Le droit civil français.

vol.10 / , suivant l'ordre du Code... par Mr C.-B.-M. Toullier,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Toullier, Charles-Bonaventure-Marie (1752-1835). Le droit civil français. vol.10 / , suivant l'ordre du Code... par Mr C.-B.-M. Toullier,.... 1824-1828.

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.

45400

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

On ne reconnaîtra pour non contrefaits que les exemplaires signés de l'auteur ou de l'éditeur.

DE L'IMPRIMERIE DE COUSIN-DANELLE, A RENNES.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

OUVRAGE DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE A LA PRATIQUE.

PAR M.r C. B. M. TOULLIER.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.
IMPRIMÉS

TOME DIXIÈME.

A PARIS,

CHEZ { WAREÉ, ONCLE, LIBRAIRE DE LA COUR ROYALE, COUR DE LA SAINTE-CHAPELLE, N.° 13.
WARÉE, FILS AÎNÉ, LIBRAIRE, AU PALAIS DE JUSTICE.

M. DCCC. XXII.

AVERTISSEMENT.

L'AUTEUR avait annoncé que ce dixième volume contiendrait, outre la fin du *Tit. III, des Contrats*, ou *Obligations conventionnelles en général*, le Tit. IV en entier, *des Engagemens qui se forment sans convention.* Il se proposait même d'y insérer *la Table générale des dix volumes*, demandée depuis long-tems avec instance; mais les Traités *des présomptions, de la chose jugée, de l'aveu de la partie* et *du serment*, qui terminent *le Tit. III*, ont nécessité des développemens si étendus, qu'il est devenu impossible d'y ajouter encore le *Tit. IV et la Table*, sans grossir le volume au-delà de toute proportion. On a donc été obligé de renvoyer au volume suivant ce *Tit. IV*, où nos législateurs se sont élevés bien au-dessus de l'ancienne doctrine, et dont les beaux principes exigent une exposition

soignée et des développemens très-importans. On y ajoutera *la Table générale*, déjà entièrement composée pour les dix premiers volumes, et dans laquelle sera fondue celle du onzième; en sorte que ce volume, qui sera publié en peu de mois, complétera la doctrine, tant des *Obligations qui naissent de la convention*, que de *celles qui se forment sans convention*.

Le douzième commencera l'important *Traité du contrat de mariage* et *des droits respectifs des époux*, qu'une plume plus exercée nous avait promis.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE III.

Des Contrats et Obligations conventionnelles.

SUITE DU CHAPITRE VI.

De la Preuve des Obligations et de celle du Paiement.

SECTION III.

Des Présomptions.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

De la Nature et du Fondement des Présomptions, et des Preuves judiciaires en général.

SOMMAIRE.

1. TRANSITION. *Nature des preuves judiciaires. Leur force consiste dans les conséquences qu'on tire d'une vérité connue.*

2. *Dans les questions de droit, la preuve peut aller jusqu'à une démonstration parfaite.*
3. *Exemple tiré de la question de savoir si les ventes faites par l'héritier apparent sont valides ou non.*
4. *Dans les questions de fait, la preuve peut rarement être portée jusqu'à la démonstration, et pourquoi.*
5. *On pourrait trouver une démonstration dans l'uniformité des témoignages, si le concert des témoins était impossible.*
6. *La démonstration doit être conforme aux règles du syllogisme.*
7. *Il faut y réduire les preuves judiciaires et les présomptions, pour en apprécier la force et la faiblesse.*
8. *Il faut sur-tout y réduire la preuve testimoniale, qui ne peut guère former une démonstration.*
9. *Non plus que la preuve littérale, et pourquoi.*
10. *Les preuves judiciaires sont toutes insuffisantes pour s'assurer de la vérité. Mais la crédulité des juges est souvent excessive.*
11. *Trois espèces de vérités : celles de la religion, objet de la foi; vérités historiques : personne n'est tenu d'y ajouter foi; vérités judiciaires.*
12. *Les preuves de ces dernières, long-tems abandonnées à l'arbitraire du magistrat, tant sur le fait que sur le droit.*
13. *Il exista des magistrats avant qu'il existât des lois. Ils jugeaient arbitrairement.*
14. *Répression de cet arbitraire sur les questions de droit, par l'établissement des lois.*
15. *Difficulté de le réprimer, quant aux questions de fait.*
16. *On y parvint en partie, en déterminant l'effet de certaines preuves que la loi ordonne de tenir pour certaines, en substituant la présomption de la loi à la croyance du juge.*

