne fût pas jugée en dernier ressort, alors même que les parties en auraient eu complète connaissance : *quia pacisci de re judicata nemo potest*, portait une constitution du Code grégorien, insérée dans la *Consultatio veteris jurisconsulti* et aussi en partie dans le Code justinien (13); et l'on annulait, en conséquence, la transaction opérée sur un jugement qui n'était pas frappé d'appel, ou qui n'en était pas susceptible (14). Et le président Favre (15) rapporte une décision du sénat de Chambéry, de l'an 1588, qui annule une transaction faite avec cette clause : *sine arrestum latum esset sine non*. Ces subtilités rigoureuses ne sont plus de notre époque.

III. DE L'OBLIGATION QUI NAÎT DE LA CHOSE JUGÉE. — Le contrat

(10) Voy. le discours de M. Bigot-Préameneu au Corps législatif, dans la séance du 24 ventôse an XII (Locré, *Législ.*, t. XV, 2^e partie, col. 4, n° 11). — Cass., 16 germinal an XIII (*Dev.*, 1, 1, 124).

(11) C. Nap., art. 2056, al. 2.

(12) L. 1, D. *De transact.*

(13) *Consult.*, ch. IX, F; Const. 12, C. just. *De transact.*

(14) L. 7, pr., et 11, D. *De transact.*; Const. 4, C. grég. *cod. tit.*; Const. 32, C. just. *cod. tit.*

(15) *Cod.*, tit. *De transact.*, del. 4.

judiciaire qui s'est formé entre les parties, les a d'avance soumises à toutes les éventualités de l'instance qu'elles entament, et, par suite, les oblige à respecter, chacune de son côté, la décision à intervenir; décision qui, en modifiant les anciens rapports juridiques antérieurement existants entre elles, leur en a substitué de nouveaux (16). Ainsi, le jugement est l'origine et le point de départ d'une nouvelle obligation qui a, ainsi qu'il a été dit, son action et ses exceptions, tout comme les obligations qui n'ont pris naissance que par le seul concours des parties contractantes, abstraction de toute participation du juge; la chose jugée tient à l'avenir lieu de cause à cette nouvelle obligation (17), qui, du reste, jouit de tous les avantages de l'ancienne: en vertu des effets cumulatifs de cette novation judiciaire, conséquence de la chose jugée (18).

Mais cette obligation, qui est purement civile, comme tous les autres effets du jugement dont elle émane, subsiste-t-elle avec tous ses accessoires, nonobstant la réalité contraire des faits à propos desquels la décision est intervenue? — La question a besoin de distinctions. Il est certain qu'un jugement de condamnation, déclarant mal à propos débiteur un individu qui ne l'est point réellement, sortira toujours son plein et entier effet, malgré la preuve de la fausseté du point qui a été décidé par son dispositif; c'est surtout en ce sens qu'il est vrai de dire: *res judicata pro veritate accipitur*; que la chose jugée rend blanc ce qui est noir, droit ce qui est courbe, qu'elle fait *de non jure jus, de non ente ens*, comme disaient les anciens docteurs. Nous n'avons reconnu qu'une exception à la rigueur de ses déductions, dans le cas de la découverte de quittances et autres pièces propres à faire décharger le débiteur des condamnations prononcées contre lui; et plus généralement, toutes les fois que ce dernier est à même d'opposer, aux poursuites du créancier, une exception de nature à établir sa libération: et nous avons motivé cette dérogation sur ce que cette exception, loin de contrarier la chose jugée, ne faisait au fond

(16) *Galus*, III, 180 et 181; IV, 107. — Voy. l. 11, § 1, D. *De nov. et deleg.*; Const. 3, C. *cod. lit.*

(17) l. 4, § 7, D. *De re jud.*; Const. 1, C. *Si in causa jud. pign.*

(18) l. 29, D. *De novat. et delegat.*; l. 13, § 4, D. *De pign. et hypoth.*; LL. 86 et 87, D. *De reg. jur.*, etc.

que la fortifier davantage, puisqu'elle s'appuyait précisément sur une exécution anticipée de la condamnation (19).

Au contraire, lorsque le jugement déboute à tort le demandeur, la question est plus délicate; en effet, il ne s'agit rien moins que de savoir si la chose jugée sera assez puissante pour détruire complètement l'obligation de celui qui a été mal à propos libéré: en d'autres termes, si l'obligation civile résultant du jugement se substituera entièrement à l'ancienne, ou si elle ne lui ôtera que son caractère civil, en la laissant subsister au moins comme obligation naturelle. La plupart, pour ne pas dire la totalité, de nos auteurs français ne paraissent pas avoir senti tout ce qu'il y a d'épineux et de hardi à restreindre ainsi les conséquences de la chose jugée, à la déponiller de son effet le plus puissant, à la faire descendre de ce piédestal d'omnipotence dont elle était en possession depuis les temps classiques de la jurisprudence romaine. Car nous les voyons tous formuler cette série de propositions qu'ils ne prennent pas même la peine de démontrer: à savoir que la chose jugée ne détruit point l'obligation naturelle; que la présomption qui y est attachée, ne peut porter aucune atteinte au lien naturel; que pour elle, institution du droit civil, elle ne s'attaque qu'au droit civil, etc.... Et pourtant, si l'on parcourt les écrits des interprètes du droit romain, on trouvera là de profondes divergences, de longues et fastidieuses discussions sur la matière; et quoiqu'on puisse décliner ici jusqu'à un certain point l'importance ou l'applicabilité des arguments qui ont été produits, on ne fera jamais de cette manière que déplacer la question; aussi, sans nous laisser détourner par cette objection, entrerons-nous dans tous les détails que comporte le problème.

Beaucoup d'anciens et de nouveaux jurisconsultes enseignent, en droit romain comme en droit français, que le débiteur absous ou libéré à tort, reste obligé naturellement, et que la répétition de l'indû ne lui serait point permise (20). Cette manière de voir

(19) Ci-dessus: ch. III, § 3, n° II, 2.

(20) Cujas, in lib. III *Quæst. Pauli*, ad leg. 60, *De cond. indeb.*; Favre, *Rational.*, ad d. I., et *Conject.*, IV, 20; d'Espeisses, *Des contrats*, 4°

partie, t. XI, sect. V, n° 16; Puchta, *Inst.*, § 270, note g. Aubry et Rau, § 297, 6°, et 769, 3°; Dalloz, 1° *Chose jugée*, n° 304; Selire et Carteret, *Encyclop. du droit*, 1° *Chose jugée en mat. civ.*, n° 6, etc.

invoque en sa faveur la loi 8, § 1, D. Rat. rem hab., et surtout la loi 60, princ., D. De cond. indeb., ainsi conçue : « *Julianus rerum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solentem petere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sire naris ex Asia venerit, sire non venerit; quia ex una causa alterius solutionis origo profiscitur.* » La première inspection de ce fragment semble, en effet, ne plus laisser place à la controverse. Cependant plusieurs adversaires de cette théorie ont cherché à battre en brèche l'argument qu'on tirait de la loi : leurs efforts ne nous paraissent pas avoir été partout couronnés de succès; pourtant ils ont eu au moins ce résultat, suffisant pour le parti que nous voulons en tirer dans cette dissertation, de démontrer à peu près complètement que ce texte ne peut être d'aucun secours pour la solution réclamée dans notre législation.

Suivant M. de Vangerow (21), il s'agirait là d'un véritable débiteur qui, ayant acquitté sa dette pendant l'instance, aurait de justes raisons pour se croire en droit de répéter ce paiement, et auquel Julien dénie l'exercice de la *condictio indebiti*, même avant le prononcé de la sentence, parce qu'elle ne lui appartiendrait pas non plus postérieurement, quelle que fût d'ailleurs l'issue du procès : non pas parce qu'il resterait obligé naturellement, mais en raison de la non-rétroactivité des effets de la sentence absolutoire, qui, n'agissant que dans l'avenir, ne l'a pas empêché d'avoir été débiteur jusqu'au moment où le juge a déclaré qu'il ne l'était pas. Dans ce système, l'incise : *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet*, ne ferait nullement allusion à la survie d'un lien naturel, et signifierait seulement que le débiteur absous restera en réalité, NATURA, secundum rerum naturam, débiteur pour le temps qui a précédé la sentence.

Tout cela semble bien un peu forcé, et il paraît hardi d'étayer un système sur ce qu'on serait presque en droit de qualifier un jeu de mots; était-ce bien là l'idée de Paul, lorsqu'il rapportait les paroles de Julien? Cela n'est pas impossible, et nous ne voulons pas l'examiner ici; mais si l'explication est la vraie, elle rend tou-

(21) *Lehrbuch der Pand.*, § 173, rem. 1, n° 3.

jours inapplicable en droit français le texte de ce passage; car le jugement n'étant pas chez nous, comme en droit romain, attributif, mais seulement énonciatif et reconnaissant du droit des parties, il devient difficile d'admettre que le débiteur restât obligé jusqu'à l'époque du jugement, alors que le tribunal a déclaré qu'il ne l'était jamais. D'ailleurs, entendue de cette façon, la loi 60 ne statuerait que sur une des parties de la question; car il est très-possible que le débiteur ait payé avant l'instance (ce que le texte ne suppose pas), ou qu'il voulût répéter après le prononcé du jugement (ce qui pourrait bien être l'hypothèse prévue par la loi, n'en déplaise à M. de Vangerow lui-même); dans tous les cas, la difficulté n'est pas changée, et il s'agit toujours de savoir si l'impossibilité d'exercer la *condictio* provient de l'existence de l'obligation naturelle ou d'un autre obstacle.

Une explication ingénieuse de Holtius nous paraît avoir tranché ce nœud gordien; dans un article inséré dans la *Revue de législation* (22), le savant jurisconsulte écarte l'hypothèse d'une obligation naturelle, par l'existence d'une prohibition toute particulière frappée par le droit romain sur la répétition du paiement des obligations civiles, dont la condamnation fait doubler l'action: *in quibus lis inficiando creceat* (23); et la chose jugée est du nombre (24). En effet, ce qui dispose ici le débiteur à payer, c'est l'incertitude des jugements humains, la crainte de payer deux fois s'il résistait à la demande du créancier: en pareille circonstance, il paie moins pour se libérer que pour acheter sa sécurité; et comme on ne répète pas ce qui a été payé par transaction, quelque indûment que ce soit (25), il en résulte qu'on ne répétera pas davantage ce qu'on a payé dans les cas où une sentence absolutoire viendrait donner tort aux prétentions du créancier et démenti aux prévisions du débiteur. Mais ici encore, cette interprétation, à laquelle nous adhérons pleinement, laisse la loi 60 en dehors des arguments qu'on peut présenter en faveur de la survie de l'obligation naturelle dans le système de la législation française qui n'admet plus, en aucun cas, de dédoublement de la condamnation.

(22) T. XLV, p. 3 et suiv.

(23) § 7, Inst. De oblig. qua quasi ex contr.

(24) Voy. les textes cités à la note 63 du chap. III.

(25) L. 63, § 1, D. De cond. indeb.

Nous écarterons aussi du débat, avec Vangerow et Savigny (26), la loi 8, § 1, D. *Rem rat. hab.* où, suivant ces auteurs, il n'est pas question d'un *debitor injuria absolutus*, mais d'un demandeur qui a perdu son action par suite d'une péremption d'instance (*litem amiserit*), cas dans lequel l'obligation naturelle n'est pas détruite. — Quant à la loi 13, D. *Quib. mod. pign. rel hypoth. solr.*, sur laquelle les adversaires de l'obligation naturelle ont étayé leur solution, nous la croirons plutôt favorable que contraire à l'extension de leur doctrine dans le droit français; car il ressort clairement de ce texte que le droit de gage ou d'hypothèque, si l'on veut, s'évanouit toutes les fois que l'obligation est éteinte par une sentence libératoire, même injuste: or la loi 14, § 1, D. *De pignor. et hypoth.*, dit que là où il se produit une obligation naturelle, le gage continue d'exister; donc il n'y a plus d'obligation naturelle dans le cas précédent, sans quoi le gage n'aurait pas disparu. Et dans le Code Napoléon, l'art. 2012, al. 2, maintient également le cautionnement des obligations civiles qui ont dégénéré en naturelles, par suite de la nullité qui en a été prononcée: disposition d'une concordance remarquable avec celle de la loi 14, § 1, *De pignor.*

Nous passons encore sous silence plusieurs autres arguments que les interprètes ont mis en avant dans cette discussion, parce qu'il résulte de tout ceci, qu'on ne peut pas tirer beaucoup de lumières du droit romain et que toutes les controverses qui porteraient sur ses documents, doivent alors nous rester étrangères. C'est uniquement en mettant en parallèle et en pesant contradictoirement les effets et l'influence réciproques de l'obligation naturelle et de la chose jugée, qu'on pourra espérer trouver une solution au problème.

Il est certain que l'esprit du droit français a été de restreindre l'importance des obligations naturelles, en tarissant la plupart des anciennes sources productives de semblables obligations, et en interdisant le droit de réclamer, par voie d'exception, ce qu'on ne peut obtenir par voie d'action: c'est ainsi que la compensation d'une dette naturelle n'est plus admise aujourd'hui (27). Or nous

(26) Vangerow, *op. et loc. cit.*; Savigny, *System*, t. V, p. 376, note d. (27) C. Nap., art. 1291, comparé avec l.l. 6 et 11, D. *De compensat.*, et Const. 2, C. *cod. tit.*

avons bien reconnu que la chose jugée peut être modifiée par une exception, lorsque cette exception tendait à prouver l'exécution anticipée; et spécialement, lorsque le débiteur condamné excipait d'un paiement antérieur: en cela la présomption de vérité attachée à la chose jugée cède, en quelque sorte et jusqu'à un certain point, à la preuve contraire (28). Mais oserait-on en inférer qu'un créancier, débouté de sa demande, pût exciper avec succès de sa prétendue créance naturelle, pour s'opposer à une répétition de la part du débiteur ou de son héritier, qui aurait payé par erreur une dette qu'il ne devait plus? Ceci serait autre chose; et ici, loin de corroborer la chose jugée, la prétention du créancier n'aboutirait qu'à la renverser, puisqu'elle forcerait les juges à examiner la validité de cette obligation naturelle, tandis qu'ils ont déclaré libéré le prétendu débiteur: est-ce possible? — Ou bien, si l'on veut, changeons les situations, et supposons le créancier se mettant en mesure de réclamer un paiement que le tribunal lui a déjà refusé; sera-t-il encore admis? Ici on ne fera certainement aucune difficulté de répondre négativement; cependant, si l'on refuse l'action, peut-on permettre l'exception, lorsque, d'une manière comme de l'autre, la prétention du créancier heurte de front la chose jugée? Et puisque le refus d'action est fondé sur des motifs d'intérêt général, d'ordre public, qui défendent d'apprécier deux fois les mêmes droits des parties, le tribunal pourrait-il derechef se livrer à cet examen, s'il en était requis incidemment, lorsqu'une défense mal avisée du créancier viendrait l'appeler à se prononcer sur cette question? — Ajoutons à cela que notre législation, à la différence de ce qu'elle a fait pour les obligations naturelles, a maintenu la chose jugée dans toutes les prérogatives dont les plus anciens jurisconsultes romains s'étaient plu à la revêtir; qu'elle a par suite toujours conservé intact le privilège de faire tenir pour vrai ce qui est faux, pour juste ce qui est injuste; et la solution de la question ne restera plus douteuse.

Au surplus, si dans toute cette discussion on n'avait pas toujours perdu de vue la rigueur de ce principe fondamental de la chose jugée; si l'on s'était résigné à se défaire de cette idée spé-

(28) Ci-dessus: ch. III, § 3, n° II, 2.

cieuse, de ce fantôme d'iniquité dont est argué le jugement de libération; si l'on avait renoncé à se placer devant les yeux un débiteur toujours obligé, alors qu'une décision judiciaire le proclamait pleinement libéré, il est à croire qu'on n'aurait pas osé faire fléchir l'autorité sacrée de la chose jugée devant l'effet incertain et vacillant de ces obligations boiteuses, comme on les a qualifiées avec tant de raison, et qui sont pour la plupart dépouillées d'une sanction directe. Reconnaissons donc que, dans l'hypothèse d'un jugement libératoire, l'obligation naturelle du débiteur injustement déchargé, si elle existe encore, aura du moins perdu toute son efficacité, en tant qu'elle se trouvera en conflit avec l'autorité de la chose jugée (29).

§ 3. De l'étendue, quant aux personnes, des effets de la chose jugée.

I. PRINCIPES. — Il a déjà été indiqué, sous la rubrique *De l'identité des parties*, quelles sont les personnes qu'on peut réputer représentées dans une instance (30); toutes les autres constituent des *tiers*, en cette matière. Or la loi, en attachant à la chose jugée des effets si exorbitants, qu'ils peuvent contrecarrer la vérité même, n'a voulu étendre cette influence, ni hors « de ce qui a fait l'objet du jugement », ni à d'autres personnes que celles qui ont figuré au procès. Ce principe est essentiel et élémentaire; il existe dans toutes les législations, parce qu'il est le produit de la raison universelle et immuable. Aussi, à côté de la maxime romaine si souvent répétée: *Res judicata pro veritate accipitur* (31), se trouve juxtaposée cette autre qui en est comme le correctif nécessaire, destiné à en tempérer la rigueur, à en limiter la généralité; nous avons cité l'adage non moins célèbre:*Res judicata alii prodesse aut nocere non solet*, dont beaucoup d'autres textes n'offrent qu'une paraphrase plus ou moins développée. *Res inter alios judicata, neque emolumentum asserre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare...*, dit l'empereur Gordien, dans

(29) Dans le sens de notre opinion: *étrang.*, t. VIII, p. 363 et suiv.).
 Saturnin Vidal, dissertation sur l'Obli- (30) Ci-dessus, ch. II, § 2.
 gation naturelle, section II (Revue (31) L. 207, D. De reg. juris.

la Const. 9, C. Quib. res judic. non nocet; *Sæpe constitutum est res inter alios judicata aliis non præjudicare*, écrit encore Macer, dans la loi 63, D. De re judic. (32), et c'est aussi la même maxime que l'art. 1163 du Code Napoléon applique aux conventions.

L'ancien droit avait, il est vrai, assimilé aux tiers l'État lui-même, bien qu'il eût été partie au jugement; c'est-à-dire qu'il lui donnait le droit, comme à ces derniers, de faire tomber la chose jugée, toutes les fois qu'il pouvait prouver, par des titres positifs, que la religion des juges avait été surprise à son détriment (33). Cette doctrine, puisée dans le principe de la confusion entre le Roi ou l'État et la Loi, serait une monstruosité aujourd'hui, d'après les idées nouvellement reçues. Déjà une loi des 23 novembre-1^{re} décembre 1790 avait, dans son art. 13, implicitement reconnu que l'exception de la chose jugée pouvait être opposée à la Nation, comme aux particuliers, en ce qu'elle était susceptible de couvrir les irrégularités des aliénations faites sans le consentement de la Nation; et plusieurs arrêts postérieurs ont confirmé le même système (34).

— Ce n'est donc qu'aux tiers, dans le sens qu'on connaît, que l'on peut accorder les avantages dont parlent les textes précités; mais c'est à leur égard une règle inflexible, dont on ne saurait se départir, parce qu'elle est fondée sur les considérations les plus puissantes, et qui touchent de près à l'ordre social: ce que nous avons déjà dit là-dessus, nous dispense de nous y arrêter davantage. Nous devons seulement avouer que, quelque solidement élayé qu'ait paru le principe, cela ne l'a pas empêché de subir, à plusieurs reprises, des atteintes que les textes n'ont pas justifiées, et qui, malgré cela, ont trouvé crédit jusque dans notre doctrine contemporaine. Il s'agit ici des jugements attributifs de qualité; il semblerait pourtant que, pour eux, pas plus que pour les autres, aucun motif n'existât pour les soustraire à la restriction générale

(32) Voy. encore d'autres applications de cette règle, dans les textes suivants: LL. 1, 3, 7, § 4, 22 et 29, D. De except. rei judic.; L. 31, D. De judic.; et L. 11, § 3, D. De jurejur.

(33) Arrêts du parl. de Paris, du

5 septembre 1695, et du 17 juillet 1699. — Lorry, sur le *Traité des domaines de Lefebvre de la Planché*.

(34) Cass., 25 brumaire an X (Dev., 1, 1, 509); Cass., 18 juin 1808 (Dev., 2, 1, 518).

que l'on s'est unanimement accordé à reconnaître aux effets de la chose jugée : car on ne peut pas dire que la présomption de vérité qui s'y attache, dût être ici plus puissante qu'ailleurs. Eh bien ! nous avons cependant à constater deux exceptions à cette restriction : exceptions qui pour avoir réuni nombre de suffrages, ne nous semblent pas pour cela devoir faire loi aujourd'hui et dans l'état actuel de notre législation ; toutefois nous les examinerons, avec les développements que mérite la vogue dont elles ont joui. Elles se rapportent à deux matières complètement distinctes : aux matières d'état, relativement à la qualité d'enfant ; à celles des successions, relativement à la qualité d'héritier.