17. *Exemples dans la preuve de la légitimité de l'enfant conçu pendant le mariage, et dans la preuve résultant de la chose jugée.*
18. *L'appréciation de la preuve testimoniale reste, par sa nature, abandonnée à l'arbitraire du juge Ce qu'ont fait les lois pour en diminuer les inconvéniens.*
19. *Nos lois nouvelles veulent que les actes écrits fassent* pleine foi. *C'est un pas de plus pour obvier à l'arbitraire des juges.*
20. *Le Code en a fait un plus remarquable, en défendant de juger sur des présomptions hors des cas où la preuve testimoniale est admise, et en exigeant, dans ces cas mêmes, plusieurs présomptions.*
21. *Le jugement qui contreviendrait à l'une ou à l'autre de ces dispositions, serait soumis à la censure.*
22. *Penchant des hommes à juger sur des soupçons. Exemple dans Caton.*
23. *Lorsque la liaison d'un fait reconnu constant avec le fait à prouver est telle, qu'il soit moralement impossible que le premier existe sans le second, il y a une preuve rigoureuse qu'il ne faut pas confondre avec les présomptions. Exemples de ces preuves.*
24. *Si la liaison n'est pas nécessaire, la conséquence tirée d'un fait à l'autre ne prouve que des probabilités ou vraisemblances. C'est ce qu'on appèle proprement des* **présomptions.**
25. *Il y en a dont la loi présume la vérité. Elles tiennent provisoirement lieu de preuves.*
26. *L'appréciation des autres est abandonnée à la sagacité du juge.*
27. *Degrés de probabilités depuis le soupçon jusqu'à la certitude, qu'il ne faut pas confondre avec la vérité.*
28. *On ne parvient à la certitude que par degrés, à l'aide de plusieurs présomptions.*

29. *Vains efforts des géomètres pour soumettre au calcul l'évaluation ou l'appréciation des degrés de probabilités.*

30. *On peut, en considérant la preuve comme cause efficiente de la certitude, expliquer la division des preuves en* pleines *et* semi-pleines.

1. Après la preuve testimoniale, qui n'est elle-même fondée que sur des présomptions (1), mais qui néanmoins peut quelquefois donner une certitude morale, le Code passe aux présomptions en général, qui ne sont pas autre chose que des conjectures fondées sur les conséquences qu'on tire d'un fait connu à un fait inconnu (1349). Il est d'autant plus important, d'autant plus nécessaire de rechercher et de connaître la nature et les sources des présomptions, que, suivant la remarque judicieuse du profond Domat (2), toutes les preuves judiciaires ont cela de commun, que leur force consiste dans la conséquence qu'on peut tirer de quelque vérité connue, pour en conclure la vérité dont on cherche la preuve.

2. Il peut y avoir deux choses à prouver dans une contestation soumise aux jugemens des tribunaux, le droit et le fait. Si le fait, qui est la matière du procès, est constant et reconnu, il reste

---

(1) *Voy.* Domat, pag. 245.

(2) Préambule sur le titre des preuves et présomptions. Cette remarque a été adoptée par le chancelier d'Agnesseau, plaid. 23, tom. II de ses Œuvres, pag. 538 et suiv.

à savoir s'il existe une loi qui lui soit applicable ; c'est ce qu'on appèle la question de droit.

S'il existe une loi claire et précise, il suffit d'en présenter le texte aux juges, et de leur faire voir qu'il doit être appliqué au cas proposé, par une juste conséquence du fait reconnu ou déjà prouvé.

Si le texte est obscur ou équivoque, il faut le rendre clair par l'interprétation ; il faut en fixer le véritable sens, en le rapprochant des autres dispositions de la loi, en le combinant avec les autres textes.

Si la lettre du texte ne paraît pas directement applicable, si la loi se tait ou paraît se taire, il faut avoir recours à l'analogie, c'est-à-dire aux inductions tirées des autres textes analogues à la question dont il s'agit ; enfin à l'équité, qui est le retour à la loi naturelle, dans le silence de la loi positive.

Tous ces argumens appartiennent proprement à la logique ou à l'art de raisonner ; ils peuvent, lorsqu'on part d'un principe sûr et reconnu d'où l'on tire des conséquences bien déduites et nécessaires, former une démonstration aussi complète que les démonstrations mathématiques, parce que, comme dans celles-ci, les principes ne dépendent pas de la volonté inconstante de l'homme : tout consiste, comme dans les autres sciences, à ne partir que de principes certains, à n'en tirer que des conséquences justes.

3. On demande, par exemple, si le véritable

héritier peut revendiquer, contre les tiers acquéreurs de bonne foi, les immeubles aliénés par l'héritier putatif ou apparent, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, dans l'absence du premier, dont il ignorait l'existence et les droits. Aucun des faits n'étant douteux, voilà une question de droit.

Aucune loi française ne la décide positivement. On allègue, pour la négative, la faveur ou la protection due aux tiers qui ont acquis de bonne foi de celui à qui la succession paraissait dévolue, et qu'on regardait publiquement comme le véritable héritier.

On allègue encore la bonne foi de l'héritier apparent, à qui la loi déclarait que la succession lui était dévolue, et qui peut-être ignorait l'existence d'un héritier plus proche, appelé en concurrence avec lui.

Mais suivant un principe aussi ancien que l'établissement de la propriété permanente, rappelé et consacré dans les art. 2125 et 2182 du Code, la propriété d'autrui ne peut être transférée sans le fait du propriétaire, et ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit résoluble, ne peuvent transmettre qu'un droit également résoluble.

Or, suivant un autre principe également très-ancien, également consacré par le Code, art. 724, le véritable héritier est saisi de plein droit, et propriétaire des biens, droits et actions du défunt, dès le moment de son décès. L'héritier putatif,

même de bonne foi, n'a qu'un droit résoluble par la présence du véritable héritier : il n'a donc pu transférer à ses acquéreurs qu'un droit également résoluble. La conséquence est nécessaire et la démonstration parfaite, à moins qu'il n'existe une exception au principe en faveur de l'héritier apparent.

Or, loin de faire cette exception, le Code, qui, dans l'art. 136, dit que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, réserve expressément au premier, dans l'art. 137, la pétition d'hérédité par laquelle est résolu le droit de l'héritier apparent. Le droit qu'il avait conféré à ses acquéreurs est donc également résolu, par une conséquence nécessaire du principe consacré dans l'art. 2125, que celui qui n'a sur des immeubles qu'un droit résoluble en certain cas, ne peut conférer que des droits soumis à la même résolution. Cette démonstration est aussi parfaite que les démonstrations qu'on peut avoir d'une vérité dans les sciences exactes, parce qu'elle n'est que la conséquence nécessaire d'un principe fixe et certain, que la volonté des hommes ne peut changer.

Il en est autrement dans les questions de fait : on ne peut jamais, ou du moins très-rarement, avoir des démonstrations parfaites ou des preuves rigoureuses. Les preuves du fait n'en ont pas moins

cela de commun avec les preuves du droit, et même avec toutes les preuves en général, que leur force consiste dans les conséquences qu'on peut tirer de quelque vérité connue, pour en conclure celle dont on cherche la preuve.

Mais dans les questions de droit, comme dans les sciences exactes, on part toujours d'un principe sûr, d'un fondement fixe et immuable, dont les conséquences sont également fixes et certaines, quand le raisonnement est juste. La certitude du principe, et celle des conséquences, sont également indépendantes de la volonté et du caprice des hommes. (1)

4. Au contraire, dans les preuves de fait, le principe d'où l'on part n'est presque jamais sûr, et les conséquences qu'on en tire, pour affirmer l'existence du fait douteux, sont rarement nécessaires, parce que cette existence dépend presque toujours de la volonté inconstante et capricieuse de l'homme.

Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter un léger coup-d'œil sur les différentes manières de prouver les faits. Nous ne pouvons connaître ceux qui se sont passés hors de notre présence que par des écrits où ils sont consignés, par le témoignage verbal de ceux qui les ont vus, ou enfin par des présomptions, c'est-à-dire par les conséquences

---

(1) Le législateur peut changer le principe en abrogeant la loi ; mais il ne peut le faire que pour l'avenir et non pour le passé.

que nous tirons d'un fait connu à un fait inconnu, par la liaison qu'ils ont entre eux.

Or, nous avons fait voir ailleurs que la preuve littérale se réduit, en dernière analyse, à la preuve testimoniale, et qu'elle n'en diffère que par la manière dont le témoignage est donné. Il faut ajouter que la preuve littérale, même authentique, peut être détruite par la preuve testimoniale, lorsqu'on allègue contre les actes le faux, la fraude, la simulation. D'un autre côté, il est certain, il est reconnu que le témoignage des hommes n'est point par lui-même un critère infaillible de vérité, parce qu'il n'existe pas de liaison nécessaire entre le récit des témoins et la vérité des faits qu'ils attestent ; parce qu'au contraire, l'expérience de tous les siècles prouve non seulement qu'ils se trompent souvent, mais encore qu'ils cherchent à tromper, à déguiser ou à trahir la vérité.

Sur quoi donc est fondée la foi que nous accordons à leurs témoignages? Sur les conséquences que nous pouvons tirer du principe naturel des actions de l'homme, de la connaissance des causes qui le font agir, suivant le cours ordinaire de la nature. Nous présumons du bon sens et de l'intelligence du témoin qu'il ne s'est pas trompé, et de sa probité qu'il ne trompe pas. Nous en concluons que le fait qu'il atteste est vrai : ce raisonnement est juste en théorie. Et si je pouvais m'assurer qu'un témoin, même unique, a bien vu, et qu'il a voulu me dire vrai, son témoignage pour

moi deviendrait infaillible. Ce n'est qu'en proportion des degrés de cette double assurance que croît ma persuasion ; mais elle ne s'élèvera jamais jusqu'à une pleine conviction, fondée sur une démonstration, tant que le témoignage sera unique, parce que, quelque connaissance que j'aie du cœur humain, je ne le connaîtrai jamais assez parfaitement pour être assuré d'en deviner les divers caprices, et tous les ressorts mystérieux qui le font mouvoir. La déposition d'un seul témoin ne peut donc par elle-même produire qu'une probabilité, et jamais une certitude.

Mais ce que je chercherai vainement dans un témoignage unique et isolé, le trouverai-je dans le concours de plusieurs ? Non encore, tant que je ne ferai que considérer la probité et la sincérité de chaque témoin en particulier ; car enfin, quelque véridique qu'un homme ait été dans le cours de sa vie, il ne sera jamais que probable qu'il ne m'en impose point sur le fait qu'il rapporte, parce qu'il m'est impossible de connaître avec certitude s'il n'a pas quelqu'intérêt secret à m'en imposer. On ne peut donc appuyer une démonstration parfaite sur la seule connaissance du cœur de l'homme, fût-ce de Xénocrate lui-même, parce que la conséquence qu'on peut tirer de son intégrité, de sa véracité passée à sa véracité actuelle, n'est pas absolument nécessaire.