— Mais avant d'arriver à la discussion de la double théorie qui s'est produite déjà bien anciennement, nous constaterons que de nos jours, une tendance inverse, peut-être par esprit de réaction, s'est manifestée chez quelques auteurs. Ainsi, loin de reconnaître aux jugements attributifs de qualité une autorité absolue entre les parties, on s'est plu à la restreindre même en deçà du cercle de la contestation à propos de laquelle elle s'était produite. MM. Aubry et Rau entre autres, sans donner du reste à cette proposition la généralité que pourrait lui prêter notre rédaction, sont pourtant entrés à son égard dans des distinctions qu'à notre avis la jurisprudence ne pourrait point adopter. Ils enseignent (35) que les décisions rendues sur des questions d'état ont une autorité plus grande que celles qui ne statuent que sur des qualités accidentelles, comme celle de commerçant ; lesquelles constituent plutôt de simples moyens, de simples éléments du jugement, qu'une véritable partie de son dispositif, et par suite ne subsistent pas au delà de la contestation qu'il a tranchée. Cette opinion, selon nous, est en tous cas trop absolue ; il nous semble qu'il faille moins s'inquiéter en ceci de la plus ou moins grande facilité qu'aurait la partie à quitter ou à acquérir cette qualité (surtout si l'on admet, avec nous, qu'elle n'est pas maîtresse de se présenter dans une instance revêtue de celle qui lui conviendrait le plus), que de l'influence que cette qualité a pu avoir sur la décision rendue en conséquence. Si elle a été une cause directe et déterminante du jugement, elle

(35) *Op. cit.*, § 769, note 107.

constitue alors, à son égard, une véritable question préjudicielle; et nos adversaires, pas plus que nous-mêmes, ne déniaient l'autorité de la chose jugée aux jugements qui ont statué sur de semblables questions. Ceci peut arriver pour les qualités touchant à l'état civil, comme à toute autre matière; de même que l'état d'une personne dans un procès peut ne constituer à son égard qu'une qualité accidentellement reconnue, et sans influence décisive sur le jugement. Et si l'on reconnaît que l'état peut constituer une sorte de propriété pour celui qui est revêtu de cette qualité, nous ne voyons pas pourquoi la qualité de commerçant n'aurait pas le même effet, toutes les fois que la partie trouverait intérêt à la réclamer ou l'adversaire à la lui opposer: avec la seule différence, que la première est d'une nature plus stable que la seconde. Mais qu'importe cette différence, quant à la chose jugée, du moment que les circonstances qui ont fait reconnaître par exemple cette qualité de commerçant, n'ont pas disparu à l'époque où une seconde instance, touchant la même question, se lierait entre les mêmes parties? Que si l'on persiste à reconnaître plus d'effet à la décision statuant sur une question d'état, nous demanderons alors pourquoi M. Aubry et Rau abandonnent ce système, lorsqu'il s'agit de déterminer l'influence qu'une semblable décision rendue au criminel devrait avoir sur l'action civile. Car, si c'est une propriété qui a été reconnue contre l'accusé, pour le frapper d'une aggravation de peine, pourquoi ce droit ne devrait-il pas lui servir plus tard dans les intérêts civils qui peuvent s'y rattacher (36)?

Nous pouvons d'ailleurs invoquer en faveur de notre doctrine un arrêt de la Cour de cassation, du 7 août 1827 (37), qui a formellement reconnu qu'une décision passée en force de chose jugée, attribuant à une partie la qualité de commerçant, fait obstacle à ce que l'adversaire qui a figuré dans cette instance, vienne soutenir plus tard qu'elle n'a pas cette qualité. La même Cour, il est vrai, par arrêt du 12 mai 1842 (38) a jugé que la décision qui se fonde sur la qualité de commerçant d'un individu, pour prononcer contre lui la contrainte par corps, n'a pas l'autorité de la chose

(36) Voy. *infra*: Appendice, § 1.

(37) *Dev.*, 8, 1, 663. — Voy. aussi: arrêt est placé par M. Dalloz (c^o Chose
Cass., 7 mars 1821 (*Dev.*, 6, 1, 392). jugée, n^o 135) à la date du 4 mai.

(38) *Dev.*, 1842, 1, 516. — Cet

jugée en ce qui touche cette qualité, à l'égard de la décision ultérieure, qui rejetterait une demande en déclaration de faillite, en se basant sur ce que le défendeur n'était pas commerçant. Mais ceci détruit-il la précédente solution? Pas le moins du monde; car ici, dans le premier procès, la qualité de commerçant attribuée au défendeur était appréciée en vertu de faits et d'actes particuliers « qui n'étaient point assez nombreux », portent les considérants de l'arrêt, « pour qu'on pût en inférer qu'il faisait du commerce sa profession habituelle.... »; tandis que, dans la seconde instance, elle était « considérée d'une manière absolue et permanente au point de vue de faillite », de sorte qu'elle l'eût frappé dans l'ensemble de son état.... N'est-ce pas consacrer pleinement la distinction que nous proposons entre les jugements dont le dispositif serait ou ne serait pas affecté par la qualité reconnue préjudiciellement, en mettant de côté d'ailleurs la nature même de cette qualité?

— Cela dit, nous passons à l'exposé qui doit faire l'objet principal de ce paragraphe, touchant les deux dérogations importantes qu'on a proposées à la maxime : *res judicata alii non nocet*.

II. DE LA CHOSE JUGÉE EN MATIÈRE DE FILIATION, ET DE LA THÉORIE DU LÉGITIME CONTRADICTEUR. — 1. Définitions. — Les actions concernant la filiation légitime ou naturelle d'une personne, prennent le nom de *réclamations d'état*, lorsqu'elles émanent de l'enfant privé de la possession d'état; elles s'appellent au contraire *contestations d'état*, lorsqu'elles sont dirigées contre lui, pour faire tomber cette possession. Ces dernières se subdivisent encore en *actions en désaveu*, s'il s'agit de renverser la présomption : *pater is est quem nuptiae demonstrant*, présomption spéciale à la filiation légitime; et en *actions en contestation d'état* proprement dites, pour mettre en question tout autre élément de la filiation légitime ou naturelle : tel que la possession d'état, ou l'époque de la conception rapportée à celle du mariage de la mère, etc.

On verra plus tard que ces distinctions ne sont pas sans intérêt dans la question ci-dessous, telle qu'elle se présente dans notre droit.

3. Des *réclamations d'état*. — C'est une opinion assez répandue que le droit romain, en matière de questions d'état en

général, c'est-à-dire de toutes celles qui touchent à la famille, avait reconnu à la chose jugée des effets plus étendus que dans les autres matières, quant aux personnes étrangères à la contestation auxquelles elle deviendrait opposable; sacrifiant ainsi les principes du droit à la nécessité d'une stabilité plus assurée pour l'état des individus. C'est au moins ce qui semble résulter des lois 30, D. *De liber. causa*, et 29, pr., D. *De except. rei jud.*; de la loi 25, D. *De statu hom.*; enfin, des lois 1, § 16, 2 et 3, pr., D. *De agnosc. et al. lib.* Suivant les deux premiers textes, celui qu'une sentence aurait déclaré esclave et une autre libre, resterait libre, même à l'encontre de la personne qui aurait obtenu la déclaration d'esclavage; d'après le troisième, il faudrait tenir pour ingénu celui qui aurait reçu cette qualité dans un jugement, bien qu'il fût affranchi: de sorte que personne ne pourrait plus remettre ce point en question; enfin, les trois derniers fragments nous montrent une sentence déclarative de filiation, efficace *in omnibus causis* à l'égard du père qui a tenté de désavouer son enfant, comme à l'égard des frères et sœurs qui sont restés étrangers à l'instance: *placet enim ejus rei judicem jus facere*, dit Ulpien à ce propos (39).

Tels sont les textes qui, avec quelques autres moins positifs (40), ont servi de base aux interprètes pour fonder la célèbre doctrine du *légitime contradicteur*: on appelait ainsi la personne qui, suivant ces auteurs, aurait à elle seule représenté les intéressés dans les instances de cette nature, en servant à donner ainsi à la chose jugée des effets généraux et absolus. *In causa status*, écrivait Vinnius (41), *sufficit pronuntiatum esse legitimo contradictore præsente, ut valeat sententia inter omnes in iis quæ is status secum affert*; Brunnemann de même (42), après avoir énuméré les divers cas où, suivant lui, la chose jugée pourrait nuire aux tiers, et qui comprenaient encore d'autres matières que les questions d'état, ajoutait: *In huc sententia omnibus aliis præjudicatur; sed necesse est ut talis sententia de statu, sed contra legitimum contradictorem, et cum quidem præsentem, et non ex contumacia absentem* (43). Ces dernières ex-

(39) L. 3, pr., *De agn. et al. lib.*

(40) L. 3, D. *De collus. deleg.*; Const. 3 et 4, C. *Quib. res jud. non noc.*; Const. 39, C. *De lib. causa.*

(41) *Part. jur. civ.*, liv. IV, ch. 47.

(42) *Ad. leg. 25, D. De statu hom.*

(43) Voy. aussi: Doneau, *Comm. jur. civ.*, liv. XII, ch. 5, n° 24; Ti-

pressions révèlent encore une des conditions auxquelles on subordonnait la validité des jugements rendus avec le légitime contradicteur; c'était une mesure de protection toute dans l'intérêt des tiers: il ne fallait pas que, si le contradicteur s'était laissé condamner par défaut, il pût lier pourtant les autres membres de la famille, comme dans les jugements contradictoires; cette restriction s'induirait surtout des lois 27, § 1 et 2, D. *De lib. causa*, et 17, § 1, D. *De inoff. testam.* Enfin, on ajoutait cette nouvelle restriction, qui est du reste de droit commun, que le jugement dût avoir été rendu sans collusion entre les parties (44): car avec la collusion, il n'y a pas de contestation réelle entre plaideurs; il n'y a qu'une vaine ombre de résistance, et par suite point de jugement véritable.

Encore suivie aujourd'hui par la plupart des interprètes modernes du droit romain (45), cette théorie devait être et fut en effet bien plus facilement acceptée par nos anciens auteurs français, imitateurs un peu serviles des soi-disantes doctrines romaines. Parmi eux, d'Argentré était certainement le plus explicite sur cette matière; ainsi, on lit dans un de ses opuscules (46): « Un jugement ou sentence donnée sur la qualité de l'estat de la « personne, fait droit et conséquence contre tous, voire absents « et non appelez...; pourvu que telle sentence ou jugement soit « donné parties ouyës et non par contumace, ny aussi par intelli- « gence ou collusion... Tellement que si, en matière d'estat, il se « donnait sentence entre le père et le fils sur la noblesse, ce qui « serait jugé serait conséquence à tous ceux non-seulement qui en « descendraient, mais mesmement entre toutes personnes: autant « s'en dirait sur la légitimation ou naturalité..... » Cette doctrine passa dans la jurisprudence de ces temps-là; et nous pourrions citer dans ce sens un arrêt du parlement de Paris, en date du 4 février 1689.

raqueau, *Tract.*, *Res inter alios lit.*, 48; Carpzow, 3^e part., décis. CCLIV, n^o 12; Del. Héroult, *De act. rei jud.*, ch. 1, n^o 9; Huberus, in *Inst.*, *De act.*, n^o 15; et encore Vinnius, ad § 13, *Inst. De act.*, n^o 1.

(44) LL. 1, 2, pr. et § 4, LL. 4 et 5, D. *De coll. deleg.*

(45) Savigny, *Traité de droit rom.* (trad. Guenou), § 301, II, A; Brackenbush, *op. jam cit.*, § 20; Vangerow, § 173, rem. VI, 7; Puchta, *Instit.*, § 175, texte et notes 1, 1, u, etc.

(46) Avis sur les partages des nobles, quest. XXIX, n^o 1.

Mais quel était ce *légitime contradicteur*? C'est ce que ni les textes, ni les interprètes, ni les tribunaux, n'ont jamais bien défini : les uns voyaient cette qualité dans celui qui avait le principal intérêt au procès; d'autres spécialisaient à cet égard, et nommaient le père ou la mère pour la légitimité, le patron pour la liberté. D'Argentré lui-même pensait, en ce qui concerne la filiation, que le jugement, pour acquérir force générale de chose jugée, devait avoir été rendu avec l'auteur commun : que le frère ne pouvait, sous ce rapport, représenter son frère; mais il ne s'expliquait point sur la nécessité de la présence de la mère dans la contestation (47). — Toullier (48) est le premier, à notre connaissance, qui ait entrepris de combler cette lacune, en proposant quelques règles positives sur ce point de doctrine. Suivant lui, le père, la mère et les enfants vivants à l'époque du jugement, seraient les légitimes contradicteurs; parce qu'ils ont tous un intérêt né et actuel à ne pas laisser un étranger s'introduire dans la famille; mais hors de là le jugement cesserait de préjudicier à ceux qui n'y auraient pas été légalement représentés, suivant les principes ordinaires, quoiqu'ils pussent l'invoquer s'il leur était favorable; enfin, le même auteur exige également que le contradicteur ne se soit pas laissé condamner par défaut, ni par collusion; et tout ce système serait applicable aujourd'hui spécialement aux questions de *réclamations d'état*, dont la loi n'a pas restreint l'exercice à un nombre défini de personnes, ni même à un délai plus court que les actions du droit commun, comme, par exemple, les désaveux de paternité et autres. Telle est, en deux mots, la théorie de Toullier, théorie qui a été approuvée et adoptée encore par MM. Proudhon, Rauter, Duranton, Rieff (49), et plusieurs autres jurisconsultes.

Si nous avons ici à faire la loi, nous nous rendrions peut-être aux raisons qui ont été produites par ces auteurs, et qui appartiennent à l'ordre le plus élevé : l'intérêt public, la paix de la société, le repos des familles, les intérêts pécuniaires même,

(47) *Op. cit.*, *ibid.*, n° 7.

(48) X, 219 et suiv.

(49) Proudhon, *De l'ét. des pers.*, tit. *De la patern. et de la fil.*, sect. IV; Rauter, *Proc. civ.*, § 147; Du-

ranton, *Tr. des contr. et obl. contr.*, n° 1190, et *Cours de dr. civ.*, I, 345, III, 161, 162, et XIII, 527; Rieff, *Des actes de l'ét. civ.*, n° 320.

tour-à-tour en jeu dans les questions de cette nature ; nous trouverions en même temps que l'idée de personnifier en un seul individu l'état de toute une famille, est loin de ne pas présenter un côté utile et avantageux. Et l'on pourrait aussi — en restant toujours dans ces abstractions où seul un législateur a le droit de se placer, et sans perdre de vue que la chose jugée n'est qu'une vérité de convention (ce que paraissent avoir oublié nos adversaires) — on pourrait, disons-nous, parer aux inconvénients immenses d'une décision rendue ainsi universellement définitive, peut-être à la faveur d'une défense inhabile ou simulée, en obligeant, comme le voudrait M. Demolombe (49), un conseil de famille assemblé *ad hoc*, à désigner un des siens ou même un étranger revêtu de sa confiance, pour occuper, dans l'intérêt de tous les parents, et les représenter dans toutes les instances soulevées à propos de questions d'état. Mais, nous le répétons, ce serait faire la loi et non plus l'interpréter. Car, en admettant que l'art. 1351 du Code Napoléon, avec ses termes élastiques et calqués sur le droit romain, nous permet d'y puiser ce qu'il n'a pas voulu proscrire, où seraient les textes de ce droit qui se prêteraient à une semblable théorie?... prétendra-t-on l'induire des quelques passages que nous citons en commençant ? Deux mots suffiront pour ôter toute illusion à cet égard.

Les lois 30, D. *De lib. causa*, et 29, pr., D. *De exc. rei jud.*, proclament bien libre, à l'égard de tous, celui qui est déclaré libre à l'encontre d'une personne, et esclave à l'encontre d'une autre. Mais pourquoi ? parce qu'il était impossible d'exécuter simultanément les deux sentences tout-à-fait contradictoires : *et sane ridiculum est*, disait Julien à ce propos, *arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem ejus tueri* ; et qu'à tout prendre, il valait mieux décider en faveur de la liberté : *commodius autem est, FAVORE LIBERTATIS liberum quidem cum esse. . .* C'est ici une question d'exécution dans une matière indivisible : les principes de la chose jugée n'ont rien à y faire ; ils ne peuvent donc pas recevoir d'atteinte par la solution de ces textes. — La loi 25, D. *De statu hom.*, également, signifie bien à la rigueur et si l'on en force le sens, que celui qui voudrait contester une décision touchant l'état

(49) *Cours de C. Nap.*, t. V, n° 323.

d'ingénuité d'un individu, sans prétendre être le maître, sera non recevable; mais c'est parce qu'il y est sans intérêt ni qualité; et cela est si vrai, qu'on se tromperait gravement si l'on croyait qu'en se posant en maître, il ne fût pas admis à faire juger de nouveau la question en ce qui le concerne : il suffit pour cela de citer la loi 9, D. *De lib. causa*, qui atteste que cette matière était régie par le droit commun; et encore ces mêmes fragments du titre *De agnosc. et al. lib.* (50), dont on cherche à se faire une arme contre nous, et qui ne font aussi que mentionner une exception à ces règles, exception en vertu de laquelle les membres de la famille autres que le père et ses héritiers n'ont aucune action, toujours parce qu'ils n'ont aucune qualité pour figurer dans l'instance. — Nous ne dirons rien des lois 27, D. *De lib. causa*, et 17, D. *De inoff. testam.*, qui ont servi de point de départ à la restriction apportée à cette théorie, restriction qui a trait, comme nous savons, aux jugements par défaut; nous renvoyons là-dessus à la savante dissertation de Merlin qui a réfuté cette opinion, toute secondaire du reste, mieux que nous ne saurions le faire nous-même (51).

On s'est ensuite rejeté sur les principes et la nature même des choses dans l'esprit desquelles on n'aurait fait qu'entrer davantage, lorsqu'on répute légitimes contradicteurs le père et la mère : c'est-à-dire les auteurs mêmes de la filiation, ceux qui ont le plus d'intérêt à défendre l'état de la famille qu'ils ont formée, dont ils sont les chefs, chargés de la diriger et de la perpétuer. Mais à cela, notre réponse est encore péremptoire; car, pour dire que ce qui est jugé avec eux dans une réclamation d'état, fait loi pour la famille entière, il faut que les membres de cette famille, et spécialement l'enfant le plus directement engagé dans un procès de cette espèce, tirent leurs droits de la partie qui a figuré dans l'instance, et qu'ils lui aient succédé. Or, peut-on dire ceci des droits de famille, que l'enfant tient de la loi elle-même et nullement de son titre d'héritier de ses père et mère : alors que le Code lui ouvre directement une action en réclamation, et lui donne qualité pour y défendre valablement tout seul ? ceci ne prouve-t-il pas de la manière la plus irréfragable que l'action est née dans

(50) LL. 1, § 16, 2 et 3, *pr.*

(51) *Répert.*, 1^{re} Question d'état, § 3, art. III, n^o 1.

sa personne même ? Et ce sera donc encore avec bien moins de raison que l'on soutiendra cette représentation à l'égard de parents plus éloignés, eux qui ne tiennent des père et mère ni les droits de famille, ni même en général les droits de succession.

Que dirons-nous enfin de cette éternelle objection tirée de la prétendue indivisibilité de la matière contentieuse, et que l'on rencontre toutes les fois que les autres arguments font défaut ? Nous avons déjà plusieurs fois insisté sur le vice du raisonnement qui s'en déduit, il ne nous reste rien à ajouter ici à cet égard ; cependant nous ferons encore deux observations. La première, en ce que l'indivisibilité de l'état civil est spécialement, dans notre matière, démentie par les art. 51 et 100 du Code Napoléon ; à la vérité, il ne s'agit dans ces textes que des rectifications matérielles de l'acte instrumentaire qui constate cet état ; mais il nous semble que ce serait une raison de plus, dans les questions du fond, de ne pas donner plus d'extension à la chose jugée, quant aux personnes à qui elle est opposable. La seconde observation porte sur la possibilité de l'exécution simultanée de deux jugements contraires : l'indivisibilité de l'état est en général moins en cause qu'on ne semble le croire, et l'exécution ne touche le plus souvent alors qu'aux droits pécuniaires subordonnés à l'état des personnes. Au surplus, en se souvenant toujours que la chose jugée *n'est pas la vérité, mais tient lieu de vérité*, on admettra assez facilement une pareille exécution simultanée, même lorsqu'il s'agira de prendre les qualités reconnues ou déclarées par les deux décisions. Ainsi, l'on comprend à la rigueur un enfant légitime par rapport à sa mère, et bâtard adultérin par rapport à son père, et l'art. 325 du Code Napoléon, en admettant toute espèce de preuves contre une réclamation de filiation légitime qui n'est pas appuyée sur une possession d'état ou sur un titre de naissance, nous paraît ouvrir, dans la pratique, une voie large et facile à cette ambiguïté de positions.

— Du reste, nous devons le confesser, l'application rigoureuse du principe de la chose jugée conduit quelquefois à des résultats si absurdes, qu'on est obligé de le laisser fléchir devant une impossibilité matérielle. Ainsi, tous les auteurs, je crois, reconnaissent qu'une décision, touchant le nom de famille, doit avoir à

l'égard de tous l'autorité de la chose jugée; et c'est aussi ce qu'a décidé la Cour de Metz (52).