5. Mais au lieu de me borner aux conséquences qu'on peut tirer du principe naturel des actions

de l'homme, à la connaissance toujours utile du cœur de chaque témoin, à l'investigation de sa vie passée, de son intégrité, de sa probité, si je compare les témoignages et les témoins, si j'en trouve plusieurs qui soient d'accord, non seulement sur le fait à prouver, mais encore sur tous ses détails, sur toutes ses circonstances; si je puis en outre m'assurer qu'ils n'ont pu se concerter, je puis alors conclure, avec une entière assurance, que la vérité seule a pu les réunir, parce que, suivant les lois immuables que suivent les esprits, il est aussi impossible que deux témoins, qui ne se sont point concertés s'accordent sur un fait, sur tous les détails et les circonstances de ce fait, qu'il est impossible que deux peintres qui, travaillant séparément à faire un tableau sur le même sujet, se rencontrent sur tous les détails de l'action et sur les ornemens épisodiques. Il y a ici démonstration parfaite, parce qu'elle a pour fondement la conséquence nécessaire d'un principe invariable, qui prend sa source dans les lois immuables de la nature. Je n'ai pas même alors besoin de m'enquérir des mœurs et de la probité de chaque témoin, de savoir s'ils sont ou non intéressés dans l'affaire, amis ou ennemis de l'une des parties. La diversité même de leurs passions et de leurs intérêts ne sert qu'à rendre plus inébranlable le fondement de ma certitude; car, plus les témoins sont animés de passions différentes, plus leurs intérêts sont opposés, moins il est possible qu'ils se soient

accordés sur les détails et les circonstances du fait; plus il est évident que la vérité seule a pu les réunir.

Ce raisonnement est de la plus exacte justesse dans la théorie ; mais malheureusement il ne peut jamais donner dans la pratique qu'une démonstration imparfaite, parce qu'on ne peut jamais, si ce n'est dans des cas extrêmement rares, s'assurer que les témoins ne se sont pas concertés, qu'ils n'ont pu se concerter. Souvent même trop de conformité dans les dépositions, loin de porter l'empreinte de la vérité, ne fait qu'éveiller la défiance ou le soupçon, que déceler la subornation de témoins qui répètent une leçon concertée d'avance et apprise par cœur.

6. C'est ici le lieu d'insister sur une vérité très-ancienne, reconnue par les plus grands génies, par les philosophes les plus distingués, tels que Leibnitz (1) ; c'est qu'une démonstration, pour être bonne, même dans les mathématiques, doit être conforme aux règles du syllogisme. Cette vérité, applicable à toutes les sciences, l'est sur-tout à la jurisprudence et aux preuves judiciaires, dont toute la force ne consiste que dans la conséquence qu'on peut tirer de quelque vérité connue, de quelque fait certain, pour en conclure la vérité, dont on cherche la preuve, ou l'existence d'un fait inconnu

---

(1) *Voy.* l'Encyclopédie, v.° *Démonstration.*

et douteux; et, comme l'observe fort bien, d'après Domat, le chancelier d'Aguesseau (1), tout l'art de l'esprit humain, toute la prudence des juges, dans la preuve des faits, consistent à tirer d'un fait connu une conséquence certaine, qui fasse parvenir à la connaissance d'un fait douteux.

7. Ainsi donc, pour apprécier sûrement et facilement la force ou la faiblesse d'une preuve, il faut réduire tous les raisonnemens à la forme d'un syllogisme; examiner le principe dont on est parti, l'application qu'on en fait et la conséquence qu'on en tire; en un mot, la majeure, la mineure et la conséquence. Cet artifice, toujours utile, souvent nécessaire, fait aisément découvrir, dans un raisonnement, le vice qu'on avait peine à démêler et à saisir au premier coup-d'œil.

Il m'est souvent arrivé d'entendre ou de lire un discours préparé avec art, et d'y admirer le vernis d'une élocution facile et brillante, la suite et l'enchaînement des raisonnemens, sans cependant être persuadé; mais aussi sans pouvoir d'abord dire ni expliquer nettement le pourquoi, parce que je ne pouvais démêler clairement et précisément le vice des sophismes spécieux qui m'éblouissaient. Mais en y réfléchissant mûrement, et souvent plus d'une fois; en soumettant tout ce beau discours au creuset de l'analyse, c'est-à-dire, en

(1) Tom. III de ses Œuvres pag. 538.

réduisant d'abord chaque raisonnement, puis l'ensemble des raisonnemens, à la forme du syllogisme, pour mieux examiner le principe d'où l'on était parti, l'application qu'on en faisait, la conséquence qu'on en tirait, le vice de chaque raisonnement et de leur ensemble, qui s'était d'abord dérobé à mon esprit, se découvrait de lui-même avec une évidence telle, que ma réfutation devenait une démonstration; car la raison humaine n'a jamais autant de force que lorsqu'il s'agit de réfuter.

Cette même analyse, qui met à découvert la faiblesse d'un discours, en fait aussi sentir la force et la beauté. Les maîtres de l'art ont remarqué avec raison que le chef-d'œuvre de l'éloquence latine, la Milonième, se réduit à un syllogisme.

8. C'est sur-tout pour apprécier la force ou la faiblesse des preuves judiciaires et des présomptions, qu'il est toujours utile et souvent nécessaire de les réduire à cette forme. Nous avons vu, par exemple, que la preuve testimoniale est fondée sur deux présomptions, l'une de l'intelligence, l'autre de l'intégrité du témoin, et sur-tout sur l'impossibilité que deux ou plusieurs personnes, qui ne se sont pas concertées, s'accordent sur un fait qu'elles attestent, sur les détails et sur les circonstances de ce fait.

Le raisonnement sur lequel se fonde la preuve testimoniale se réduit donc à celui-ci : Tout homme est doué d'une intelligence suffisante pour observer un

fait, et le raconter tel qu'il l'a vu. D'un autre côté, tout homme intègre ne trahit point la vérité sans y être porté par intérêt ou par quelque passion; enfin, il est impossible que deux personnes s'accordent dans le récit d'un fait, si elles ne se sont pas concertées.

Or, tels et tels témoins sont intelligens et intègres. On ne connaît contre eux aucun moyen de reproche (1). Rien n'annonce qu'ils se soient concertés, pour raconter de la même manière le fait qu'ils attestent.

Donc le fait est vrai.

Il est évident que cette conséquence n'est point contenue dans les prémisses. Sans examiner la majeure, qui est vraie au moins par abstraction, la mineure est évidemment incertaine dans tous les points, parce qu'il est impossible d'avoir une entière certitude de l'intégrité d'un homme, et de ses sentimens secrets; parce que sa conduite extérieure passée n'est point une garantie assurée de sa conduite présente ou future; parce que, si l'on ne connaît pas contre lui de moyen de reproches, on ne saurait en conclure qu'il n'en existe pas; parce qu'en fait, s'il n'y a pas de preuve du

---

(1) La loi présume l'intégrité, l'intelligence et le défaut de concert, lorsque le contraire n'est pas prouvé. *Si careat suspicione admittendus est.*

Oui; mais seulement pour admettre le témoin à déposer. En même tems elle recommande aux juges de l'examiner; elle ne les astreint point à ajouter foi à son témoignage.

concert des témoins, il n'en résulte pas nécessairement qu'ils ne se sont point concertés. La preuve testimoniale ne peut donc presque jamais former une démonstration parfaite.

9. Il en est de même de toutes les preuves judiciaires (1), sans en excepter la preuve littérale, qui n'a pour fondement que la preuve testimoniale, et qui n'en diffère que par la manière dont les témoignages sont reçus, comme nous l'avons plusieurs fois observé (2). L'acte authentique lui-même, revêtu de toutes les formalités requises, ne saurait former une démonstration de la vérité des faits qu'il contient; il n'en peut résulter que des probabilités. Sa force probante a pour fondement la présomption que deux officiers publics, ou même un seul, accompagné de deux témoins, chargés par la loi de recevoir les actes les plus importans de la vie civile, ne manqueront point à leurs devoirs au point d'attester un faux au préjudice d'un tiers.

Mais je ne puis en conclure nécessairement que l'acte soit vrai; car j'ai vu plusieurs notaires convaincus de faux et punis comme tels.

Ajoutez à cela qu'il est notoire et certain que la plupart des notaires, je dirai presque tous, font journellement des faux en écritures publiques, afin d'éluder les sages précautions exigées par la loi; pour donner à leurs actes le caractère de l'authen-

---

(1) *Voy.* d'Aguesseau, tom. II, pag. 538.
(2) Tom. VIII.

ticité ; qu'ils mentent impudemment dès les premières lignes de leurs actes, en attestant qu'ils ont été passés en présence d'un autre notaire ou de deux témoins. Ils conviennent ingénument de cette habitude criminelle, dont ni la crainte des peines infamantes qui les menacent (1), ni la religion, ni l'honneur, ne peuvent les corriger (2).

Je le demande à tout lecteur sensé, comment la foi d'hommes tellement endurcis dans le crime du faux, pourrait-elle être un critère de vérité?

10. Les présomptions tirées d'une autre source que les actes écrits, et le témoignage des hommes, ont encore moins de force. Il n'est donc que trop vrai, et telle est la triste condition de la nature humaine, que toutes les preuves judiciaires ne sont point des preuves rigoureuses en ce sens, que ne pouvant former une démonstration parfaite, elles ne sauraient forcer notre assentiment.

Faut-il donc conclure de leur insuffisance, pour

---

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 15 juillet 1819; Sirey, tom. XIX, pag. 380, et ce que nous avons dit dans le VIII.e vol., n.° 78.

(2) Et les magistrats le savent, et le ministère public, spécialement chargé de veiller à l'exécution des lois, se tait, et tolère cette infraction publique et notoire des lois qui intéressent directement l'ordre social. Il y connive scandaleusement; il l'autorise même par son silence.