Mais il est des hypothèses où la solution est plus douteuse : en voici une qui s'est présentée devant la Cour de cassation. Un individu forma contre deux conjoints une demande en reconnaissance de filiation naturelle, et fut déclaré leur enfant. Plus tard et longtemps après, il intenta la même action contre les acquéreurs et ayants cause d'une autre femme dont il se prétendit également le fils naturel; moins heureux d'abord en première instance, il vit sa condamnation réformée en appel, et sa nouvelle filiation aussi reconnue. Mais la Cour suprême, par arrêt du 8 prairial an VII, cassa la décision du Tribunal d'appel, sur le motif que le premier jugement avait acquis force de chose jugée et reçu son exécution et qu'une nouvelle demande ne pouvait être admise avant qu'il eût été réformé (53).

Certainement, cette jurisprudence n'est pas juridique, mais elle eut l'avantage d'éviter un véritable scandale judiciaire, que la législation ne donnait aucun moyen d'empêcher. Car, en maintenant les deux arrêts, on n'aurait pas seulement attribué une double qualité à la même personne : comme lorsqu'un individu est légitime par rapport à la mère, naturel par rapport au père; et ce sont là des positions dérivant d'un ensemble de conditions légales que les tribunaux ont bien le droit d'apprécier chacun à sa manière; mais comment est-il possible, même en appelant à son secours toute la subtilité des principes les plus délicats du droit, de réputer un individu issu de deux femmes à la fois? Ici l'on se heurtera toujours contre l'impossibilité du fait. — Toutefois, disions-nous, la décision n'est pas conforme aux principes du droit; parce que si le réclamant s'est mis dans l'impossibilité de faire déclarer une filiation différente, c'est toujours par un fait uniquement relatif à la personne contre laquelle il a plaidé, et la chose jugée n'a pas d'effet contre les tiers. D'ailleurs, modifions l'espèce : supposons que la première reconnaissance, au lieu d'être judiciaire et

(52) Metz, 29 avril 1817 (*Journ. du Pal.*, 3^e édit., t. XLIX, p. 172).

(53) *Dev.*, 1, 1, 201.

On peut citer d'autres arrêts qui repoussent manifestement la doctrine du

légitime contradicteur; entre autres : Cass., 9 mai 1821 (*Dev.*, 6, 1, 428), et Montpellier, 24 juin 1822 (*Dev.*, 7, 11, 42), même affaire.

forcée, ait été purement volontaire, que le demandeur ait infructueusement usé de l'art. 339 pour la faire tomber, et qu'en désespoir de cause, il ait cherché à se procurer directement, au moyen d'une demande contre sa véritable mère, la preuve négative qu'il ne pouvait administrer; que devient alors la doctrine de la Cour de cassation? et trouvera-t-elle ici un moyen capable d'anéantir les effets de la première reconnaissance, sous prétexte que la recherche judiciaire aurait démontré la véritable maternité? — Nous n'en trouvons aucun, pour notre compte; l'expédient proposé par Merlin (54) et qui consiste à s'en tenir à celui des deux actes conforme à la possession d'état du réclamant, n'en est véritablement pas un: car l'art. 322, en prohibant toute démarche qui aurait pour but de contredire le titre uni à la possession d'état, n'a en vue que l'acte de naissance, dont la force probante est évidemment plus considérable et plus générale que celle d'un jugement et même d'un acte de reconnaissance, contre lesquels la loi ouvre toute sorte de recours.

On le voit donc, à toutes les solutions on peut répondre le texte de la loi à la main; mais il nous semble que les tribunaux ont un moyen parfaitement licite de sauver l'honneur des principes: en obligeant, en pareilles circonstances, le demandeur, ou même, à son défaut, en ordonnant d'office de mettre en cause toutes les parties intéressées, suivant l'art. 856 du Code de procédure; c'est un moyen facile de diminuer l'inconvénient de la multiplicité des procès, inconvénient qui, après tout et quoi qu'on dise, est plus imaginaire que réel: attendu qu'il est peu à craindre, qu'on se hasarde à faire juger derechef un point déjà décidé, et qui jouit toujours d'une autorité morale, sinon légale; après une ou deux contestations, il se formera d'ailleurs une sorte de *jurisprudence* sur la question, qui écartera d'elle-même toute prétention tendant à la méconnaître.

3. Des contestations d'état. — Comme nous l'avons déjà dit, la théorie du légitime contradicteur n'a jamais reçu ici aucune application, au moins en ce qui concerne l'action en désaveu, parce que c'est au père seul et à ses héritiers que cette action est ouverte, et qu'il en résulte nécessairement que la chose jugée avec

(54) *Rép.*, v^o Question d'état, § 3, art. 1, n^o 10.

eux l'est pour tout le monde. On peut même dire que ces personnes sont les légitimes contradicteurs désignés par la loi pour représenter ici la société entière. Quant aux *contestations d'état* *SENSU STRICTO*, à celles qui sont organisées au profit de toutes personnes contre une filiation naturelle, et même contre une filiation légitime qui ne peut s'abriter derrière la maxime *pater is est...*, ou sous la double égide du titre de naissance et de la possession d'état conformes (55), il n'y a aucun doute sur l'impossibilité de trouver quelque part un légitime contradicteur : chacun plaide ici pour soi, et le jugement rendu au profit de l'un n'a aucune valeur à l'égard des autres.

La même chose arrive lorsque l'action en désaveu est intentée contre l'enfant par un des héritiers du mari, dans les cas où elle leur serait ouverte : l'issue de la contestation reste sans aucune influence sur les droits des cohéritiers. Cette proposition est certaine ; elle le serait encore, si la contestation s'élevait entre les héritiers de l'enfant et le mari, ou entre les héritiers de ces derniers. Et ce n'est point là rendre un hommage au principe chimérique de l'indivisibilité de la chose jugée, ni à celui du légitime contradicteur qui y a été puisé : c'est simplement reconnaître une conséquence des règles générales sur l'exercice de l'action en désaveu et sur la représentation légale en matière de procédure.

Mais les difficultés commencent à surgir, lorsqu'il s'agit d'estimer les conséquences que le jugement devrait avoir à l'égard de ceux que la loi n'appelle jamais à exercer l'action en désaveu : par exemple des parents paternels et maternels autres que les héritiers du mari ; on pourrait sans doute leur dire que cette exclusion de la loi équivaut pour eux à une représentation dans les instances relatives au désaveu. Mais comment faire si ces instances ont abouti chacune à des jugements respectivement contradictoires ? Nouvel embarras, aussi grand que dans les espèces que nous citons plus haut. On serait peut-être tenté de laisser, en pareil cas, le choix aux tiers de prendre celle des deux décisions qui leur convient le plus ; mais voici alors ce que pourrait certainement leur répliquer l'enfant : « La présomption de l'art. 312 du Code Napoléon existe encore pour moi ; car, si l'un des jugements

(55) C. Nap., art. 315 et 322.

l'a rejetée, l'autre l'a confirmée : sans doute elle ne jouit plus de la même autorité ; mais enfin cette autorité n'est qu'entamée ; je suis né au sein de la famille, et l'on n'a pas réussi à m'en expulser complètement. S'il n'y a pas plus de raisons pour s'attacher à l'un des jugements qu'à l'autre, les choses doivent au moins rester entières : j'ai la possession d'état d'enfant légitime, et je dois la conserver. Le cohéritier, d'ailleurs, qui, pouvant figurer personnellement dans l'instance, s'en est abstenu, ne saurait se prévaloir d'aucun des deux jugements ; que venez-vous donc invoquer, vous, qui n'avez pas même le droit d'intervenir ? Et si la présomption me protège contre les premiers, *a fortiori* me protégera-t-elle contre vous ; en vous permettant de n'en tenir aucun compte, on ne ferait que vous accorder l'action en désaveu que la loi vous a refusée. » Cette argumentation est péremptoire ; et d'ailleurs elle ne tend pas à léser les droits acquis : au contraire, elle maintient ceux de l'enfant, *favore legitimitatis*, de même que les Romains, dans le doute, décidaient *favore libertatis*.

III. DE LA CHOSE JUGÉE RELATIVEMENT A LA QUALITÉ D'HÉRITIER.

— Nous arrivons ici à la seconde dérogation que quelques personnes ont cru trouver aux effets relatifs de la chose jugée : il s'agit de savoir si la qualité d'héritier pur et simple ou bénéficiaire, si celle de successible acceptant ou renonçant, attribuées ou reconnues par un jugement, sont opposables aux tiers qui n'ont pas figuré dans l'instance ou peuvent être invoquées par eux. C'est l'art. 800 qui seul statue sur cette matière, encore est-il loin de généraliser autant la question ; voici ses termes : « L'héritier conserve néanmoins, après l'expiration des délais accordés par l'art. 793, même de ceux donnés par le juge, conformément à l'art. 793, la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple. »

La controverse n'a pas porté sur tous ces points ; mais elle n'en est pas moins vive ; d'autant plus qu'on ne s'accorde pas sur l'hypothèse que le législateur a eue en vue dans cet article : ainsi entend-il prévoir le cas où l'individu est héritier, parce qu'il a, par quelque acte antérieur, accepté la succession ? ou du cas où le

créancier, s'adressant au successible, réclame le paiement de ce qui lui est dû ? Qu'est-ce ensuite que ce jugement *passé en force de chose jugée* ? est-ce un jugement par défaut qui n'est plus susceptible d'opposition ni d'appel ; ou est-ce un jugement contradictoire en dernier ressort qui a par lui-même cette autorité de la chose jugée ? Enfin, l'article statue-t-il sur le droit de renoncer ou simplement sur celui d'accepter bénéficiairement, et prétend-il appliquer le principe de l'art. 1351 ou y introduire une exception ? Toutes ces questions sont plus ou moins incertaines, et l'histoire de la confection de l'article pourra certainement éclairer un peu le dédale de ces difficultés ; nous l'exposerons d'autant plus volontiers que chaque système y a cherché des arguments. Voyons donc les fruits qu'on peut en tirer.

Déjà une circonstance qui ne manque pas d'importance, est que l'ancien droit appliquait sans hésiter, à notre matière, la règle que la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties ; c'est ce qui résulte entre autres du témoignage même de Pothier, qui nous présente partout l'héritier condamné en cette qualité envers un créancier, comme pouvant encore renoncer valablement à l'égard des tiers (56). Sa doctrine a, d'ailleurs, été adoptée par plusieurs arrêts (57).

Arrivons aux travaux du Code. Dans le projet Jacqueminot, au chapitre *De l'acceptation et de la renonciation*, sect. 1^{re}, on lisait un article ainsi conçu :

« Art. 87. — Celui contre lequel un créancier de la succession a obtenu jugement contradictoire passé en force de chose jugée qui le condamne comme héritier, est réputé avoir accepté la succession. Si le jugement passé en force de chose jugée n'a été rendu que par défaut, la condamnation obtenue par un créancier seul ne profitera point aux autres ;
et plus loin, dans la section III :

« Art. 101. — Quoique les délais soient expirés, l'héritier conserve la faculté de faire inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, pourvu qu'il n'ait pas fait acte d'héritier, ou qu'il ne soit

(56) *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. XVII, n^o 70 ; *Traité des successions*, ch. III, sect. V.

(57) Arr. des 23 septembre 1721, 27 mars 1740 et 19 décembre 1761.

« pas intervenu de jugement contradictoire et passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple. »

Ce texte devint plus tard l'art. 800, sauf le mot *contradictoire*, qui fut supprimé, ainsi qu'un membre de phrase entier d'abord ajouté, dans le projet du Conseil d'État, sur la demande du Tribunal de cassation. Cette phrase portait : « Mais cette faculté ne s'étend pas au delà d'une année à compter du jour de l'expiration des délais : l'héritier ne peut ensuite qu'accepter purement et simplement ou renoncer. »

Sur les observations du même Tribunal et de plusieurs Tribunaux d'appel, le premier de ces deux articles, l'art. 87, qui, dans l'ordre de rédaction, devait prendre place à peu près à la suite de l'art. 780 actuel, fut retranché et remplacé par une autre disposition portant le n° 67 du nouveau projet, et conçue dans le sens de l'application ordinaire des principes de la chose jugée; comme on peut s'en assurer par l'inspection de son texte, ainsi rédigé :

« Art. 67. — Celui contre lequel un créancier de la succession a obtenu un jugement même contradictoire, passé en force de chose jugée, qui le condamne comme héritier, n'est réputé héritier en vertu de ce jugement qu'à l'égard seulement du créancier qui l'a obtenu. »

A propos de cet article, une discussion assez confuse s'éleva au sein du Conseil d'État. MM. Boulay et Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, s'appuyant sur la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier, et M. Bigot-Préameneu sur l'inconvénient pratique qu'il y aurait à faire juger plusieurs fois la même question, opinèrent en faveur d'un effet absolu à accorder à la chose jugée; M. Malleville ajoutait encore que le jugement déclarant héritier ne saurait avoir moins de force qu'un véritable acte d'héritier. A ces objections, MM. Treilhard et Berlier répondaient, en se fondant sur l'effet purement relatif attaché aux décisions judiciaires; et le dernier de ces orateurs lut alors l'art. 243 du titre *Des conventions*, qui était le même que l'art. 1351 actuel; le procès-verbal porte ensuite : « L'opinant conclut en faveur de l'article en discussion, et avoue cependant que si l'article qu'il vient de citer passe, comme il y a lieu de l'espérer, celui qu'on discute pourrait

« être supprimé comme inutile, attendu que le principe général recevrait son application de cette espèce, comme de toutes les autres. » M. Réal fit encore une observation dans le même sens, et le rejet de l'article fut voté (58).

Quant à l'art. 88 (104), correspondant à l'art. 800, la discussion qui eut lieu à son égard ne tint aucun compte des principes de la chose jugée, et il n'y fut question que du délai fixe destiné à limiter le droit d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Plusieurs membres du Conseil le trouvèrent trop court, surtout pour l'héritier résidant aux colonies, et l'observation de M. Tronchet, qui combattit le principe d'une limitation quelconque lorsque les choses demeuraient encore entières, fit rejeter la dernière partie de l'article, ajoutée d'abord sur l'observation du Tribunal de cassation (59).

Que peut-on déduire de cet exposé? Le peu de netteté qu'on y trouve sur la chose jugée et sur la nature du débat qu'elle est destinée à trancher, le rend sans doute en général très-peu concluant. Cependant, on pourrait se croire autorisé à en inférer ceci : c'est que le successible condamné en qualité d'héritier pur et simple, par un jugement passé en force de chose jugée, ne sera pas pour cela privé d'une manière absolue du droit de renoncer ou d'accepter bénéficiairement, quoique l'opinion contraire, soutenue par MM. Merlin, Carré (60) et plusieurs autres, ait été aussi défendue au Conseil d'État lui-même; et s'il ne ressort pas péremptoirement de la discussion, que l'intention positive de déférer aux observations faites en ce sens y fût prépondérante, il est cependant constant qu'on a voulu s'attacher à ce qui serait statué plus tard au titre des *Conventions*, c'est-à-dire à l'art. 1351, qui seul pose les bases de la matière.

La plupart des arguments que l'on a invoqués dans l'opinion opposée sont ceux qui ont figuré dans toutes les controverses de ce genre. Nous ne devons, par conséquent, pas nous arrêter sur la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier, qui conduit à compromettre tous les créanciers d'une succession par la faute

(58) *Loché, Législat.*, t. X, 2^e part., comm. III, nos 13 à 15.

(59) *Loché, op. cit.*, comm. IV, n^o 3.

(60) Merlin, *Rép.*, v^o Succession, sect. I, § 5, n^o 4, et *Quest.*, v^o Héritier, § 8; Carré, *Proc. civ.*, t. I, p. 474, n^o 763.

d'un seul; ni sur l'inconvénient pratique de décisions opposées, encore bien moindre que celui qui résulterait, pour l'habile à succéder, de la plus modique condamnation qu'il aurait pu laisser prononcer contre lui par négligence ou incapacité, et qui déciderait pourtant à jamais de sa qualité : toutes choses que nous avons dites et répétées bien souvent. On dit bien encore que le jugement est un acte d'héritier et qu'il doit avoir le même effet que ce dernier : mais cette assimilation par analogie, est ici tout aussi abusive que partout ailleurs où on l'a essayée; parce qu'il y a dans un cas la volonté qui manque à l'autre, et qu'on ne saurait non plus la suppléer par cette fiction du contrat judiciaire, espèce de panacée à laquelle on a toujours recours quand on est à bout d'arguments : car ce contrat n'a qu'un effet, celui d'obliger les parties à se soumettre à la décision du tribunal, et ce n'est pas la méconnaître, que de lui refuser des effets plus étendus que ceux qu'elle ne doit avoir. L'art. 800 semble, il est vrai, mettre sur la même ligne le jugement et l'acte d'héritier ; mais il n'y a rien là d'assez formel pour entraîner une pareille dérogation, et les discussions qui se sont élevées, n'ont porté que sur les art. 87 et 67, retranchés du projet, jamais sur l'art. 88 qui n'a été que le germe modifié de l'art. 800.

Mais alors, pourrait-on nous répliquer, cet art. 800 n'est plus qu'une superfétation, une reproduction plus dangereuse qu'utile de l'art. 1351. Cette objection a effrayé beaucoup d'auteurs, qui se sont dit qu'il y aurait peut-être des distinctions à faire; et on en a fait : de là les nombreuses théories qui ont rendu l'étude de cette question des plus laborieuses. Aussi les exposer toutes serait fastidieux, et nous entraînerait bien au delà du cadre de ce travail : nous nous contenterons donc d'en retracer les principales aussi succinctement que possible.

Suivant les uns (61), il faudrait distinguer entre les jugements contradictoires en dernier ressort, et les jugements par défaut ou en premier ressort qui ont acquis l'autorité de la chose jugée par l'expiration des délais ouverts à leur réformation. Cette doctrine, qui ne heurte pas trop de front les principes de la chose jugée, présente un grand inconvénient : c'est d'admettre l'effet absolu des

(61) Entre autres : MM. Bognet et Marcadé (sur l'art. 800, n° II).

jugements, dans les cas que précisément les rédacteurs du Code voulaient soustraire à cette influence; il y eût eu là un danger encore beaucoup plus grave, à l'époque de la confection de nos Codes, où tous les délais d'opposition quelconque étaient de huitaine seulement, même pour les défauts faute de comparaître. Ainsi le faisait très-bien remarquer M. Émery, quand il disait, en plein Conseil d'État (62) : « Les jugements par défaut.... sont
« souvent obtenus à l'insu de ceux qu'ils frappent :... les déboutés
« d'opposition s'obtiennent d'une manière aussi cachée que les jugements par défaut; et quand on considère que la négligence d'un
« avoué ou d'un domestique peut compromettre la fortune d'un citoyen, on est disposé à donner moins d'importance à ces sortes
« de condamnations. »

M. Mourlon (63) a proposé un autre système, d'après lequel il n'y aurait d'effet absolu pour la chose jugée, qu'au cas où la question débattue se résoudrait en une prétention d'un droit contre la succession, et que le successible n'aurait été condamné que faute d'avoir pris qualité : parce que, suivant l'auteur, l'héritier qui est venu défendre en justice les intérêts de la succession, fait acte d'héritier. Mais alors on ne verrait pas pourquoi l'art. 800 exigerait, pour qu'il y ait acceptation, que le jugement fût passé en force de chose jugée : le même résultat étant atteint avant même qu'il soit intervenu aucun jugement; à moins qu'on ne voulût, pour expliquer l'article, prétendre que l'acte d'héritier serait subordonné à l'issue du procès : ce qui nous paraît peu juridique.

C'est sur un autre terrain que l'un des rédacteurs du Code, M. de Malleville (64), a cherché la solution : en soutenant que le jugement qui a acquis force de chose jugée, laisse l'héritier libre de renoncer, et ne pose des bornes à l'étendue de ses droits qu'en ce qui concerne la faculté d'accepter, dont l'héritier serait ainsi déchu d'une manière absolue envers et contre tous. L'éminent jurisconsulte ne paraît pas avoir recueilli beaucoup d'adhésions parmi les auteurs; mais sa pensée a été le germe d'une nouvelle théorie, qu'un honorable professeur de la faculté de Paris a déve-

(62) Locré, *op. cit.*, comm. III, n° 11.

(63) *Répétitions sur le 2^e examen du C. Nap.*, p. 114.

(64) *Analyse de la discussion du Code*, t. II, p. 270.

loppée avec beaucoup de talent dans une Revue scientifique (65), en combinant le système précédent avec des distinctions proposées par d'autres personnes. Suivant M. Valette, l'héritier mis en demeure de prendre parti, par la demande qu'a formée contre lui un créancier de la succession, ne peut plus, en aucun cas, accepter bénéficiairement, du moment que le jugement est passé en force de chose jugée : de sorte que la décision judiciaire constituerait une limite infranchissable à l'exercice du droit d'acceptation bénéficiaire, dans l'intérêt de tous les créanciers héréditaires sans exception, tout en conservant intacte à l'héritier la faculté de renoncer; et par là se trouve écarté l'inconvénient de la doctrine qui considère le successible comme devenu définitivement héritier pur et simple. Quant à l'application du principe de la chose jugée, M. Valette la repousse également, en soutenant que l'art. 800 ne vise pas le cas où l'existence de la qualité d'héritier fait l'objet principal et direct du débat, mais seulement celui où elle serait attribuée incidemment.

Malgré les efforts que fait le savant professeur pour se défendre d'avoir faussé les principes de la chose jugée, il reste toujours cette conséquence à laquelle il ne peut échapper : c'est que la limite au droit d'acceptation fixée par le jugement de condamnation, au lieu de l'être par un délai invariable d'un an, comme l'avait inutilement demandé le Tribunal de cassation, que cette limite, disons-nous, est jugée avec un seul créancier et se trouve, en dépit de l'autorité restreinte de la chose jugée, opposable à tous les autres. Sans doute et à la rigueur, on peut dire que ce n'est pas la qualité d'héritier bénéficiaire qui a fait l'objet du jugement; mais la simple question de limitation de la faculté d'accepter : mais le principe de l'art. 1351 est-il donc restreint aux seuls jugements portant sur les qualités des parties?.... Puis, d'où vient cette distinction entre la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire et celle de renoncer, quand la loi elle-même ne renferme rien qui puisse lui servir de base? Le siège de la discussion à cet égard, n'est point dans l'art. 800 actuel, mais dans la disposition supprimée de son texte primitif; le Tribunal de cassation avait voulu par là créer un délai fixe, et son but n'eût plus été atteint, si la durée en dé-

(65) *Revue étrang. et franç.*, t. IX, p. 251 et suiv.

pendait du premier jugement qu'on obtiendrait contre le successeur. Cet alinéa que M. Valette entreprend de faire revivre, réservait une option entre l'acceptation pure et simple et la renonciation, après la déchéance encourue par l'héritier, par l'expiration du délai d'une année, et non par la condamnation prononcée contre lui : ce qui serait impossible ; car le successeur, en faisant acte d'héritier pur et simple ou en laissant déclarer cette qualité contre lui, ne saurait pas plus se réserver la faculté de renoncer que celle d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Aussi les derniers mots du membre de phrase supprimé : *l'héritier ne peut ensuite qu'accepter purement et simplement ou renoncer*, que l'on a bien gratuitement voulu faire rapporter au cas de condamnation, ont disparu avec la disposition relative au délai d'un an, avec laquelle ils avaient été introduits ; et il ne nous semble pas permis d'aller chercher, dans l'histoire, de base propre à élever un système, qui ne trouve plus aucun appui dans le texte tels que les derniers travaux législatifs nous l'ont transmis. L'innovation de M. Valette ne nous paraît donc pas heureuse.

Le meilleur système est encore celui de l'art. 1351, qu'il n'y a jamais aucun danger d'appliquer sans restriction ; c'est d'ailleurs celui de la jurisprudence et de la majorité des auteurs (66). L'argumentation à laquelle nous venons de nous livrer, tant sur toutes les transformations que l'art. 800 a subies, que sur la discussion qu'il a soulevée, prouve bien qu'il n'y a aucune arme assez puissante à en tirer, pour écarter cette manière de voir ; et alors cet article devra s'entendre en ce sens que le successeur qui, faute de s'être conformé aux prescriptions des art. 793 et 794 du C. Nap., avant l'expiration des délais fixés par l'art. 795, a été condamné comme héritier pur et simple, par un jugement devenu définitif, est déchu de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire : et cela seulement à l'égard du créancier qui a obtenu ce jugement.

Mais alors, dira-t-on, à quoi servira donc cet article, s'il ne

(66) En ce sens : Chabot, *Des success.*, sur l'art. 800, n° 3 ; Pigeau, *Proc. civ.*, t. I, p. 169 ; Duranton, VII, 25 ; Aubry et Rau, § 612, texte, et notes 24 et 30, § 613, texte, et note 50 ; Ducourroy, Cozart et Rous-

sin, *Comm. du C. civ.*, sur l'art. 800. En sens contraire : Billard, *Du bénéf. d'inv.*, n° 124 ; Vazeille, *Des success.*, sur l'art. 800, n° 2, etc. Voy. les auteurs cités plus haut au texte.

fait que proclamer le principe général énoncé en l'art. 1351; et n'est-il pas une superfétation plus dangereuse que réellement utile? — Point du tout; il servira à empêcher le successeur qui était encore dans les délais légaux pour profiter du bénéfice d'inventaire, de ne tenir aucun compte de la condamnation, laquelle n'a porté que sur l'acceptation pure et simple et nullement sur l'acceptation bénéficiaire; de sorte que l'héritier, sans cette disposition, se serait cru encore le droit d'exercer cette même faculté. Au reste, cet article fût-il inutile, que sa présence serait encore très-explicable, comme l'est aussi celle de l'art. 791, dont le rapprochement avec l'art. 1167 a également donné lieu aux plus grandes controverses doctrinales.

En jurisprudence, la difficulté se présente le plus ordinairement comme accessoire de la question du dernier ressort, dans des hypothèses où la contestation sur l'existence de la qualité d'héritier est invoquée comme moyen de défense, contre des demandes de la part de créanciers, dont les prétentions sont inférieures en chiffre au taux du dernier ressort, pour les tribunaux de première instance; et la question de savoir si les décisions de ces tribunaux sont susceptibles d'appel, dépend de l'interprétation que l'on donnera à l'art. 800: puisque, si la décision attaquée ne devait produire d'effet qu'à l'égard du créancier poursuivant, le tribunal pourrait souvent statuer en dernier ressort, tandis qu'il ne le pourrait jamais dans le cas contraire, en raison de l'indétermination du chiffre total des créances. Eh bien! la Cour de cassation, avec la majorité des autres tribunaux, a toujours décidé dans le sens des effets restreints de la chose jugée (67), et un petit nombre d'entre eux se sont hasardés dans une voie opposée (68); cette grande unanimité est certainement bien significative.

— Ceci étant dit, il sera maintenant sans difficulté d'admettre,

(67) Cass., 21 mars 1812 (Der., 4, 1, 61); Cass., 9 mars 1824 (Der., 7, 1, 409). Poitiers, 28 juillet 1826 (Der., 8, II, 269); Montpellier, 4^{re} juillet 1828 (Der., 9, II, 106), et 11 novembre 1835 (Der., 1837, II, 17); Limoges, 16 juin 1838 (Der., 1838, II, 525); Toulouse, 4^{re} avril 1844 (Der., 1845, II, 199); Bordeaux, 12

novembre 1844 (Der., 1845, II, 462); Toulouse, 11 mars 1852 (Der., 1852, II, 491); Montpellier, 10 juillet 1853 (Der., 1853, II, 478).

(68) Rouen, 26 prairial an XIII (Der., 2, II, 63); Riom, 10 janvier 1820 (Der., 6, II, 182), et 18 avril 1825 (Der., 8, II, 63); Paris, 21 avril 1842 (Der., 1842, II, 215).

qu'en ce qui concerne la faculté de renoncer, le jugement qui a condamné le successible en qualité d'héritier, lui maintient cette faculté vis-à-vis des tiers : l'art. 67 supprimé du projet décidait formellement la question, comme on sait ; et il ne fut rejeté que sur l'observation de M. Berlier, qui n'eut pas de peine à en démontrer la complète inutilité, en regard de la disposition de l'art. 1351. Beaucoup d'entre les auteurs, d'ailleurs, qui ne professent pas sur l'art. 800 la théorie que nous avons proposée, ne font aucune difficulté d'accepter ici l'autorité restreinte de la chose jugée. Réciproquement aussi, le jugement qui a condamné un successible en qualité de renonçant, ne l'empêche pas d'être réputé acceptant à l'égard des tiers, si d'ailleurs il trouve ici intérêt à se prévaloir de cette autre position.

Enfin, on aura d'avance compris que, pour nous, pareille solution devra encore être donnée à toutes les espèces où le successible aura pris une qualité dans le jugement rendu entre lui et des créanciers ou autres personnes, soit à celles où un tiers aura fait déclarer cette qualité contre lui, et nonobstant sa résistance : le tout par application des principes ordinaires de la chose jugée qui, dans cette matière, ne doit pas subir plus d'atteinte que dans aucune autre.

APPENDICE,

§ 1^{er}. De l'influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile.

I. NOTIONS HISTORIQUES. — Les questions qui jaillissent aujourd'hui des rapports entre l'action civile et l'action publique, ont peu attiré l'attention des législateurs et des criminalistes d'autrefois; parce qu'elles sont nées d'un nouvel ordre de choses, qui intéresse directement la société entière à la répression pénale, et qui attribue à des autorités essentiellement différentes la connaissance des affaires civiles et celle des affaires criminelles. Ainsi à Rome, où chaque citoyen avait le droit d'exercer les actions populaires (1), soit que la distinction entre les deux ordres de juridiction n'eût jamais été nettement formulée, soit que la répression du délit ne consistât qu'en des réparations civiles, il était difficile que ces questions se présentassent jamais : tout ce que les lois romaines nous apprennent à cet égard, c'est que l'accusateur résu-
mait en sa personne la société entière, et que ce qui était jugé avec lui, l'était irrévocablement pour tout le monde (2).

Notre ancienne jurisprudence qui avait laissé s'établir un si grand nombre de juridictions, n'avait pas non plus tracé, quant aux juridictions ordinaires et de droit commun, de démarcation entre le civil et le criminel. Certains tribunaux exceptionnels pourtant connaissaient seuls et d'une manière exclusive des délits commis dans les matières spéciales, et c'est à propos de ceux-là que nous trouvons, dans les auteurs de l'époque, quelques principes sur la séparation des deux actions. Ainsi Jousse (3) enseigne

(1) § 1, Inst. De popul. act.; L. 43, § 10, D. De ritu nupt; L. 30, § 1, D. De lege Cornel. de fals.; Con-1., 30, C. De lege Jul. de adult.
(2) L. 3, pr., D. De popul. act.; L. 45, § 1, D. De procurat.; L. 30, § 3, D. De jurejur.; L. 3, § 13, D. De lib. hom. exhib.
(3) Traité de la jurisprud. crim., 3^e part., liv. III, tit. I, n^{os} 72 et 73.

que la même partie est admise à faire prononcer, devant deux juges différents, deux condamnations relatives au même délit : l'une, pour la réparation publique, l'autre, pour les dommages et intérêts, lesquels restent alors tout-à-fait indépendants de la première condamnation; mais il est remarquable qu'il ne présente cette règle que pour les cas où le délit était à la fois de la compétence des juridictions ordinaires et extraordinaires; car, nous le répétons, lorsqu'il n'y avait qu'une compétence ordinaire, l'action civile, comme l'action publique, rentrait dans la connaissance des mêmes juges. Bien plus; la faculté de *civiliser* les procès criminels, comme on disait alors (c'est-à-dire de convertir un procès criminel en procès civil, toutes les fois que le fait incriminé n'était passible ni de peines corporelles ni de peines infamantes), s'opposait naturellement à toute séparation de ce genre; et même les auteurs de l'époque nous apprennent que la partie plaignante qui, pour obtenir la réparation du tort causé par un délit, avait d'abord choisi la voie criminelle, ne pouvait plus ultérieurement prendre la voie civile, si la première action avait été rejetée, sans que les juges eussent voulu civiliser le procès ou réserver cette voie à la partie plaignante. Du reste, jamais les preuves acquises dans un procès civil, ni même l'aveu fait par l'inculpé dans ce procès, ne pouvaient faire foi dans une instance criminelle : règle qui concordait parfaitement avec les principes d'alors; puisque les deux procès, pour être jugés séparément, ne devaient présenter aucune condition d'identité (5).

Les nouvelles institutions judiciaires de 1789, en séparant les pouvoirs, ont aussi eu pour conséquence d'obliger à s'occuper avec plus de soin des règles qui devaient présider aux rapports fréquents des deux autorités; néanmoins la législation ne s'est pas beaucoup inquiétée de la source de conflits qu'elle venait d'ouvrir : de là, des controverses sans fin, qui se sont perpétuées jusqu'à l'époque contemporaine. Nous nous proposons d'étudier, dans ce qui va suivre, quelques-unes de ces grandes questions; principalement celles qui ont trait à l'effet des jugements criminels sur

(4) Mornac, sur la loi 9, D. *De trib. act.*; Jousse, sur l'art. 2 du tit. XVIII de l'ordonn. de 1667, observ. 4.

(5) Julius Clarus, *Sentent.*, liv. V, § ult., quest. 54; Mascardus, *De probat.*, l. I, concl. 34.

les matières dont la juridiction civile est encore appelée à s'occuper plus tard, et qui sont dans une connexité plus ou moins intime avec la série des points de droit et de fait ayant servi de base à la condamnation pénale.

II. PRINCIPES GÉNÉRAUX ET CONTROVERSES. — Il est positif que l'action publique est préjudicielle à l'action civile : en ce sens qu'elle doit avoir influence sur celle-ci, lorsque le fait générateur de l'action civile est qualifié crime ou délit par la loi ; toute la difficulté consiste à bien apprécier l'étendue de cette influence ; et on ne peut y arriver qu'en la subordonnant à une foule de distinctions, sur lesquelles il était difficile de s'entendre. En revanche, les deux actions qui, aux termes de l'art. 3 du C. d'instr. crim., peuvent être poursuivies simultanément devant le tribunal de répression, sont pourtant aussi indépendantes l'une de l'autre, quant à leur sort final, que si elles avaient été intentées chacune devant sa juridiction respective ; avec la seule restriction toutefois, que, dans ce dernier cas, l'exercice de l'action civile reste suspendu, jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur le sort de l'autre : le législateur a redouté les préjugés qui auraient pu gêner l'indépendance du juge chargé de punir le délit, et sa plénitude de juridiction est la meilleure garantie de sa liberté d'appréciation (6).

Si le système de notre droit actuel n'a donc pas été de refuser à l'action publique aucun effet sur l'exercice de l'action civile, il ne s'est pas non plus départi de ses principes, lorsqu'il s'est agi de mesurer l'autorité des condamnations pénales sur les intérêts civils ; et en effet, ici l'influence jaillit à chaque page de nos Codes. Ainsi la loi faisait dériver de la condamnation aux peines perpétuelles, la mort civile, avec tout son cortège d'incapacités juridiques ; et aujourd'hui même, qu'une législation plus humaine a repoussé ces fictions barbares et ridicules, les mêmes condamnations afflictives et infamantes emportent encore tantôt l'interdiction légale, tantôt une privation plus ou moins absolue de certains droits civils (7) ; une peine même simplement infamante autorisait

(6) C. d'instr. crim., art. 3, al. 2 et art. 460 ; C. Nap., art. 235 ; C. de pr., art. 240. Voy. pourtant l'art. 250 de ce dernier Code.

(7) C. Nap., art. 221 ; C. pén., art. 29, 31 et 42 ; L. du 31 mai 1854, art. 2 et 3.

autrefois la demande en divorce : elle est encore aujourd'hui un grief de séparation de corps (8). Mais pour arriver à ce résultat, pour accorder en réalité ces effets spontanés à la condamnation, il faut que le coupable ne puisse pas remettre en question cette condamnation devant les juges chargés d'en déduire les conséquences civiles. Et, quelques difficultés que l'on fasse au premier abord, d'accepter l'idée, qu'un point jugé au criminel puisse faire loi pour des rapports purement civils — et qui sont souvent envisagés à un tout autre point de vue que celui d'ajouter à la peine physique des incapacités juridiques, — on ne peut se refuser à reconnaître encore cette vérité, si l'on remarque, entre autres : qu'une procédure criminelle ne puisse servir de preuve à la célébration d'un mariage même à l'égard des tiers (9); que les actes authentiques reconnus faux, en tout ou en partie, sont, sur l'ordre du tribunal ou de la Cour qui a connu du faux, rétablis, rayés ou réformés (10); que la condamnation d'un individu qui a donné ou tenté de donner la mort à son parent, le frappe d'une incapacité de succéder à ce dernier, incapacité que les tribunaux civils ne font que constater, sans pouvoir la restreindre ou l'anéantir (11); enfin, que les objets pris ou dérobés sont restitués au propriétaire en vertu même de l'arrêt qui a condamné le voleur (12), etc. Donc le condamné n'est pas écouté, s'il cherche à discuter de nouveau le jugement qui l'a frappé, pour se faire restituer contre ses conséquences civiles. Ainsi le voulaient l'ordre public, l'intérêt social, qui auraient été froissés, si le juge civil s'était livré à l'examen rétrospectif de tous les éléments de la culpabilité.

En regard de cette foule de textes qui viennent tous à l'appui de cette règle, il convient de placer ceux qui statuent sur les effets des jugements d'acquiescement, émanés aussi de la juridiction criminelle : le résultat de ce rapprochement sera frappant. D'une part, c'est l'art. 235 du Code Napoléon, qui ne fait découler de l'acquiescement prononcé au criminel, au profit de l'époux défen-

(8) C. Nap., art. 232 et 306.

(9) C. Nap., art. 198. Voy. *infra* : n° III, 3.

(10) C. d'instr. crim., art. 463.

Voy. également : n° III, 2.

(11) C. Nap., art. 727-1°.

(12) C. d'instr. crim., art. 366.

deur dans une instance en divorce, aucune fin de non-recevoir contre son conjoint qui réclame une enquête, pour arriver à établir la preuve des faits ayant servi de base à l'action criminelle : disposition d'autant plus remarquable, qu'elle a été rédigée, d'après les instigations du Tribunal de cassation, contrairement à l'art. 27 du projet du Code, qui proposait d'admettre ou de rejeter le divorce, sur la seule représentation de l'arrêt de condamnation ou d'acquiescement de l'époux défendeur; c'est encore l'art. 366 du Code d'instruction criminelle, dont nous citons déjà plus haut une disposition, qui autorise la Cour ou le tribunal à statuer sur la demande en dommages-intérêts, en cas de condamnation comme en cas d'acquiescement; et les art. 202, al. 2, 216, 373, al. 3, et 429, al. 4 du Code d'instruction criminelle, qui ouvrent ou supposent ouvert à la partie civile le droit d'appeler et de se pourvoir en cassation, mais quant aux intérêts civils seulement, et par conséquent partent aussi de l'idée que l'inculpé acquitté peut être condamné sur l'action civile; enfin, c'est encore l'art. 3 du même Code qui, en donnant à la partie civile la faculté de séparer sa poursuite de celle du ministère public, ne serait qu'un leurre pour elle, si l'issue de l'action pénale devait être un titre irréfragable contre ses prétentions.

En résumé, les textes relatifs aux sentences condamnatoires sont tous conçus dans l'idée d'une influence positive sur l'action civile; tandis que ceux qui supposent des jugements ou arrêts d'acquiescement, militent tous en faveur d'une indépendance absolue entre les deux actions.

Cette diversité dans les principes, qui aurait pu, par leur rapprochement, engendrer une théorie très-rationnelle et très-complète sur la matière, a fait le malheur de tous les systèmes qui se sont édifiés sur ces bases; faute par leurs auteurs d'avoir su trouver le fil conducteur qui avait guidé le législateur dans ce labyrinthe de dispositions si peu concordantes en apparence. En effet, de la part des auteurs qui se sont occupés de ces questions, et le nombre en est grand (la diversité des sujets ne les ayant pas empêchés de se rencontrer sur ce terrain), les uns paraissent avoir été uniquement frappés des effets attachés par les textes aux arrêts de condamnation; les autres seulement aux arrêts d'acquiescement. Mais tous

avaient cela de commun entre eux, qu'une fois engagés dans cette voie qui les portait à généraliser le principe par eux choisi de préférence, ils ont cherché des arguments dans l'art. 1351 du Code Napoléon, tour-à-tour invoqué et repoussé, afin de pallier sans doute l'objection qu'on avait pu leur faire au moyen des textes qu'ils négligeaient. Ça a été le point de départ d'une foule d'erreurs et d'hérésies juridiques qui ont fait de cette discussion une des pages les plus confuses de notre droit.

Ainsi, d'un côté, tandis que Merlin (13) s'efforçait d'établir l'existence des trois conditions d'identité, dans le procès civil et dans le procès criminel (*l'identité de parties*, en ce que le ministère public, mandataire de la société entière, devait aussi représenter les parties intéressées; *l'identité d'objet*, en dépit de la différence palpable du but des deux actions, parce que l'action publique est essentiellement préjudicielle à l'action civile; enfin, *l'identité de cause*, puisque le délit commis est la seule et unique base des deux procès) — théorie qui répugne autant à la logique qu'à la nature des choses, et qu'il formulait de cette manière laconique et absolue : *le criminel tient le civil en état*; — Toullier (14), de son côté, cherchait à démontrer que l'absence évidente d'identité, dans les deux premiers éléments au moins, devait faire écarter toute idée d'influence quelconque d'une action sur l'autre.