Je n'ai vu qu'un seul magistrat frappé de ce désordre, et désirant vivement le faire cesser. C'était le vertueux Mounier, préfet du département d'Ille et Vilaine. Il déplorait, dans l'amertume de son âme, cette criminelle habitude du faux, il en était profondément contristé. Mais son pouvoir ne s'étendait pas sur les notaires.

découvrir la vérité d'une manière certaine, qu'elles ne doivent pas nous servir de règles de conduite? Non, certes; ce serait une grande et dangereuse erreur. Si telle est, d'un côté, la nature des preuves judiciaires, qu'il n'en est point d'infaillibles, de capables de former une démonstration parfaite, telle est, d'un autre côté, la nature de l'homme, que, loin d'attendre une démonstration pour être persuadé et pour croire, sa crédulité est au contraire tellement excessive, que trop souvent la sagesse, la raison et l'humanité ne suffisent pas pour contenir la crédulité des juges dans de justes bornes. Combien de condamnations scandaleuses, combien d'assassinats juridiques occasionnés, dans tous les siècles, par leur coupable crédulité! Non seulement on croit trop facilement les faits, mais on en tire encore des conséquences contraires à toute raison, pour prêter à un malheureux accusé, par des interprétations absurdes et conjecturales, des intentions criminelles, et pour l'envoyer au supplice malgré son innocence.

Tantùm credulitas potuit suadere malorum!

C'est ce qu'on peut observer sur-tout dans ces cruels paroxismes d'inquisition, soit religieuse, soit politique, qui reviennent par intervalle affliger au moral les nations civilisées, comme au physique ces contagions pestilentielles, qui menacent de les détruire. Les moindres apparences deviennent alors des crimes. Les plus faibles indices, les témoignages les plus suspects, les plus vils, sont des preuves

convaincantes. On en vient au point d'admettre en témoignage les espions délateurs qui ont provoqué à un délit imaginaire, en feignant d'y prendre part.

Nous ne pouvons donc assez prémunir les élèves de Thémis contre cette crédulité condamnable qu'elle désapprouve, et qui déshonore, dans l'opinion publique, les juges qui s'y abandonnent par ignorance ou par corruption.

11. Mais aussi ne portons pas le scepticisme au point de ne rien croire, parce que nous ne pouvons pas nous procurer des preuves rigoureuses de tout. Indépendamment des vérités dont s'occupent les sciences exactes, on peut en distinguer de trois autres espèces : les vérités de la religion, les vérités historiques et les vérités judiciaires.

Les vérités de la religion sont d'un ordre supérieur ; elles sont mieux connues par la foi que par le raisonnement ; elles sont l'objet de la théologie. Nous n'avons point à nous en occuper.

Les vérités historiques sont des vérités contingentes, des faits qui ont pu arriver ou ne pas arriver, qui pouvaient exister ou ne pas exister. Nous ne les connaissons que par le témoignage des historiens contemporains, qui ont pu les voir, mais qui, le plus souvent, ne les rapportent que sur la foi d'autrui, sur des bruits publics et populaires, et quelquefois sur des conjectures ; d'ailleurs ils ne s'accordent pas toujours entre eux.

L'art de démêler le vrai du faux, au milieu de leurs récits obscurs et souvent contradictoires, d'ap-

précier le dégré de possibilité et de vraisemblance des faits, suivant le poids des témoignages, suivant le caractère des historiens, d'apprécier leurs conjectures, de les comparer entre eux, et de les juger l'un par l'autre, est un des objets de la critique. Mais quel que soit ce jugement, personne n'est obligé d'y souscrire; et comme rien ne nous force à nous décider, nous pouvons toujours, sans inconvénient, rester dans le doute, ou rejeter les faits comme fabuleux; d'autant mieux que le témoignage des historiens qui les rapportent, rendu même quelquefois dans leur propre cause, n'a point été recueilli publiquement en présence de la justice (1); soumis à la discussion de la partie intéressée, et qu'aucune précaution n'a été prise pour s'assurer préalablement de leur intégrité, et de la vérité de leurs récits et de leurs dépositions. De là, ce mot connu d'un philosophe très-ingénieux, l'histoire n'est qu'une fable convenue.

12. Les vérités judiciaires, qui sont la matière des questions de fait, sont, comme les historiques, des vérités contingentes. « Ce ne sont pas, dit » d'Aguesseau, tom. II, pag. 538, des vérités natu» relles et immuables, mais des vérités positives et » arbitraires, dépendantes de l'inconstance de la » volonté des hommes; et comme elles sont incer» taines par leur nature, les preuves sur lesquelles

(1) Ce qui est fort important. *Voy.* tom. IX, n.° 306.

» elles sont fondées ne peuvent jamais avoir le ca-
» ractère de fermeté et d'évidence capable de pro-
» duire une conviction entière, et de former une
» démonstration parfaite. »

Ou, si l'on veut, ces vérités sont incertaines, parce qu'on n'en peut donner de preuve rigoureuse; parce que nous n'en pouvons connaître l'existence par une démonstration parfaite. Aussi pouvons-nous remarquer, et cette remarque n'est point sans utilité, que l'effet des preuves judiciaires fut pendant long-tems abandonné à l'arbitraire des magistrats, à ce qu'on appèle leur prudence. Ce n'est que lentement, et par des progrès d'abord inaperçus, que s'est formé successivement cet ordre admirable établi par les lois dans les sociétés civilisées.