Or, la vérité n'était ni d'un côté ni de l'autre : en disant que le condamné au criminel ne peut plus remettre en question l'existence du délit et l'imputabilité qui lui a été attribuée, Merlin était certes dans le vrai, en tant qu'il n'exagérait pas les conséquences du principe; mais lorsqu'il entendait justifier cette idée par l'existence des conditions de la chose jugée, telles que les requiert

(13) *Répert.*, *re* Chose jugée, § 15 et *Non bis in idem*, nos 43 et 46; *Quest.*, *re* Faux, § 6. Sa doctrine a été suivie plus ou moins fidèlement par MM. Mangin, *De l'act. publ.*, t. II, nos 413 à 417; Bonnier, *Fr. des preuves*, n° 803; Dalloz, *Jurispr. gén.*, *re* Chose jugée, n° 531; Rodière, *Proc. crim.*, p. 21 à 25;

Demante, *Cours analyt. de C. cir.*, p. 14 et 15, n° 9 bis; Lesellyer, *Dr. crim.*, nos 2492 à 2497; Sourdat, *Respons. cir.*, I, 349 à 369, etc.

(14) VIII, 37, et X, 243 à 259. Ce système a été adopté par MM. Carré et Chauveau, *Proc. cir.*, quest. 913; Boitard, *Dr. crim.*, p. 271 et suiv.; Faustin Hélie, *Instr. crim.*, p. 749 à 750, etc.

l'art. 1351, il ne faisait que fausser le sens et la lettre du texte, et donnait prise facile à la critique de son adversaire. Mais de même, quand celui-ci, fort de l'avantage qu'il remportait sur l'éminent magistrat, prétendait à son tour faire de cette inapplicabilité de l'art. 1351 une loi qui interdit de prendre en considération au civil les jugements criminels les plus respectables, il enseignait une déplorable et dangereuse pratique. Ils s'étaient donc trompés tous deux : le premier avait professé un système vrai dans ses conséquences, mais absurde quant à son point de départ ; et le second, en le blâmant, n'était arrivé qu'à un résultat impossible, quoique déduit d'un principe parfaitement juste.

C'est en se plaçant sur un autre terrain qu'il fallait chercher la vérité ; aussi ne nous arrêterons-nous pas plus longtemps à réfuter les chefs de ces deux écoles : ils se sont réfutés eux-mêmes et péremptoirement. Depuis le temps où cette discussion s'est produite pour la première fois, d'autres idées ont été émises, de nouvelles solutions ont été proposées, qui laissent en dehors tout l'arsenal d'arguments que l'on avait été fouiller si mal à propos. Aux traducteurs de Zachariae et au regrettable Marcadé(15) revient l'honneur de cette théorie, qui a donné un nouvel aspect à la question ; et c'est à elle seule qu'il convient de donner des développements un peu étendus ; parce que c'est dans ses éléments qu'on pourra seule trouver la réponse à toutes les difficultés dont fourmille cette matière.

— Disons tout d'abord qu'il ne peut y avoir aucun embarras et pas de question du tout, lorsque les personnes qui figurent au procès civil, sont aussi celles qui étaient liées au procès criminel comme parties civiles ; car alors il est de toute évidence que les trois conditions d'identité existeraient toujours : puisque la personne lésée est intervenue au criminel, puisqu'elle y a joint son action privée (la seule dont les tribunaux civils eussent pu connaître), et puisque le même fait sert de base aux deux actions.

Mais ce cas, assez fréquent lorsqu'il s'agit d'une demande en dommages et intérêts, laquelle peut être portée devant les tribunaux de répression accessoirement à l'action publique, est loin d'offrir

(15) Aubry et Rau, § précité, n° 2 ; Marcadé, sur l'art. 1351, t.° XV.

la diversité de questions qui seules peuvent amener à un ensemble de règles propres à fonder une théorie. Le jugement sur une action publique peut nécessiter une série de décisions préjudicielles du domaine du droit civil; comme aussi ce jugement peut lui-même servir de base à une foule de solutions intéressant exclusivement la juridiction civile. Il y a donc là un germe de conflits perpétuels entre les deux autorités; et une tendance d'autant plus grande de la part des juges de cette dernière à empiéter sur les attributions des juges répressifs, que le plus souvent les personnes intéressées à la décision n'ont en aucune façon figuré dans l'instance criminelle; de même aussi qu'une tendance semblable les portera volontiers à ne pas tenir compte des questions civiles préjudicielles sur lesquelles s'est basée l'application de la peine; et parce que leur solution fait partie de cette condamnation et qu'elle ne dépend nullement de la présence ou de l'absence des tiers qu'elle pouvait intéresser. Dans ces deux cas, la difficulté de bien délimiter la sphère d'action des pouvoirs reste intacte, et ne peut évidemment se trancher par les principes de l'art. 1351; et l'on se demandera toujours quelle sera l'influence du jugement rendu au criminel quant aux questions civiles dont la solution dépendrait de la sentence pénale, ou quant à celles que le juge répressif a résolues virtuellement ou expressément, et qu'il s'agit d'apprécier devant les tribunaux civils sous le rapport de leurs conséquences civiles.

Ceux des auteurs (16) qui ont suivi la voie ouverte récemment, ou même de plus anciens qui n'ont pas admis les deux théories dans tout leur absolutisme, ont l'habitude de faire ici une distinction qui, sans être inexacte, ne saurait tenir lieu de formule propre à résoudre la variété infinie d'hypothèses dont la matière est susceptible : ils passent successivement en revue les cas où l'issue du procès criminel s'est traduite en condamnation, et celle où il y a eu acquittement; en prétendant que dans le dernier cas seul les tribunaux civils ne seraient pas liés par le jugement émané de la juridiction répressive : de sorte qu'ils ne pourraient

(16) Entre autres : MM. Rolière, (*Dissertation*), 1812, II, 467; Lagrange, *Revue crit.*, t. VIII, p. 31 et suiv., etc.

déclarer non coupable civilement celui qu'un châtimement vient de frapper. Cette opinion se fonde en grande partie sur le rapprochement que nous avons fait déjà plus haut entre plus d'une disposition de nos Codes, et qui sont toutes conçues dans la pensée d'une influence absolue des jugements criminels condamnatoires sur l'action civile; elle peut invoquer aussi les idées de M. Locré, qui s'exprimait de la manière suivante sur l'un de ces cas auxquels nous faisons allusion, celui où les faits qui servent de base à une demande en divorce, ont donné lieu à une poursuite criminelle : « L'art. 235 conserve au jugement criminel, lorsqu'il condamne, la force de préjuger les questions de fait, et alors l'office du juge se réduit à examiner si le fait dont l'existence ne peut être contestée, est une cause suffisante de divorce. Mais lorsque le jugement criminel absout l'accusé, il cesse d'être préjudiciel » (17).

Nous sommes loin de nier la justesse de ces appréciations, et, comme on l'a fait très-bien remarquer au Conseil d'État, lors de la discussion de l'art. 235, il peut très-bien y avoir assez de faits pour prononcer le divorce, sans qu'il y en ait assez pour prononcer une peine. Cette observation prouve seulement que la question est toute spéciale, et ne saurait résoudre à elle seule toutes les difficultés de cette nature; car, s'il est constant qu'on ne peut pas toujours aller chercher dans l'arrêt qui innocente un bouclier pour se défendre, croit-on que l'arrêt qui condamne sera toujours une arme pour attaquer, et que les juges civils soient toujours et dans tous actes de leur judicature, forcés de s'incliner devant un jugement de condamnation, en acceptant toutes les conséquences civiles qu'il pourra produire? Cela nous semble difficile, et le préjugé que l'on peut trouver dans le jugement de condamnation doit s'arrêter, en général, en deçà de certaines limites, toutes les fois qu'il s'agit d'examiner les résultats matériels et pécuniaires qu'il pourra avoir à l'égard des parties.

Il est, du reste, à remarquer que la distinction précédente n'a jamais été proposée ni appliquée que dans des espèces où l'action civile ne visait qu'à l'obtention de dommages et intérêts, en rai-

(17) Esprit du C. Nap., t. IV, p. 268.

son d'un délit reconnu et puni par les tribunaux de répression; et, dans cette limite, le principe que l'on formule est parfaitement juste. Aussi, de ce que la culpabilité du prévenu n'a pas été reconnue, devant la juridiction criminelle, suffisante pour motiver l'application de la peine, il ne s'ensuivrait pas qu'elle ne fût pas suffisante pour faire allouer des dommages et intérêts à la partie lésée; mais réciproquement, la culpabilité, une fois admise au criminel, sera, en général, une cause légitime d'action civile en réparation du dommage causé; parce que la responsabilité est infiniment plus large au point de vue du droit civil, qu'à celui du droit pénal. Et c'est cette règle qu'on applique encore lorsqu'on dit, qu'il n'y a de délit punissable que celui pour lequel une peine est formellement édictée par la loi; tandis que l'obligation de réparer le dommage est générale, et frappe toute personne qui a agi hors des limites du droit. Encore est-on obligé de convenir que fort souvent la loi pénale incrimine des actes qui ne font que menacer l'exercice de certains droits; à telle enseigne qu'il serait impossible d'en faire la base d'une action civile en réparation d'un dommage matériel ou moral qui resterait purement éventuel: c'est ce qui arrive pour les tentatives de délit (18), et sous ce rapport la distinction entre les jugements d'acquittalment et de condamnation, ajoutons d'absolution, n'a pas plus d'intérêt que s'il s'agissait d'apprécier leur influence respective sur toute autre question de droit civil.

Ainsi, on a eu tort de s'attacher à cette distinction pour résoudre les difficultés de la matière: que le jugement condamne, qu'il absolve ou qu'il acquitte, ce n'est point là ce qu'il faut considérer; il faut savoir pourquoi et en quoi il condamne, il absout, il acquitte; il faut rechercher ce qui est réellement et compétemment jugé par la juridiction répressive, et ce qui n'est pas jugé par elle. Or, cette juridiction est souveraine pour proclamer:

- 1° L'existence matérielle du fait punissable;
- 2° La circonstance que l'inculpé en est ou n'en est pas l'auteur; enfin
- 3° L'applicabilité de la loi pénale.

(18) C. pén., art. 2 et 3.

Voilà trois points qui ne pourront jamais être remis en question par les tribunaux civils : les deux premiers, qui ne sont que des éléments de fait, parce que le tribunal criminel était saisi le premier et exclusivement à la juridiction civile, et qu'il serait impossible de permettre à celle-ci de déclarer faux un fait matériel que l'autre aurait reconnu constant, et *vice versa*; et le dernier élément, parce que le tribunal civil est incompétent *ratione materie* pour le juger.

Mais il est clair que l'imputabilité, d'après ce qui en a été dit, est une matière à part, qui, au civil, ne pourra jamais être considérée comme préjudicielle, précisément parce que ses gradations et nuances sont de nature à être diversement appréciées par les deux ordres de juridiction. Il est étonnant que Marcadé ne soit pas resté fidèle à ces principes, et ait méconnu si gravement ces distinctions; quand, pour expliquer l'influence de l'action publique, il dit entre autres, à titre d'exemple, que « si le tribunal criminel, en reconnaissant que le fait existe et que Pierre en est l'auteur, a déclaré qu'il ne lui est pas imputable et qu'il n'y a pas culpabilité, on ne pourra pas prétendre établir contre lui cette même culpabilité, devant la juridiction civile. ... » (19). Et pourquoi ne le pourrait-on pas, puisque le tribunal de répression s'est borné à juger l'imputabilité, la culpabilité au point de vue de la loi pénale et comme délit de droit criminel; puisque le point que le condamné invoque devant la juridiction civile comme jugé par le tribunal criminel, n'est pas précisément celui que ce tribunal a décidé, ainsi que le reconnaît notre adversaire lui-même? Et n'est-ce pas admettre par là comme nous que l'imputabilité pénale se règle d'après d'autres principes que l'imputabilité civile?

Nous venons de critiquer une opinion qui tendait à refuser aux tribunaux civils la connaissance de l'imputabilité; en voici une qui voudrait, au contraire, enlever à la déclaration matérielle du fait incriminé, le caractère de préjudice, par rapport aux décisions futures de ces tribunaux. Ainsi, M. Lagrange (20), qui pourtant a si bien su faire la part des deux juridictions, pense que la compétence des tribunaux criminels est limitée à la question de décider si l'inculpé est coupable d'un fait considéré comme crime ou délit,

(19) Sur l'art. 1351, n° XVI.

(20) *Op. cit.*, p. 43.

et a mérité la peine requise contre lui, mais que l'existence matérielle du fait reconnu par les tribunaux ne fait pas préjudice à l'action civile. L'honorable magistrat nous paraît tomber là dans un excès tout opposé à la doctrine de Marcadé, mais qui rendrait bien difficile à expliquer la disposition du second alinéa de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle; car quelle nécessité y aurait-il, je vous prie, à faire passer l'action publique avant l'action civile, s'il était permis, au jugement de cette dernière, de méconnaître le fait même du délit? Si des empiètements de pouvoirs sont à craindre, c'est bien sur ce point là et non pas sur l'applicabilité de la peine, qui est trop évidemment en dehors des attributions et du caractère de la juridiction civile.

Ainsi, pour nous résumer, de toutes manières, que le jugement déclare, soit le fait existant et l'accusé auteur de ce fait, soit le fait existant et l'accusé étranger à ce fait, soit enfin le fait inexistant, les résultats demeureront acquis et ne pourront plus être remis en question par qui que ce soit, devant n'importe quelle juridiction; ce que l'on peut formuler encore d'une manière plus générale avec la Cour de cassation elle-même (21), en disant que *le jugement rendu au criminel aura l'autorité de la chose jugée au civil, toutes les fois que le fait qui sert de base à une action civile, est inconciliable avec les faits constatés par le jugement criminel.*

Cette dernière formule, si elle est un peu vague, est en tous cas plus pratique : car ce sera rarement sous un énoncé si simple que se présentera le dispositif d'un jugement correctionnel, jamais le résultat du verdict d'un jury. En effet, aux termes de l'art. 337 du Code d'instruction criminelle, la question devant les Cours d'assises se formule de la manière suivante : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait?* — et le résultat du verdict apprend seulement si le fait est ou non imputable à l'accusé; en sorte que la déclaration négative n'implique aucune décision sur l'existence du fait incriminé, ni sur la qualification légale à lui attribuer. Il en était autrement sous l'empire du *Code des délits et peines*, du 3 brumaire an IV : aucune question complexe ne pouvait alors être posée (22), et le président devait, à peine de nullité (23), décom-

(21) Cass., 7 mars 1835 (*D. r.*, 1835, I, 439).

(22) C. de l'an IV, art. 377, et Const. du 5 fructidor an III, art. 250.

(23) C. de l'an IV, art. 380.

poser les idées de la manière suivante : 1° *Le fait, objet de l'accusation, a-t-il été commis ?* — 2° *L'accusé est-il ou non convaincu de l'avoir commis ?* — 3° *L'accusé est-il ou non coupable de l'avoir commis ?* (24) — Le Code actuel a peut-être eu tort de n'avoir pas conservé ce mode de procéder. Quoi qu'il en soit, il en résulte toujours ceci, c'est que les tribunaux civils ont maintenant bien plus de latitude dans leur sphère d'action, pour apprécier les questions implicitement résolues par le verdict.

Quant aux tribunaux correctionnels, ils développent et motivent leur jugement; mais ce n'est guère qu'en cas d'acquiescement qu'ils séparent l'existence du fait de la culpabilité de l'agent, en déclarant que *le fait n'est pas constant*, ou que *la prévention n'est pas établie*, ou même simplement que *le prévenu n'est pas coupable*. Mais dire que le fait ou la prévention n'est pas constante, ce n'est pas dire qu'elle n'existe pas; c'est tout au plus porter une appréciation générale sur la valeur des preuves développées devant le tribunal; et, si cette déclaration peut être suffisante pour acquitter un individu, et lui maintenir à jamais le bénéfice de cet acquiescement devant un autre tribunal de répression, même lorsqu'il survient de nouvelles charges, il n'en saurait être de même lorsqu'il s'agit d'apprécier l'influence d'un semblable jugement sur la décision civile à intervenir. Nul doute alors qu'en présence de nouvelles preuves, les juges civils ne soient aptes à les examiner cumulativement avec celles qui ont déjà été déduites devant la juridiction de répression. D'autres personnes (25) vont même plus loin, et n'exigent plus comme condition l'adjonction de nouvelles charges survenues; mais cette manière d'agir nous semble dangereuse: car elle conduirait infailliblement à autoriser les tribunaux à remettre toujours en question le fait déjà jugé par la justice criminelle. Il est vrai que lorsque l'action publique aboutit à une condamnation, nous n'avons pas admis que le tribunal pût décider, en présence de nouvelles preuves survenues depuis lors, que l'individu n'est pas coupable: parce qu'il s'arrogerait

(24) *Ibid.*, art. 371.

(25) Voy. entre autres: Mangin, *De l'act. publ.*, n° 434; Carré, *Proc*

cr., sur l'art. 214 du C. de pr.; Dalloz, *Jurispr. gén.*, 1^{re} Chose jugée, n° 556.

un droit de révision qui n'appartient qu'à une autorité criminelle supérieure, et seulement dans un petit nombre de cas (26); mais, dans l'hypothèse actuelle, le juge civil, en complétant les éléments de sa conviction par des moyens déjà déduits devant la juridiction criminelle, ne donne pas un démenti à celle-ci, puisqu'elle n'avait fait que constater l'insuffisance de ces preuves.

Notre système est donc bien simple, et, nous le croyons, au-dessus de toute critique: en défendant au tribunal civil d'examiner l'affaire, lorsqu'il n'y a pas survenance de nouvelles preuves, nous respectons le jugé du tribunal correctionnel; mais, en permettant cet examen, s'il y a charges nouvelles, nous ne violons pas non plus l'autorité de la chose jugée dans d'autres conditions.

— Nous allons à présent présenter quelques applications de ces principes.

III. SPÉCIALITÉS. — 1. De l'action civile en réparation du dommage causé par le délit criminel. — La partie lésée par un délit a le choix de porter sa demande en indemnité, soit principalement, devant le tribunal civil, soit accessoirement à l'action publique, devant le tribunal de répression; mais d'une façon comme de l'autre, il ne peut être statué sur ces réclamations qu'après qu'il a été prononcé sur l'action publique (27). De plus, la compétence des tribunaux criminels pour connaître de semblables actions n'est pas illimitée; elle est liée à l'existence et au sort de l'action publique: en ce sens que, d'abord, le juge de répression, quel qu'il soit, ne peut statuer au civil, sans le secours de la partie civile, et que son droit de statuer sur les dommages et intérêts est épuisé toutes les fois que le prévenu est acquitté; il en résulte que la partie civile sera alors obligée de reproduire sa demande devant la juridiction civile. Pourtant une exception a été introduite en faveur des Cours d'assises dont la compétence reste intacte dans ce cas (28). Du reste la partie civile a toujours la faculté de s'adresser ultérieurement aux juges civils, lorsque le tri-

(26) C. d'instr. crim., art. 443 et suiv.

(27) *Ibid.*, art. 3, al. 2, et art. 358, al. 2.

(28) C. d'instr. crim., art. 358. L'art. 491 du même Code, lorsqu'il porte que le tribunal correctionnel,

en renvoyant le prévenu, *statuera sur les dommages et intérêts*, n'entend parler que de l'action civile du prévenu, et non des indemnités réclamées par la victime du délit. Ce point est unanimement admis aujourd'hui.

bunal de répression a repoussé sa demande par une fin de non-recevoir quelconque — auquel cas elle peut agir au civil, sans même former de recours en appel contre le jugement correctionnel ou de pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'assises (29) — ou lorsqu'elle-même a renoncé volontairement à continuer la poursuite devant ces juges : car la maxime *electa una via*, etc., n'est pas plus vraie dans cette matière que dans les matières purement civiles, comme nous l'avons vu (30).

Nous avons déjà examiné plus haut les bases des distinctions à faire, en ce qui concerne l'imputabilité considérée dans les deux juridictions; et nous avons montré que par cela même que la culpabilité civile est plus facilement admise que la culpabilité criminelle, si les jugements de condamnation empêchent la plupart du temps la partie lésée d'être privée de ses dommages et intérêts, les jugements d'acquittalment ne seront jamais un obstacle au succès d'une pareille demande au civil. Ce dernier point, quoique jadis controversé, paraît aujourd'hui bien établi dans la jurisprudence (31); et, toujours par application du même principe, on a reconnu que l'art. 358, al. 3, du C. d'inst. crim. autorise les Cours d'assises à refuser à l'accusé acquitté les dommages et intérêts qu'il réclame contre son dénonciateur : parce que le fait d'acquittalment ne le lave pas complètement de la présomption de culpabilité qui pesait sur lui, et par suite n'est pas exclusif de la bonne foi du dénonciateur (32).

Il en serait ainsi encore que l'acquittalment ait été basé par exemple sur l'absence de circonstances capables de donner au fait le caractère de délit (33). Cependant il ne faudrait pas entendre cette proposition d'une manière trop générale, et l'appliquer encore lorsque le fait non-seulement est dépouillé du caractère de

(29) Cass., 4 novembre 1818 (Der., 5, I, 510); Riom, 26 janvier 1816 (Der., 5, II, 97).

(30) Ci-dessus : ch. II, n° III.

(31) Cass., 12 janvier 1852 (Der., 1852, I, 113); Cass., 3 août 1853 (Der., 1853, I, 437). Limoges, 29 février 1846 (Der., 1847, II, 106); Grenoble, 17 novembre 1846 (Der., 1847, II, 517); Agen, 20 décembre

1851 (Der., 1851, II, 781); Paris, 21 mars 1855 (Der., 1855, II, 391).

(32) Cass., 30 décembre 1813 (Journ. du Pal., t. XI, p. 857); Cass., 23 mars 1821 (Journ. du Pal., t. XVI, p. 477).

(33) Cass., 17 nivôse an XIII (Der., 2, I, 52); Orléans, 23 juin 1843 (Der., 1843, II, 337).

criminalité, mais même lorsqu'il ne serait plus de nature à tomber sous la responsabilité civile. Ainsi on a reconnu avec raison que la légitime défense est un obstacle à l'action civile, et certainement la Cour d'assises ou le tribunal civil, en accordant des dommages et intérêts, se mettrait en contradiction avec les déclarations du jury. C'est l'avis de M. Mangin lui-même, et la doctrine de plusieurs arrêts (34). Il est vrai que dans l'ancien droit criminel, au témoignage de Jousse (35), on admettait que *l'excès de légitime défense*, c'est-à-dire une légitime défense non proportionnée à l'attaque, pouvait devenir une source de dommages et intérêts; et nous connaissons un arrêt d'une Cour d'assises, celle de l'Aveyron (36), qui a cherché à faire revivre cette jurisprudence; mais il est douteux que cette tentative trouve jamais beaucoup d'imitateurs. Nous avons pour notre compte, ne pas comprendre ce que serait l'excès de légitime défense: pour condamner au civil, l'existence d'une faute est nécessaire; la défense, si elle constitue une faute, parce qu'elle est poussée à l'excès, cesse d'être légitime; c'est un délit, tout au plus excusable à raison de la provocation (37). Et manifestement ici le caractère de faute ne peut pas exister au criminel, sans exister aussi au civil: car le fait d'avoir donné la mort sans nécessité ne saurait jamais constituer de la part d'une personne l'exercice d'un droit, pour lequel on puisse dire, avec le jurisconsulte: *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* (38).

En regard de cette décision judiciaire, nous pourrions en placer une autre qui pèche à coup sûr par l'excès contraire: c'est un arrêt encore très-récent de la Cour d'Orléans qui a repoussé une action civile en dommages et intérêts, basée sur un incendie par imprudence; sous prétexte que les inculpés avaient été renvoyés de la plainte, par le tribunal correctionnel (39). Ce que nous avons dit et répété souvent prouve surabondamment que l'imprudence, trop minime pour motiver l'application de la loi pénale, est tou-

(34) Mangin, *op. cit.*, n° 433. Cass., 19 décembre 1817 (*Dev.*, 5, 1, 393); Rennes, 25 avril 1837 (*Dev.*, 1837, II, 271).

(35) *Just. crim.*, t. I, p. 119.

(36) C. d'ass. de l'Aveyron, 13 no-

vembre 1835 (*Dev.*, 1836, II, 357).

(37) C. pén., art. 321.

(38) Gaius, l. 55, D. *De reg. jur.*

(39) Orléans, 16 mai 1851 (*Dev.*, 1851, II, 416).

jours suffisante pour fournir matière à une action en réparation civile.

2. Des questions de faux. — Il est aujourd'hui un point certain, c'est que la voie d'inscription de faux est encore ouverte, après le jugement du faux principal, et nonobstant l'acquittallement de l'inculpé(49) : parce que cet acquittallement n'implique que l'innocence de l'agent, sans rien préjuger sur la véracité de la pièce ; ceci dépend du reste, ici comme ailleurs, de la manière dont la question a été posée au jury. Mais l'arrêt de condamnation préjuge toujours les deux questions.

De là une controverse s'est élevée sur le point de savoir s'il était possible à un tiers de faire juger à nouveau par la juridiction civile la sincérité de la pièce. Plusieurs auteurs ont fortement insisté pour l'affirmative. Sans doute, ont-ils dit, l'art. 463 du C. d'inst. crim. ne donne au tribunal ou à la Cour qui a connu du faux, que le droit d'ordonner que les actes seront *rétablis*, *rayés* ou *réformés* ; mais, en rapprochant cette disposition de celle de l'art. 241 du C. de proc., qui permet aux tribunaux d'ordonner la *suppression*, la *lacération* ou la *radiation* de ces pièces, il est aisé d'en conclure que le tribunal civil a des pouvoirs infiniment plus étendus que le tribunal de répression : circonstance qui ne s'explique que parce que l'arrêt criminel qui déclare les actes faux, ne peut être opposé aux parties intéressées non présentes. Mais cette objection, outre qu'elle a le tort d'attacher beaucoup d'importance à des nuances de rédaction plus sensibles aux littérateurs qu'aux juriconsultes, prouve trop si elle est susceptible de prouver quelque chose : car elle conduirait à dire que, devant la juridiction civile, le débat qui n'est contradictoire qu'entre quelques intéressés, deviendra opposable à tous, même lorsqu'ils n'y ont pas figuré.

Aussi M. Colmet Daage, qui est pourtant partisan de l'opinion de Toullier, sur la question d'indépendance des deux pouvoirs, repousse-t-il cet argument, et ne pense pas qu'on puisse conclure de ces deux articles autre chose, si ce n'est que le tribunal serait tenu de respecter l'exécution de la décision criminelle ; mais que,

(49) Cass., 27 mars 1839 (*Dev.*, (*Dev.*, 1840, I, 633) ; Cass., 27 mars 1839, I, 767) ; Cass., 27 mai 1840 1855 (*Dev.*, 1855, I, 593).

si l'on admet que l'art. 241, tout en ordonnant la lacération, n'empêche pas la chose jugée au civil de rester étrangère aux tiers, il faut évidemment reconnaître *a pari*, que l'art. 463 qui est conçu à très-peu près dans les mêmes termes, aura la même conséquence pour la chose jugée au criminel (41). — Notre réponse sera bien simple; elle est celle qu'on a faite souvent à la théorie de Toullier: c'est que le principe de l'art. 1351 sur la chose jugée, parfaitement applicable entre tribunaux d'une même juridiction, doit être écarté toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier l'influence des actes d'une juridiction sur ceux de l'autre. La jurisprudence au surplus avait condamné d'avance la doctrine de M. Colmet Daage (42).

3. Des questions d'état. — Ce genre de questions peut être considéré ici sous deux points de vue: ou elles sont préjudicielles à l'action publique, en ce sens qu'elles servent de base à la condamnation pénale; ou c'est au contraire cette condamnation qui forme un préjugé quant aux intérêts civils ultérieurement débattus. Il convient de s'arrêter un instant à l'une et à l'autre hypothèse.

1^o Il est un principe vers lequel tend instinctivement et graduellement la jurisprudence de notre époque, mais que nous n'avons pas à discuter ici, et que nous accepterons comme point de départ des solutions qui vont suivre: c'est ce principe, en vertu duquel les juridictions répressives sont investies, en tant qu'il est nécessaire pour le jugement de l'action publique, des pouvoirs qui appartiennent à la juridiction de droit commun et aux juridictions d'exception chargées de l'application de la loi civile; de telle sorte qu'elles soient compétentes pour vérifier, accessoirement à l'incrimination du fait et de l'agent, l'existence de tous les éléments constitutifs des infractions qui leur sont dénoncées, et des conditions dont l'accomplissement est nécessaire pour l'application, la diminution ou l'aggravation du châtiment. On ne cite à cet égard que deux exceptions établies dans des matières toutes spéciales, et où les tribunaux de répression sont privés du droit de juger les exceptions de droit civil invoquées par les inculpés comme moyen

(41) *Proc. civ.*, n° 73 (3^e édit.). 1837, I, 590). Paris, 23 février 1813

(42) *Cass.*, 19 mars 1817 (*Dev.*, 5, (*Dev.*, 5, II, 25), etc.
I, 297); *Cass.*, 20 avril 1837 (*Dev.*,

de défense exclusif de l'existence de l'infraction. Ces deux exceptions se lisent dans l'art. 182 du Code forestier, et dans l'art. 59 de la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale.

Il nous importe peu de connaître et de discuter les motifs de la règle comme de l'exception : ce que nous constatons seulement ici, c'est que, du moment que l'on s'accorde à reconnaître aux tribunaux de répression une compétence *ratione materie* pour juger toute question d'état et autres préjudicielles à l'action publique; du moment qu'on reconnaît que le principe qui enlèverait à ces juridictions la connaissance de ces questions n'est écrit nulle part (43), si ce n'est dans l'art. 327 du C. Nap., pour les réclamations que peut faire naître la suppression d'état d'enfant légitime (44), il est impossible qu'on se refuse à accorder aussi au jugement criminel la même autorité que s'il émanait d'une juridiction spécialement instituée pour la connaissance de ces matières.

Ces explications nous ont paru nécessaires, parce que beaucoup d'auteurs n'ont pas cru pouvoir accepter cette dernière proposition, et pensent en général que l'examen auquel le juge répressif doit se livrer sur ces questions, ne conduit qu'à une appréciation toute relative, c'est-à-dire à titre de motifs de sa décision condamnatoire. Parmi eux nous citerons MM. Bertauld, Rauter, Aubry et Rau, qui enseignent entre autres que la condamnation pour parricide n'établit pas nécessairement la filiation du condamné (45). Pour la justifier, on a dit que cette condamnation n'implique qu'un rapport de descendance entre le meurtrier et sa victime, et pas nécessairement l'existence de la légitimité ou de l'illégitimité du lien; que par suite elle est réputée avoir apprécié la filiation sous des rapports autres que ceux sous lesquels ils doivent être envisagés par les juridictions civiles.

Il nous semble qu'on a pris pour base de cette argumentation une idée qui n'est certainement pas juste et que M. Bertauld re-

(43) Ce point, du reste, n'est pas admis par tous les auteurs. Voy. entre autres : Bourgoignon, *Jurispr. des Codes crim.*, sur l'art. 320 du C. d'instr. crim., n° VI; et avec certaines distinctions, Chauveau et Faustin-
 (44) Voy. Cass., 14 octobre 1853 (*Dev.*, 1854, I, 157).
 (45) Bertauld, *Quest. et except. préjud. en mat. crim.*, n° 99; Rauter, *Dr. crim.*, n° 666; Aubry et Rau, § cité, n° 2, *in fine*.

pousse lui-même dans une autre partie de son ouvrage (46) : c'est que le lien de parenté aurait été admis et reconnu devant la juridiction répressive, à la suite d'une administration de preuves réprochées par la loi civile; car s'il n'en est pas ainsi, si l'on oblige la première à respecter le système de preuves qui ont lieu au civil, quel inconvénient y aurait-il à donner la même autorité à la décision préjudicielle, qu'elle émanât de l'un ou l'autre tribunal? Dira-t-on que la juridiction criminelle n'a statué que d'une manière accessoire et incidente, seulement pour motiver l'application de la loi pénale? Nous répondrons encore que nos adversaires accordent aux questions décidées préjudiciellement la même autorité qu'au jugement définitif et principal du procès (47). La considération que M. Bertauld invoque surtout comme devant décider à permettre aux juges civils de vérifier, sur une question civile, la qualité, soit de fils légitime, soit d'enfant naturel, invoquée par le meurtrier ou à lui opposée, serait celle-ci : « Que le jury ne motive pas son verdict, et que d'ailleurs le caractère de la parenté directe n'est pas un des éléments de l'incrimination sur laquelle il est appelé à statuer, puisque le lien naturel suffit, au moins au premier degré, pour entraîner le châtiment. » Mais il importe fort peu que le jury motive ou non son verdict : la question de parenté doit lui être posée séparément; et la réponse qu'il y fera sera acquise à la procédure, acquise à la société, et ne pourra pas plus être discutée de nouveau ailleurs, que l'existence matérielle de tel ou tel fait incriminé, qui ne serait constatée que par un verdict beaucoup plus complexe. Que le lien naturel suffise pour donner au meurtre le caractère de parricide, nous ne le nions pas, et c'est là du reste une question tout à part; mais quel que soit le parti que l'on adopte sur ce point, il faudra toujours que l'élément soit constaté et reconnu par le verdict; et il ne pourra l'être qu'au moyen de la série de preuves autorisées par le droit civil en pareil cas. Mais alors, nous le demandons, n'y aurait-il pas un scandale immense à borner les effets de cette filiation ainsi démontrée, aux intérêts répressifs de la vindicte publique, et souffrir que, devant la juridiction civile, on débattenne et juge de nouveau un point liti-

(46) *Op. cit.*, n° 69 et suiv.

(47) Aubry et Rau, *ibid.*, n° 1, texte, et note 15.

gieux qui a suffi pour envoyer un individu à l'échafaud, et sans lequel peut-être l'excuse de provocation ou toute autre eût été agréée?.....

2° M. Bertand (18) n'est plus aussi rigide, quand, appréciant les effets d'une condamnation pénale pour bigamie, sur la validité du lien qui a servi de base au délit, il pense (et nous sommes bien de son avis) que cette condamnation aura nécessairement pour résultat de proclamer que le mariage n'est infecté d'aucune nullité absolue ni d'aucune nullité relative, que le bigame serait encore recevable à opposer; et il ajoute que cette validité est jugée même à l'encontre de l'époux, qui n'a pas été partie dans l'instance, au moins en tant qu'il s'agit toujours de nullités du genre dont nous parlions, et non de ces nullités que le conjoint eût pu proposer de son chef. Quant au sort du second mariage, il est certain qu'il est jugé également à l'égard de tous, qu'il n'existe, quant à lui, aucune nullité absolue autre que celle qui résulte du précédent mariage, cause première de l'incrimination. — Enfin, le verdict négatif du crime de bigamie ne suppose la nullité, ni du premier mariage, ni du second; puisqu'il peut être basé sur la bonne foi de l'agent.

Ces diverses distinctions sont aussi les nôtres, et il est seulement regrettable que le savant professeur n'ait pas cru pouvoir appliquer le principe qui l'a guidé ici, aux solutions critiquées plus haut.

— A ce genre de questions s'en rattache une encore : celle de connaître les effets civils de l'acquiescement fondé sur la démente d'un accusé. Toujours en se guidant d'après nos principes, on dira que cet acquiescement n'oblige pas nécessairement le tribunal à prononcer son interdiction; car il ne prouve que la démente au temps de l'acte et non une démente habituelle; tel est aussi l'avis de M. Mangin (19). Mais nous irons encore plus loin, et nous dirons que, lors même que la preuve de la démente habituelle ressortit des débats, le tribunal ne serait pas pour cela tenu de prononcer l'interdiction; car il est palpable que cette mesure, qui n'a d'effet que pour les intérêts civils, doit être appréciée autrement que

(18) *Op. cit.*, nos 103 et 104.

(19) *Op. cit.*, n° 436.

lorsqu'il s'agit de la responsabilité pénale; et l'art. 199 du Code Napoléon, en permettant de lui substituer une simple nomination de conseil judiciaire, montre assez qu'il y a toute latitude à cet égard pour les juges civils.

— Il est un cas où la condamnation pénale constitue un préjugé beaucoup plus considérable sur les intérêts civils qui s'y rattachent : nous voulons parler de la preuve du mariage. Aux termes de l'art. 198 du Code Napoléon, cette preuve peut résulter d'une procédure criminelle, motivée par toute infraction qui tendrait à détruire ou altérer les registres de l'état civil faisant foi de la célébration du mariage et de l'état d'époux. De là s'est élevée la question de savoir si la preuve ainsi acquise deviendra opposable aux personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance.

Et d'abord, quoique l'article précité semble limiter cet effet *aux époux et aux enfants issus du mariage*, on admet assez généralement que ses termes ne sont qu'énonciatifs, et qu'ils ont statué dans l'hypothèse la plus probable, à l'égard des personnes les plus directement intéressées dans les procès de ce genre; mais ces personnes, époux, enfants et étrangers seront-ils liés par le jugement, lorsqu'ils n'y ont pas été représentés? — Sur cette question s'est ravivée la grande controverse dont nous avons cherché à esquisser les longues et fastidieuses discussions; c'est dire que nous n'y reviendrons plus maintenant, et que notre solution, nonobstant de nombreuses et imposantes autorités, parmi lesquelles nous citerons MM. Merlin, Marcadé, Valette et Demolombe (50), sera ici ce qu'elle a été partout ailleurs, toute en faveur de l'extension indéfinie de la chose jugée au criminel.

Mais il est évident que nous n'entendons point soutenir par là que le mariage fût pour cela à l'abri d'aucune autre nullité lorsqu'elle serait engendrée par d'autres circonstances que celles qui se rapportent à l'altération des registres; car ce n'est qu'au fait de la célébration que le législateur s'est attaché, et l'instruction criminelle n'a pu tendre qu'à la recherche de l'acte qui a voulu en détruire la preuve; c'est ce seul fait qui, vérifié solennellement,

(50) Merlin, *Répert.*, t.^o Testament, l'art. 199, n.^o IV; Valette, sur *Proudhon*, t. V, et *Quest.*, t.^o Faux, § 6, n.^o 7; *Ann.*, t. II, p. 106, n.^o III; Demolombe, Marcadé, sur l'art. 198, n.^o I, et sur III, 419.

reste indivisément vrai pour tous les intéressés, pour la société entière; aussi bien d'ailleurs que le serait, abstraction de toute procédure, la preuve fournie par les registres eux-mêmes dont la sincérité n'est pas attaquée, preuve qui est certainement opposable à ceux qui n'ont pas figuré dans la célébration du mariage.

Cette doctrine peut être généralisée pour toute espèce d'actes, et devient alors susceptible de plus d'une application pratique; elle tend effectivement à proclamer l'indépendance du sort des actes, de l'issue de la procédure criminelle soulevée à leur propos, lorsque les causes de nullités dont ils peuvent être affectées sont restées en dehors des questions débattues devant la juridiction répressive. Ainsi l'a tout récemment reconnu la Cour de cassation dans une espèce où il s'agissait d'apprécier la validité d'un acte authentique dans lequel le notaire avait figuré aussi comme intéressé : ce qui avait motivé contre lui une poursuite disciplinaire. La Cour suprême a décidé que les tribunaux avaient pu valablement rejeter la demande en nullité basée sur la même circonstance, sans méconnaître pour cela la valeur des actes de la juridiction disciplinaire, laquelle avait à envisager le fait au point de vue de la dignité et de la moralité des fonctions de l'officier ministériel; et que par suite il ne pouvait en résulter aucun préjugé, quant à la validité des actes considérés au point de vue rigoureux du droit civil (51).

IV. DE L'INFLUENCE DES ACTES D'INSTRUCTION CRIMINELLE. — 1. Des procès-verbaux, dépositions, etc. — L'autorité irréfragable qui enveloppe les décisions souveraines de la juridiction criminelle ne s'attache pas également aux simples documents émanés de cette juridiction; il est aujourd'hui bien reconnu que les procès-verbaux les plus réguliers dressés par un officier de police ou un greffier, fissent-ils même foi jusqu'à inscription de faux, ne sont pas en général des preuves légales devant les juridictions civiles. Le juge peut donc refuser d'entendre la lecture de dépositions faites devant les tribunaux de répression, et a un pouvoir discrétionnaire pour puiser, dans une instruction criminelle, la preuve des faits allégués devant lui, ou pour rejeter les faits cons-

(51) Cass., 25 novembre 1856 (*Dev.*, 1857, I, 419).

latés par cette instruction ; en tant, bien entendu, qu'il ne serait pas lié par le jugement criminel lui-même qui s'en est suivi : le tout d'après les principes et les règles exposés dans les numéros précédents (52).

3. Des arrêts de non-lieu de la chambre d'accusation. — Les arrêts de cette chambre qui ne prononcent aucun renvoi, n'ont pas plus de valeur que les simples procès-verbaux, puisque, comme eux, ils ne sont non plus que des actes d'instruction, de véritables documents de procédure ; et c'est d'autant plus concevable que, même au criminel, leur autorité n'est pas plus grande : puisqu'ils ne font jamais obstacle à des poursuites subséquentes, à raison du même fait, en cas que de nouvelles charges viendraient à s'élever (53). Cela tient à ce que l'acte n'est pas un jugement définitif, qu'il ne prononce pas d'une manière positive sur l'existence ou la non-existence du fait dénoncé, sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. De nombreux monuments de jurisprudence sont là pour attester la véracité de cette doctrine (54).