13. On a dit qu'un état se passerait plutôt de lois que de magistrats : cela est vrai sous certain point de vue. Dès le berceau de la société, il y eut des magistrats; car c'est l'établissement d'une puissance publique, pour la sûreté des associés et pour les maintenir en paix, qui constitue et qui caractérise l'état civil, dont la première loi est que nul associé ne se fera justice par lui-même, mais qu'il la demandera aux dépositaires de la force publique.

Ces dépositaires, c'est-à-dire les magistrats, jugeaient donc les contestations qui s'élevaient entre les associés, avant même qu'on eût établi des lois pour décider comment devaient être jugées ces contestations, et pour établir sur des règles fixes

les droits privés des citoyens entre eux. Tout était donc alors soumis à l'arbitraire du magistrat, la question de droit et la question de fait, le fond de la contestation, c'est-à-dire le droit de chaque contendant, et la preuve du fait qui donnait lieu au procès : *Omniaque manu* (1) *a regibus gubernabantur.* L. 2, § 1, ff *de origine juris.*

14. On sentit vivement à Rome les abus d'un pareil arbitraire, que les consuls et les patriciens s'efforcèrent vainement de maintenir et de perpétuer, pour contenir le peuple dans une obéissance aveugle, et le forcer de recourir à eux comme à des patrons nécessaires. Voyez sur cela un passage curieux de Denys d'Halicarnasse, au commencement du 10e. livre (2). On fit donc des lois pour

---

(1) *Id est, absque auctoritate legis est, ex arbitrio..... Sic apud Cassiodorum l. 4, varia. 10, legum reperta est sacra reverentia, ut nihil* MANU, *nihil proprio ageretur impulsu. Tacitus dixit, lib. 3, Annal., c. 26, Romulum, ut libitum Romanis imperitasse quod et de omnibus populi romani regibus adfirmavit Dionisius Halicarnass. L. 10. P. M. 627..... Imperitarunt scilicet, quo jure ipsis videbatur, non ex lege, non ex formulâ quæ arbitrium coërceret.* Voyez Bynckershoëk, *prætermissa ad leg. 2, de orig. juris ad* § 1.

(2) Voici le passage de Denys d'Halicarnasse, au commencement du liv. 10 de ses Antiquités. Il parle des consuls P. Volumnius et Ser. Sulpicius Camerinus, créés consuls l'an de Rome 293 :

Hi nullum eduxerant exercitum vel ad ulciscendas suas, sociorumve injurias, vel ad res imperii tutandas. Tantùm intra mœnia curabant, ne quam novam sedutionem plebs contra senatum moveret, turbabatur enim rursùs à suis tribunis, asserentibus nihil esse liberæ civitati convenientiùs quàm æquum jus agendi de republicâ : eoque volebat omnia tam privatim quàm publicè ex legum præscripto geri. Nondùm enim erat apud Romanos

établir les droits des citoyens sur des règles fixes. On en fit de nouvelles à mesure que le besoin s'en faisait sentir, et il fut d'autant plus difficile aux magistrats de s'en écarter, que ces lois étaient connues de tout le monde, et qu'on finit par donner aux juges, pour assesseurs et pour conseils, des hommes instruits dans la science des lois (1). Les questions de droit ne furent donc plus arbitraires.

15. Mais il n'en put être ainsi des questions de fait. Nous avons vu que les preuves des faits qui font la matière des contestations judiciaires ne sauraient jamais avoir le caractère d'évidence capable de produire une entière conviction, et de former une démonstration parfaite. Le résultat ou l'effet de ces preuves demeura donc, par leur nature, abandonné à la prudence du juge, ou plutôt à l'impression qu'elles produisaient sur son esprit ou sur sa croyance. Or, si nous réfléchissons sur les motifs de crédibilité, c'est-à-dire sur les motifs qui déterminent les hommes à croire, l'expérience et l'observation nous démontrent qu'ils ne se déter-

---

jus æquum omnibus civibus, nec omnibus ex æquo dicendi potestas erat, nec in tabulas relata erant jura omnia; sed olim quamdiù regnatum est in urbe, regum arbitrio lites dirimebantur; et quod justum illi judicassent, id erat pro lege. Translato deindè à regibus ad annuos consulatus imperio, inter cætera officia regi juris quoque reddendi munus ad eos devenit: ità ut quâcumque de re orta esset inter cives controversia, illi de jure responderent, etc. pag. 627, édit. Wech. 1586.