Cependant il pourrait se faire, quoique ce ne soit nullement l'usage, que l'arrêt portant qu'il n'y a lieu à suivre, se prononçât en même temps sur la non-existence du fait incriminé ; mais cette variante dans les motifs ne dépouille pas la décision de son caractère provisoire, et la survenance de charges nouvelles la fera toujours tomber : son autorité à l'égard de la juridiction civile ne sera donc pas non plus modifiée. L'arrêt de mise hors de prévention peut aussi être motivé sur la prescription de l'action publique, ou en général sur l'appréciation en droit des faits de la poursuite : alors il statue définitivement sur l'action et l'éteint, quand même il surviendrait de nouvelles charges ; à moins, bien

(52) Le contraire a été jugé par la Cour de cassation, le 22 messidor an VII (*Dev.*, 1, 1, 223) ; par la Cour de Rennes, le 12 juillet 1811, et par celle de Colmar, le 23 juillet de la même année (*Dev.*, 3, 11, 521 et 529). Mais cette jurisprudence paraît avoir été totalement abandonnée aujourd'hui. Voy. : Cass., 18 et 27 mai 1810 (*Dev.*, 1810, 1, 633 et 640) ; Cass., 2 juin 1810 (*Dev.*, 1810, 1,

638) ; Cass., 22 juin 1813 (*Dev.*, 1811, 1, 303).

(53) C. d'instr. crim., art. 246.

(54) Cass., 20 avril 1822 (*Dev.*, 7, 1, 59) ; Cass., 21 novembre 1824 (*Dev.*, 7, 1, 570) ; Cass., 20 avril 1837 (*Dev.*, 1837, 1, 329) ; Cass., 17 juin 1841 (*Dev.*, 1841, 1, 636) ; Bordeaux, 22 août 1837 (*Journ. du Pal.*, 1837, 1, 328) ; etc.

entendu, que ces charges ne fussent de nature à changer l'appréciation du fond, qui ne pouvait porter que sur les premiers faits.

Dans tous les cas autres que ceux de la prescription de l'action (55), l'arrêt de non-lieu lève le sursis que l'art. 3 du Code d'instruction criminelle imposait à l'action civile; et désormais les juges pourront connaître de l'affaire, comme s'il n'y avait jamais eu d'instance criminelle commencée.

§ 2. De l'autorité de la chose jugée à l'étranger.

I. PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL SUR LA MATIÈRE. — L'ordre judiciaire qui reçoit une délégation particulière du chef de l'État, tient essentiellement, quant à son origine comme à sa mission, à la constitution des pouvoirs politiques du pays. Le principe de la souveraineté, qui veut que chaque nation soit maîtresse chez elle, les garanties spéciales qu'elle a le droit d'exiger des magistrats appelés à rendre la justice sur son territoire, s'opposent à ce qu'un acte émané d'une juridiction étrangère, et qui, quoi qu'on en ait pu dire, est toujours un acte de souveraineté, puisse avoir effet par lui-même au delà des frontières, limites à la fois de la juridiction civile et de la juridiction politique. Sous ce rapport, il n'y a pas lieu à distinguer l'exécution d'un jugement de ce jugement lui-même et de l'autorité qui lui est propre.

Ainsi l'autorité qui s'attache à la chose jugée et la présomption qui en découle, ne peuvent pas rester en vigueur hors du pays, pas plus que la force exécutoire de la sentence; parce qu'elles reposent sur une création du droit civil de chaque nation et sur les conditions de capacité qu'elle peut imposer aux fonctionnaires investis de la prérogative de rendre la justice. Ce serait donc une erreur manifeste de croire, avec MM. Pinheiro-Ferreira, Demangeat, Soloman, Massé (56) et plusieurs autres, que le principe : *res judicata pro veritate accipitur* a son fondement dans la loi du

(55) C. d'instr. crim., art. 637 à 640.

(56) Pinheiro-Ferreira, notes sur le droit des gens de Vattel, p. 301 (Paris, 1838); Demangeat, Hist. de la

cond. civ. des étr., n° 38; Soloman, Essai jurid. sur la cond. des étr., p. 108 et suiv.; Massé, Dr. comm. dans ses rapports avec le dr. des gens, etc., II, 305 et 306.

contrat tacite des parties, qui d'avance auraient accordé leur confiance au jugement rendu dans le pays qu'elles habitent, par le seul fait de vivre sous les mêmes lois et d'avoir porté le différend devant les juges chargés de l'application de ces lois. Car cette théorie ne tend à rien moins qu'à altérer les caractères du contrat judiciaire qui n'est pas un compromis à fins d'arbitrage volontaire, mais la consécration, la reconnaissance formelle du pouvoir de juger, dont la loi particulière de chaque État a investi les tribunaux nationaux : et ce pouvoir ne peut empiéter sur le territoire étranger.

Nous ne pouvons pas davantage souscrire à l'opinion de ces jurisconsultes et publicistes cosmopolites (57), qui ont cru assez sacrifier au principe de la souveraineté, en subordonnant l'autorité de la chose jugée à l'étranger et l'exécution qui en découle, seulement aux trois conditions suivantes, abstraction faite de la nationalité des parties litigantes : 1° Que le tribunal soit compétent pour juger la question suivant la loi du pays de l'exécution ; 2° que le jugement ne soit pas en opposition avec les principes en vigueur dans les pays où il doit être exécuté ; enfin 3° que les formes protectrices des intérêts des parties aient été observées dans le pays où la cause a été jugée. Toutes ces restrictions ne sont pas suffisantes, puisqu'elles laissent toujours entamer la souveraineté, laquelle est absolue et n'admet d'autre limitation que celle qui résulte de l'indépendance réciproque des nations et des lois universelles de l'humanité.

Pourtant les considérations d'amitié, d'utilité et de convenances, le désir d'entretenir des rapports de bon voisinage, la crainte de voir appliquer des mesures de rétorsion, ont déterminé un grand nombre de puissances de l'Europe à pratiquer la théorie de ces auteurs, en développant plus ou moins, suivant les circonstances, les conditions qu'ils avaient adoptées, mais en les subordonnant toujours à une condition plus générale et plus importante, celle de la réciprocité.

(57) Martens, *Précis du dr. des europ.*, p. 155 et 156 (trad. L. de gens modernes, §§ 91 et 95 ; Pinheiro-Bolm) ; Mittermayer, *Archiv für civil. Prax.*, t. XIV, p. 81 et suiv. 417 et 418 ; Schmalz, *Dr. des gens*

Maintenant, quant à ce qui concerne la force exécutoire des jugements, les principes sont plus rigoureux, parce qu'elle tend inévitablement à mettre en mouvement la force publique de l'État sur le territoire duquel se poursuit l'exécution; et que cette conséquence est incompatible d'une manière absolue avec la souveraineté d'une nation. Il en est résulté que les puissances européennes, celles-là même qui se sont montrées les plus libérales dans l'extension des effets de la chose jugée à l'étranger, n'ont jamais voulu permettre son exécution *ipso facto* sur leur territoire, et ont proclamé en principe la nécessité préalable d'une autorisation, ou au moins d'une intervention des juges du lieu de cette exécution. Seulement les législations ont varié quant à la manière dont cette intervention devait se produire, et quant à la part que les magistrats prendraient à l'exécution; les unes la permirent après simple requête répondue par le juge; les autres obligèrent ce dernier à réviser au préalable la décision du tribunal étranger.

La France, dans cette matière, avait fait choix du système le plus étroit, comme nous allons le constater tout-à-l'heure, mais nous sommes convaincu qu'on absoudra *a priori* ses législateurs de l'accusation d'exclusivisme qu'on leur a lancée avec usure, si l'on prend la peine de remarquer que, à la différence de la plupart des États de l'Europe, au moins de ceux qui n'ont pas calqué leur législation sur la sienne (58), le droit français fait découler virtuellement de la chose jugée l'exécution parée et l'hypothèque sur les immeubles du condamné; de telle sorte qu'on a été amené, par la force des choses, à reporter sur l'autorité même de la chose jugée les restrictions dont ces nations n'avaient fait qu'entourer l'exécution.

II. APERÇU HISTORIQUE DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE. — Il est un point constant et attesté par beaucoup d'auteurs de l'époque (59),

(58) C. de proc. civ. d'Autriche, §§ 304, 293 et suiv.; C. de proc. civ. de Prusse, 1^{re} part., t. XXIV, § 1; C. de proc. civ. de Bavière, ch. XVIII, § 6, 1 et 2, etc.

(59) Bourjon, *Droit comm. de la France*, sur l'art. 165 de la Cont. de Paris; Julien, *Statuts de Provence*, t.

II, p. 412; Guy du Rousseau de La-combe, *Jurispr.*, t^o Hypothèque, sect. II, n^o 5; Ferrières, sur l'art. 161 de la Cont. de Paris, *Observ.* 12; Boniface, t. III, liv. I, ch. 4; Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des lois*, etc., t. I, p. 606 et suiv.; Merlin, *Quest.*, t^o Jugement, § 14.

que, dans des temps déjà assez reculés, les actes émanés d'une souveraineté étrangère avaient besoin, pour acquérir droit de cité, d'être revêtus d'un *pareatis* qui se délivrait en chancellerie par lettres du Roi et scellées du grand sceau. C'était, par exemple, par application de cette doctrine, que l'on décidait que les actes de la cour de Rome, tels que « bulles ou lettres apostoliques de citations exécutoires, fulminatoires ou autres, ne pouvaient « s'exécuter que par le juge royal ou ordinaire de l'autorité du « Roy, *non auctoritate apostolica*; pour éviter distraction et mes- « lange de juridiction » (60). L'intervention de l'autorité royale qui, en raison de la nature plus politique de la matière, se faisait sentir là beaucoup plus impérieusement (61) que dans les questions débattues entre simples particuliers, cessa pour ces dernières d'être réclamée, et dans l'usage, on s'adressa uniquement aux parlements qui usurpèrent cette prérogative régaliennne, en cette circonstance comme en tant d'autres.

C'est en 1629 que l'on voit, pour la première fois, un monument législatif statuer sur cette question, et sanctionner, du reste, une pratique aussi constante qu'ancienne. L'ordonnance du 15 janvier de cette année, connue aussi sous le nom de *Code Michau*, contenait une disposition ainsi conçue :

« Art. 121. — Les jugements rendus, contrats et obligations re-
« çus es royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause
« que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre
« royaume. Ains tiendront les contrats lieu de simples promesses ;
« et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils ont
« été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme
« entiers, par-devant nos officiers. »

Il est aisé de voir que cette disposition distingue entre l'exécution des jugements et actes d'une part, et l'autorité probatoire de la chose jugée, d'autre part. Dans le premier cas, aucune différence entre le Français et l'étranger : que le jugement ait été rendu

(60) Pithou, *Libertés de l'Église gallicane*, art. 44.

(61) Le recueil des *Preuves des libertés* est rempli d'arrêts qui ont supprimé des productions apostoliques, dont l'introduction en France

n'avait pas été autorisée (voy. ch. X).

Voy. aussi dans la loi du 18 germinal an X, l'art. 1 de la Convention du 26 messidor an IX, qui répète les dispositions de l'art. 44 des *Libertés* précitées.

pour ou contre un Français, qu'il ait été provoqué par lui ou par l'étranger, il ne pourra jamais *ipso facto* entraîner hypothèque sur les biens situés en France, parce que l'exécution est subordonnée au commandement, à l'*imperium* du magistrat dont émane la décision, et l'extranéité de ce magistrat le rend incapable de commander aux agents de la force publique française. Dans le second cas, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'influence de la maxime: *res judicata pro veritate accipitur*, sur des contestations élevées et jugées postérieurement en France, l'article précité entre dans des distinctions qui sont tout à l'avantage des nationaux: l'autorité de la chose jugée s'évanouit, chaque fois que l'issue du procès a été défavorable pour le Français, lors même que l'adversaire vainqueur ne serait pas étranger; et le texte dénie par là non-seulement la force exécutoire que tout juge peut imprimer à ses décisions, mais même le droit effectif de les rendre; la loi est donc ici plus rigoureuse quant aux effets, et aussi plus limitée quant aux personnes.

Cette ordonnance qui, à côté de la consécration des principes les plus irrécusables de notre droit public, contenait aussi certaines prohibitions, peut-être prématurées pour l'époque, relatives au droit des possesseurs de fiefs et autres domaines de prendre les noms de ces terres, souleva, à cause de ces dernières, des susceptibilités nombreuses et des répugnances presque invincibles dans le sein de la plupart des parlements, qui refusèrent de l'enregistrer (62). Œuvre du chancelier de Marillac, tombé peu après en disgrâce, elle fut méconnue à Paris même, où la défaveur alla presque jusqu'à l'oubli; et il fallut que deux édits bien postérieurs, l'un du mois de juillet 1738, l'autre du mois d'avril 1747, vinssent apprendre que l'ordonnance avait conservé toute sa vigueur. Mais la coutume avait survécu au droit écrit, et le témoignage de plusieurs jurisconsultes et arrêts postérieurs n'a plus laissé de doute sur la manière dont elle était pratiquée dans la presque totalité du pays (63).

(62) Elle ne fut enregistrée que par les parlements de Toulouse, Grenoble, Rennes, Bordeaux et Rouen.

(63) Arrêts du parlement d'Aix, 10

novembre 1678, et 10 mars 1687; du parlement de Paris, 16 avril 1717, et 25 février 1778. Voy. encore les autorités citées à la note 59, *supra*.

Le droit intermédiaire, avec son esprit cosmopolite, pourtant si favorable aux étrangers, ne voulut ou n'osa pas toucher à ces principes qui se présentèrent intacts au jugement et à l'appréciation des rédacteurs de nos Codes.

III. SYSTÈME DU DROIT FRANÇAIS ACTUEL. — Nos législateurs modernes ont-ils trouvé trop mesquins et trop étroits les principes de l'ordonnance de 1621, et ont-ils voulu innover à cet égard? C'est bien difficile à croire, lorsqu'on parcourt toutes les dispositions haineuses contre les étrangers dont sont empreintes les lois de ces temps-là; s'ils n'ont pas reproduit la rédaction de l'ordonnance, il n'est pas permis d'induire grand'chose de ce silence, dans des Codes qui supposent toujours connues les règles sur la compétence des tribunaux et sur l'organisation judiciaire.

Deux articles seuls peuvent servir et ont servi en effet à dévoiler quelque chose du système suivi par les rédacteurs: encore verrons-nous tout-à-l'heure qu'ils doivent être écartés de la discussion qui s'est produite sur la partie du sujet que nous avons en vue ici. L'un de ces articles se trouve dans le Code Napoléon, au titre *Des privilèges et hypothèques*; c'est l'art. 2123, qui ne fait résulter l'hypothèque que des jugements déclarés exécutoires par un tribunal français; l'autre est inséré au Code de procédure, art. 516, et dit encore, en généralisant le principe du premier article, que les jugements rendus en pays étrangers ne sont susceptibles d'exécution qu'après l'accomplissement de la même formalité; (nous laissons de côté l'art. 2128 du C. Nap., qui applique encore le même principe aux contrats passés à l'étranger: parce que nous n'envisageons ici que les actes judiciaires). Tel est l'ensemble de notre législation sur ce point; il s'agit maintenant de voir si, et jusqu'à quel point, l'art. 121 de l'ordonnance est resté en vigueur et doit encore être appliqué.

Il est évident que ces textes, sans reproduire la distinction de l'ordonnance, ne l'abolissent pas formellement; et, s'il fallait en croire M. de Malleville, dans ses observations sur l'art. 2123, cette disposition serait conforme à l'art. 121 et à la jurisprudence générale. On peut voir aussi que M. Pigeau, qui, comme on sait, a concouru d'une manière fort active à la rédaction du Code de procédure, enseigne la même manière de voir.

Sur l'art. 546, les travaux préparatoires sont un peu plus explicites que ceux du Code Napoléon. Il résulte, en effet, de l'exposé des motifs présenté par M. Réal au Corps législatif, et des idées émises par M. Favard devant la même assemblée (64), que le but du législateur, en rédigeant cet article, ainsi que les art. 2123 et 2128 du C. Nap., a été seulement d'exprimer que le jugement étranger, n'importe la nationalité des parties litigantes et le dispositif à leur égard, ne pourra recevoir son exécution en France qu'en vertu d'une déclaration ou d'un ordre émané d'un tribunal du pays; de sorte que la mission ainsi dévolue au juge français diffère essentiellement de sa mission ordinaire pour l'administration de la justice : ce n'est pas un jugement nouveau qu'il rend, mais une décision étrangère qu'on déclare exécutoire en France. Il est clair, d'après cela, que l'esprit des trois articles précités est le même que celui qui a présidé à la rédaction de la première partie de l'art. 121, ayant trait à la force exécutoire; mais pour sa seconde partie, celle qui s'occupe de la faculté de révision, et qui est basée sur l'autorité intrinsèque de la chose jugée, pas un mot, pas une idée dans ces articles, qui y fasse la plus petite allusion.

Cependant une jurisprudence assez unanime, étayée d'ailleurs en outre sur l'adhésion de beaucoup d'auteurs (65), a cru ne pou-

(64) Loaré, *Législ. cit.*, t. XXII, p. 572 et 617.

(65) Cass., 18 pluviôse (26 ventôse) an XII (*Dev.*, 1, 1, 919); Cass., 19 avril 1819 (*Dev.*, 6, 1, 62); Poitiers, 8 prairial an XIII (*Dev.*, 2, II, 56); Colmar, 13 janvier 1815 (*Dev.*, 5, II, 6); Rennes, 28 mai 1819 (*Dev.*, 6, II, 78); Toulouse, 27 décembre 1819 (*Dev.*, 6, II, 172); Montpellier, 8 mars 1822 (*Dev.*, 7, II, 39); Aix, 10 avril 1823 (*Dev.*, 7, II, 191); Grenoble, 3 janvier 1829 (*Dev.*, 9, II, 185); Douai, 3 janvier 1845 (*Dev.*, 1845, II, 513); Bordeaux, 6 août 1847 (*Dev.*, 1848, II, 153). — Delvincourt, *Cours de C. cit.*, t. I, p. 32 et 33; Toullier, X, 81 et 82; Troplong, *Tr. des hypoth.*, II, 461; Rauter, *Proc. cit.*, n° 157; Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, quest. 1899, etc.

On cite pourtant quelques arrêts en sens contraire, mais ils sont peu nombreux: Cass., 7 janvier 1806 (*Dev.*, 2, I, 202); Paris, 23 mai 1830 (*Dalloz, Recueil périod.*, t. XVI, p. 490), et 7 janvier 1833 (*Journ. du Pal.*, t. XXV, p. 13). — Encore plusieurs arrêts semblent-ils même faire une distinction, suivant laquelle le privilège accordé aux nationaux, par l'art. 121 de l'ordonnance, ne saurait plus être invoqué par le Français qui aurait porté la contestation à l'étranger, alors qu'il aurait pu assigner devant les tribunaux de son pays. En ce sens: Cass., 15 novembre 1827 (*Dev.*, 8, I, 702); Cass., 14 février 1837 (*Dev.*, 1837, I, 251). Voy. encore: Cass., 21 février 1846 (*Dev.*, 1846, I, 182).

Il est singulier que, malgré cette tendance de notre jurisprudence, plu-

voir accorder aucune autorité aux jugements étrangers, sans heurter le texte de ces dispositions : pour elle tous ces jugements, sans aucune exception, n'ont point par eux-mêmes de valeur, ils sont à considérer comme s'ils n'existaient pas, et il faut qu'un tribunal français se soit, pour ainsi dire, approprié la décision, pour qu'elle devienne obligatoire en France. D'après cette doctrine, on n'a plus même à distinguer si des Français ont figuré dans l'instance, ou si elle s'est engagée exclusivement entre étrangers; mais les jugements constitutifs de l'état des personnes ont été exceptés de cette proscription, lorsqu'ils intéressent l'état ou la capacité de l'étranger; cette distinction très-rationnelle est au surplus de rigueur pour maintenir le système entier: autrement il serait la négation du principe des statuts personnels. C'est au surplus ce qu'observait déjà très-judicieusement Boullenois (66), quand il disait que « ces jugements sont émanés d'une autorité légitime, et sont rendus entre des personnes qui sont soumises à cette autorité; que par conséquent ces jugements que nous supposons rendus en matière personnelle ne peuvent plus être soumis à l'examen et à la discussion d'aucuns autres juges, qui, en cette partie, seraient toujours incompetents (67). »

sieurs Cours admettent qu'un jugement étranger fait foi chez nous des faits qu'il établit : tandis que la constatation de ces faits peut parfaitement avoir été obtenue au moyen de preuves réprochées par la législation française; outre qu'il est un nombre considérable de ces faits qui ne sont eux-mêmes que la conséquence d'un état juridique apprécié par les tribunaux. Ainsi la Cour de Douai, le 5 mai 1836 (*Dev.*, 1836, II, 423), celle d'Aix, le 8 juillet 1842 (*Dev.*, 1841, II, 263), ont accepté sans difficulté une déclaration d'absence et l'envoi en possession qui en a été la suite; et la Cour de Bordeaux, plusieurs fois l'état de faillite : voy. Bordeaux, 10 février 1824 (*Dev.*, I, II, 317), et 22 décembre 1847 (*Dev.* 1848, II, 223). La Cour de cassation et quelques Cours d'appel ont résisté à cette jurisprudence; ce qui est plus consé-

quent de leur part. Voy. Cass., 29 août 1826 (*Dev.*, 8, I, 423); Colmar, 11 mars 1820 (*Dev.*, 6, II, 424); Paris, 25 février 1825 (*Journ. du Pal.*, t. XIX, p. 227). Quant à nous, nous ne voyons aucune raison pour ne pas soumettre le jugement déclaratif de ces faits à la révision dont sont susceptibles, d'après notre système, toutes les sentences rendues à l'étranger contre les Français.

(66) *Op. cit.*, t. II, ch. IV, obs. 25.

(67) Il sera bien difficile pourtant de concilier, avec cette théorie, l'arrêt par lequel la Cour de Paris, le 18 septembre 1833 (*Journ. du Pal.*, t. XXV, p. 893), a décidé que l'interdiction prononcée contre un étranger par un conseil de famille à l'étranger, ne constituait d'incapacité en France qu'après le *pareatis* d'un tribunal de ce pays. La même Cour a du reste jugé que la décision rendue à l'étran-

A part cette exception que nous approuvons complètement, le système de la jurisprudence et des auteurs nous paraît difficile à accepter. Son plus grand tort est de reposer sur la confusion entre la force exécutoire d'une sentence et l'autorité de la chose jugée; l'art. 121 avait bien fait sentir cette distinction: vouloir le nier, serait prétendre que sa seconde partie n'est qu'un non-sens, ou tout au moins une banale répétition de la première. Et si l'on persistait à voir, dans les articles de nos Codes, une disposition touchant la faculté de révision, il faudrait avouer qu'ils seraient fort mal rédigés: car ils considèrent les effets dont ils traitent, comme produits par le jugement étranger lui-même; donc ils reconnaissent que ce jugement n'est pas sans effet; comment soutenir alors que les tribunaux de notre pays auraient le droit de n'en tenir aucun compte? Il y a mieux: Ce système repousse l'application de l'art. 121, mais il croit pouvoir permettre aux tribunaux une révision dans l'intérêt de l'une ou de l'autre des parties; or les articles de nos Codes ne parlent nullement d'un jugement nouveau à rendre ni d'une disposition à corriger, mais d'un jugement étranger homologué ou rejeté en totalité, pour sauvegarder les droits de la souveraineté, pour satisfaire aux exigences de l'ordre public, et non pour protéger les intérêts des parties; et ce système, en admettant les plaideurs français à discuter de nouveau leurs moyens, et en investissant par là le tribunal d'un droit de révision absolu, n'aboutit qu'à faire revivre la faculté conférée par la seconde disposition de l'art. 121, qu'il avait cependant la prétention de rejeter.

On a surtout argumenté de ce que le jugement est rendu exécutoire, non par le président du tribunal, comme en matière d'arbitrage, mais par le tribunal entier: ce qui prouve, a-t-on dit, que l'*exequatur* n'est accordé que *cognita causa*; donc, continue-t-on toujours, ce ne peut pas être une simple formalité qu'on réclame des tribunaux, mais bien un examen rétrospectif complet des prétentions respectives des parties. Mais cette objection n'a pas non plus grande valeur; car, en disant que le tribunal ne révisera pas, mais homologuera, nous n'avons jamais soutenu que son rôle se

ger entre étrangers n'est pas soumise de l'ordonnance: Paris, 13 mai 1820 à la révision prescrite par l'art. 121 (Dec., 6, II, 231).

bornât à la délivrance d'un simple *pareatis*. Ce que le juge doit faire, c'est vérifier d'abord si l'acte qu'on lui présente est un véritable jugement, s'il est rendu par des magistrats compétents, s'il n'a pas eu pour but de distraire un citoyen de ses juges naturels, si son exécution aurait pu être autorisée par les lois du pays d'où il émane : enfin, s'il ne contient pas quelques dispositions contraires à l'ordre public du pays où il doit être exécuté (68). Tout cet ensemble de vérifications peut présenter de grandes difficultés et des questions fort délicates, et ce n'est pas trop d'exiger pour cela le concours du tribunal entier ; au lieu que l'examen des sentences arbitrales se réduit presque toujours à une vérification de pure forme.

Du reste, nous accordons volontiers que le système adverse n'a rien d'absurde et qu'il n'est pas inconciliable avec les lois du pays ; mais nous y trouvons plus d'un inconvénient, et nous ne voyons pas pourquoi l'on n'en reviendrait pas purement et simplement à la disposition de l'ordonnance de 1629 : car, même en la regardant comme implicitement abrogée par la promulgation des lois nouvelles, il serait impossible de citer aucune disposition légale constitutionnelle qui interdise une pratique conforme à son esprit, et qui autorisât à en faire un grief de cassation. Le système adverse en outre impose un surcroît de travail à nos tribunaux, et expose nos nationaux à de graves mesures de rétorsion, parce qu'il est contraire aux principes de la plupart des législations européennes.

En résumé, que déciderons-nous, et comment ferons-nous la part des articles de nos Codes, en regard de celui de l'ordonnance ? Rien de plus simple. Un jugement rendu à l'étranger, même contre un Français, est-il simplement présenté au visa du tribunal, ou invoqué dans une contestation pendante en France, celui-ci se livrera aux vérifications que nous avons indiquées, et accordera l'*exequatur* s'il n'y trouve aucun danger pour l'ordre public, mais sans avoir égard aux intérêts des parties ; mais, que parmi celles-ci l'une

(68) On peut citer plusieurs arrêts qui ont refusé l'homologation pour de semblables motifs ; ainsi : Paris, 30 août 1824 (*Dev.*, 7, II, 435), 28 mars

1843 (*Dev.*, 1843, II, 566), et 20 novembre 1848 (*Dev.*, 1849, II, 11) ; Poitiers, 7 janvier 1845 (*Dev.*, 1845, II, 215).

soit française et réclame contre l'un ou l'autre chef du jugement qu'elle déclare préjudiciable, alors le tribunal, en vertu de l'art. 121, sera recommencer le débat sur le point critiqué; mais le résultat de cet examen sera une œuvre nouvelle, et non plus une simple autorisation d'exécuter. Et il n'y aurait nulle raison pour modifier cette manière de procéder, si le Français avait figuré comme demandeur devant la juridiction étrangère; quoiqu'il pût paraître lié par le contrat judiciaire qu'il a consenti, en la saisissant volontairement: l'issue du procès même peut avoir été entachée d'une iniquité à laquelle le Français n'est pas censé avoir voulu se soumettre à l'avance; outre que le choix de ce tribunal peut avoir été déterminé, chez lui, par la force des circonstances; il serait donc souverainement injuste de lui dénier les moyens de réformation devant ses juges naturels. Ajoutons que le tribunal par contre serait certainement en droit de refuser cette révision, si elle était demandée par des étrangers contre des Français ou à plus forte raison contre des étrangers, sans se rendre coupable de déni de justice; sauf toujours à accorder l'*exequatur*, s'il le juge à propos, et si les parties veulent se contenter de cette concession.

Tel est le système que nous croyons devoir adopter: il est celui d'un grand nombre d'autres (69) et de quelques tribunaux; il a du reste toujours sur l'autre le mérite d'être d'accord avec les plus anciennes pratiques de notre pays, d'être plus libéral et par suite aussi plus conforme à la tendance générale de notre siècle.

— Quant aux décisions arbitrales, qui ne sont que l'exécution d'un compromis, c'est-à-dire d'un contrat qui investit le juge de la confiance des parties, et non point le produit de la puissance du souverain étranger, elles seront évidemment exécutoires en France sur simple *pareatis*, comme les autres actes dont l'art. 2128 ne nous cite qu'un exemple, en parlant de l'hypothèque (70).

MM. Dalloz et Valette (71) pensent, au contraire, que la révision

(69) Duranton, XIX, 312; Aubry et Rau, § 32; Fœlix, *Dr. international privé*, n° 352; Valette, *Revue de dr. français et étranger*, t. VI, p. 597 et suiv.; Dalloz, *Jurispr. gén.*, t° Droit civil, nos 417 et suiv., etc.

(70) Paris, 16 décembre 1809 (*Dev.*, 3, II, 161), et 7 janvier 1833 (*Dev.*, 1833, II, 145); Douai, 9 décembre 1843 (*Dev.*, 1844, II, 568); Bordeaux, 6 août 1847 (*Dev.*, 1848, II, 153).

(71) *Op. et loc. cit.*

serait toujours possible comme pour toute autre décision judiciaire, mais avec les distinctions énoncées en l'art. 121; ce que nous ne pouvons admettre. Nous comprenons à la rigueur cette assimilation pour des jugements rendus par des arbitres, qui ont procédé en vertu d'une délégation d'un tribunal étranger, ou qui ont été nommés en conformité d'une loi étrangère qui en imposait l'obligation aux parties: car évidemment alors les motifs qu'on pourrait donner pour la non-révision seraient sans valeur, puisque, dans cette hypothèse, les sentences arbitrales ont avec les véritables jugements une source commune, qui est la puissance publique de l'État. Mais l'explication qu'en donne M. Valette aurait pour résultat d'étendre la même solution aux arbitrages volontaires. Ainsi il pense que le compromis n'est plus qu'une simple promesse, faite sous une condition que l'on prétend s'être réalisée, celle de la décision des arbitres à intervenir; que par suite le Français pourra soumettre à l'appréciation des tribunaux de son pays, les faits constitutifs du contrat. Mais, quand même on réputerait le compromis simple promesse, quand même le Français serait reçu à prouver, par exemple, que la convention est viciieuse, il ne nous semble pas pour cela résulter pour les tribunaux un droit quelconque de révision: ces griefs ne sauraient aboutir tout au plus qu'à faire rejeter en bloc la demande d'homologation; et l'ordonnance de 1629 n'a pas dit que nos nationaux seraient admis à débattre de nouveau le contenu et la validité des actes; en les réputant *simples promesses*, elle n'a eu toujours en vue que la possibilité d'exécution sur le territoire de la France. Il faut donc, ce nous semble, s'en tenir à la règle générale, qui gouverne tous les contrats reçus en pays étrangers, et éviter de les confondre jamais avec cette autre espèce d'actes qui puise sa force et son autorité non plus exclusivement dans la volonté des contractants, mais qui les emprunte aussi à l'autorité publique d'une souveraineté étrangère.

— Tout ce que nous venons d'exposer ici, est du reste susceptible d'être modifié par les traités internationaux; et l'on peut citer plusieurs conventions de ce genre, qui ont stipulé l'autorité réciproque des jugements rendus entre sujets respectifs des deux puissances. C'est ainsi que les décisions des tribunaux sardes sont

exécutoires en France sur lettres rogatoires des Cours supérieures de ce royaume (72); et celles des tribunaux suisses, sur simple légalisation du chargé d'affaires ou des autorités compétentes de la Confédération (73). Il existe bien encore un autre traité, conclu avec la Russie, le 11 janvier 1787, qui renferme une disposition analogue; mais la validité actuelle de ce traité est plus que douteuse, en présence de son art. 46 qui en limitait la durée à douze années.

Enfin nous pourrions citer une loi française qui attribue l'autorité de la chose jugée aux décisions rendues à l'étranger, sur les droits de navigation du Rhin (74): il suffit, pour qu'elles acquièrent force obligatoire en France, qu'elles soient rendues exécutoires, *sans nouvelle instruction*, par le tribunal civil de Strasbourg.

(72) Traité du 24 mars 1760, art. 22. mulgué le 31 décembre de la même année), art. 1^{er}.

(73) Traité du 18 juillet 1828 (pro- (74) Loi du 21 avril 1832, art. 5.

PROPOSITIONS.

PROPOSITIONS.

I. Droit romain.

1. Le serment peut constituer un juste titre pour l'usucapion et l'action Publicienne.

2. La bonne foi exigée pour l'usucapion d'une chose donnée doit exister sans interruption, pendant toute la durée de la possession.

3. La nature du droit conféré par les décrets du préteur, est indépendante de la qualité du défendeur à l'envoi en possession.

4. L'action Publicienne rescisoire ou Contre-Publicienne n'est autre chose que la Publicienne réelle, intentée dans le cas particulier d'une usucapion rescindée.

II. Droit civil français.

1. Le cumul des actions redhibitoires et *quantum minoris* n'est pas prohibé, par l'art. 1644 du Code Napoléon, en vertu des principes de la chose jugée : *non obstat* L. 25, § 1, D. *De except. rei judic.*

2. L'interlocutoire lie le juge.

3. L'exception de la chose jugée doit être supplée d'office par les tribunaux.

III. Droit criminel.

1. L'aggravation de peines qui descend de l'auteur principal au complice, ne remonte pas du complice à l'auteur.

2. Le jugement correctionnel, rendu en première instance, ne peut être exécuté contre le prévenu, qu'après l'expiration du délai de deux mois accordé au procureur général pour se pourvoir en appel.

IV. Droit public.

1. Le Conseil d'État, en approuvant l'arrêté de conflit pris par le préfet, ne peut annuler que le jugement de compétence par lequel le tribunal civil a retenu l'affaire, et non les jugements et actes postérieurs.

2. L'indépendance d'une nation ne suffit pas pour lui assurer les garanties du droit des gens.

3. Une nation peut déclarer ses propres ports en état de blocus.

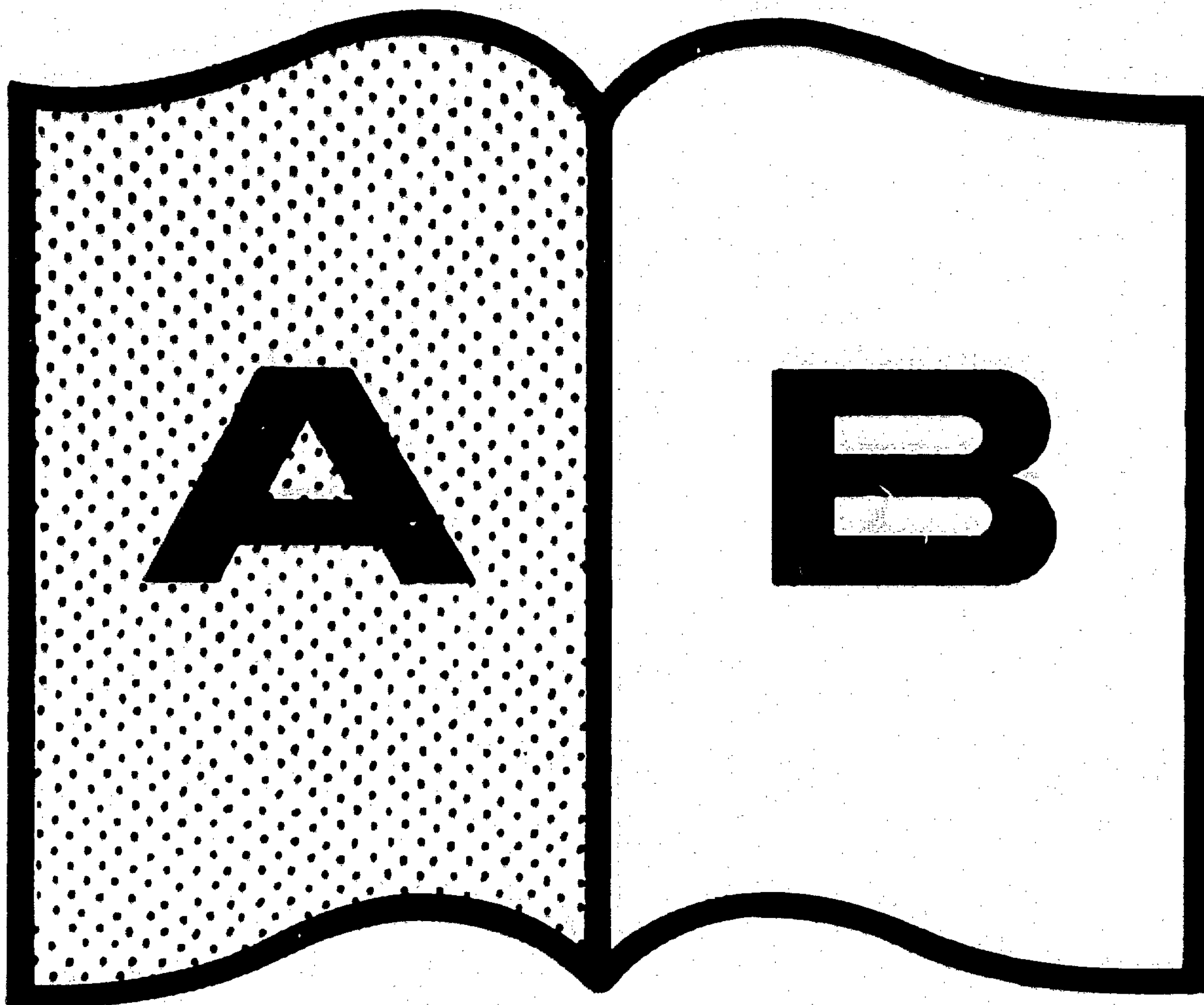
Vu par le Président de la thèse.
Strasbourg, le 28 novembre 1857.
LAMACHE.

Vu par le Doyen,
C. AUBRY.

Permis d'imprimer.
Strasbourg, le 30 novembre 1857.
Le Recteur
DELCASSO.







Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

DROIT ROMAIN. DE L'ACTION PUBLICIENNE.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. - De la nature et de l'usage de l'action Publicienne.

§ 1^{er}. - Notions générales.

I. Préliminaire;

II. Du prêteur *Publicius*

III. De l'édit du prêteur

§ 2. - De la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire, au point de vue de l'action Publicienne.

I. De la formation du démembrement connu sous le nom de *dominium bonitarium*

II. Du caractère de la propriété bonitaire et de l'action qui s'y rapporte

§ 3. - Des divers usages de l'action

I. Première période: Epoque classique

II. Deuxième période: Epoque gréco-romaine

III. Troisième période: Epoque française

CHAPITRE II. - Des conditions requises pour exercer l'action.

§ 1^{er}. - Notions générales

§ 2. - Du juste titre.

I. Définitions et division du sujet

II. Des justes titres indépendants de la tradition

III. Des justes titres exigeant la tradition

IV. Du titre pulateif

§ 3. - De la bonne foi.

I. Définitions et notions générales

II. Des personnes chez qui la bonne foi doit exister

III. De l'époque requise dans l'existence de la bonne foi

§ 4. - De la qualité de l'objet

I. Généralités

II. Des choses corporelles

III. Des choses incorporelles

CHAPITRE III - Des personnes qui peuvent figurer activement et passivement dans la contestation.

§ 1^{er}. - A qui compète la Publicienne

§ 2. - Contre qui est donnée la Publicienne

I. Généralités

II. Des cas où l'action est donnée efficacement contre le propriétaire

III. Du débat soulevé par la Publicienne entre deux possesseurs

CHAPITRE IV. - De la procédure et des effets de l'action.

§ 1^{er}. - De la procédure de la Publicienne.

I. Système [...]

II. Système extraordinaire sous Justinien

§ 2. - Des effets de la Publicienne.

I. Prélinaires

II. De la restitution de la chose litigieuse

III. De la restitution des fruits et accessoires

IV. De la perte, des détériorations et des augmentations de la chose

DROIT FRANCAIS. DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE EN MATIERE CIVILE.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. - Définitions et notions générales

CHAPITRE II. - Des éléments de la chose jugée

§ 1^{er}. - Préliminaires

§ 2. - De l'identité des parties

I. Généralités

II. Du cas où la personne figure comme partie principale dans les deux instances

III. Du cas où la personne figure dans une instance comme ayant-cause

IV. Du cas où la personne figure dans une instance comme cointéressé

V. Du cas où la personne figure dans une instance par l'entreprise d'un mandataire légal ou conventionnel

§ De l'identité d'objet.

I. Généralités

II. Spécialités

§ 4. - De l'identité de cause

I. Notions générales. De ce qu'on appelant à Rome *ci-pres* [...] *a causa*

II. De la distinction entre la *causa proxima* et la *causa* [...]

III De la [...] [...]

CHAPITRE III. - De la procédure de la chose Jugée.

§ I^{er}. - Des décisions qui produisent la chose jugée.

I. Ce qui a force de chose jugée dans une décision

II. Des différentes espèces de décisions judiciaires

§ 2. - De la manière de formuler en justice la chose jugée

I. Aperçu historique

II. Comment on propose la chose jugée

III. Comment on repousse la chose jugée

§ 3. - De la rétractation et de la réformation de la chose jugée

I. Principe de la matière

II. De la rétractation par le tribunal qui a rendu le jugement

III. De la réformation par une autorité différente ou supérieure

CHAPITRE IV. - Du caractère et des effets de la chose jugée

§ 1^{er} - Généralités

§ 2. - Des effets de la chose jugée entre les parties

I. De l'irrevocabilité et de l'indivisibilité

II. De l'autorité probante

III. De l'obligation qui naît de la chose jugée

§ 3. - De l'étendue, quant aux personnes, des effets de la chose jugée.

I. Principes

II. De la chose jugée en matière de [...] , et de la théorie du légitime contradicteur

III. De la chose jugée relativement à la qualité d'héritier

APPENDICE

§ 1^{er}. - De l'influence de la chose jugée au [...] sur l'action civile

I. Notions historiques

II. Principes généraux et [...]

III. Spécialités

IV. De l'influence des actes d'instruction criminelle

§ 2. - De l'autorité de la chose jugée à l'étranger

I. Principes de droit international sur la matière

II. Aperçu historique de la législation française

III. Système du Droit français actuel

PROPOSITIONS