(1) *Voy.* la loi 1, *ff de officio adressorum*, t. 22.

minent pas tous par les mêmes motifs ; que tel motif qui fait sur l'esprit de l'un l'impression la plus vive et la plus déterminante, n'en fait aucune sur l'esprit d'un autre; bien plus : que le même motif de crédibilité n'agit pas également sur le même homme, dans tous les tems, à tous les âges. Ainsi, voilà la décision des contestations judiciaires retombée, quant à la question de fait, dans l'arbitraire d'où la loi l'avait tirée, quant à la question de droit. La loi, et le magistrat chargé à Rome de la faire exécuter, laissaient à la prudence des juges le pouvoir arbitraire d'apprécier les preuves du fait contesté. La formule qui les nommait le portait expressément : « Soyez juge dans telle af-» faire, et s'il vous paraît, *si paret* (1), que Mevius » ait vendu sa maison à Servilius, condamnez-le, » etc. »

Nous verrons bientôt, par l'exemple de Caton même, que les juges se contentaient des présomptions les plus frivoles. C'était un grand abus ; mais il paraissait difficile de le déraciner ; car il semble tenir jusqu'à un certain point à l'imperfection de l'esprit humain, et à la nature des preuves. On ne saurait contraindre la croyance. La loi ne peut pas plus me forcer d'ajouter foi à telle preuve, de croire un fait qui ne me paraît pas prouvé, qu'elle

---

(1) *Voy.* Heineccius, *Antiquit., lib. 4, tit. 6, n.° 41, et tit. 17, n.° 1.*

ne peut me forcer à voir blanc ce qui me paraît noir.

16. Cependant on parvint par degrés à restreindre cet effrayant arbitraire des juges, dans l'appréciation de la preuve des faits, et à le circonscrire dans certaines bornes. Il est utile de noter et de remarquer comment et par quels degrés on y parvint.

Les jurisconsultes romains, dont la doctrine fut érigée en loi par les empereurs, et qui, par la force de la raison, sont devenus les législateurs des nations, pensèrent que, si l'on ne peut contraindre la croyance ou la foi des juges, on peut du moins lui substituer la croyance ou la présomption de la loi, qui, par des considérations d'ordre public, pour maintenir la paix de la société et tarir la source de mille procès, déclare, en plusieurs cas, qu'elle tient pour vraies les conséquences qu'elle tire d'un fait certain et connu, quelquefois même d'un fait douteux. Ce jugement, prononcé d'avance par la loi, fait cesser les doutes et les incertitudes; il tranquillise la conscience du juge, qui n'a plus à examiner la justesse de la conséquence tirée par la loi, et qui est obligé de la regarder comme une preuve suffisante, à laquelle il est contraint de conformer son jugement, quand même il ne serait pas personnellement persuadé ou convaincu En cela, sa conscience ne peut être gênée; car il ne fait qu'appliquer une disposition de la loi : c'est ce qu'on appèle une présomption légale.

17. C'est ainsi que, si l'acte de célébration du mariage de deux époux est représenté en due forme, la loi présume que l'enfant conçu pendant le mariage est le fils du mari : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Le juge ne peut se dispenser de le déclarer légitime, quelques motifs qu'il puisse avoir de croire qu'il ne l'est pas.

C'est ainsi encore que le juge est obligé de se conformer à l'autorité de la chose jugée. *Res judicata pro veritate accipitur. L. 207, ff de R. J.*

18. Au reste, l'appréciation de toutes les présomptions qui n'étaient pas établies par la loi, et même l'appréciation de la preuve testimoniale (1), demeurera toujours à l'arbitraire ou à la prudence des juges. Il paraît en effet impossible de leur enlever l'appréciation de la preuve testimoniale, qui ne tire sa force, comme nous l'avons dit plusieurs fois, que de la double présomption, de l'intelligence et de l'intégrité des témoins. Ne pouvant les connaître, la loi ne pourrait aussi, sans choquer la raison, tenir pour vrais les faits attestés par tel nombre de témoins, sans ajouter la condition nécessaire, si ces témoins et leurs témoignages sont dignes de foi; condition qui confie inévitablement l'appréciation des enquêtes à la discrétion prudente, mais toujours un peu arbitraire du juge.

Pour diminuer cet arbitraire autant que pos-

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. IX, n.° 322. Thomasius, dissert. 46, cap. 2, n.os 57 et 58, tom. II, pag. 401.

ible, les lois romaines donnent aux juges les conseils les plus sages sur la foi que peut mériter un témoin; elles leur indiquent les qualités qu'ils doivent sur-tout examiner, pour mieux juger de son intégrité; et quant aux personnes que la loi présumait indignes de foi, elle défendit aux juges de recevoir leur témoignage. Enfin, elle leur défendit de regarder comme preuve suffisante un témoignage unique, et d'en croire un seul témoin : *Sancimus ut unius omninò testis responsio non audiatur. L. 9, C. de testib., 4. 20.* (1)

Les lois françaises portèrent la défiance plus loin; elles défendirent aux juges de recevoir en matière civile la preuve par témoins, quand il s'agissait d'une valeur excédant 100 liv. tournois, et suivant le Code civil, 150 fr.

Ainsi, les lois fixèrent des cas où les juges ne devaient pas admettre la preuve testimoniale; elles leur défendirent d'entendre, dans tous les cas, certaines personnes en témoignage; mais elles ne leur ordonnèrent en aucun cas d'ajouter foi à la déposition des témoins. Ils ne sont point liés par le résultat des enquêtes; en sorte que si, dans leur jugement, ils n'y ont point d'égard, s'ils ne tiennent point pour prouvés des faits attestés par plusieurs témoins non reprochés, il peut y avoir mal jugé, mais non pas contravention à la loi.

---

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. IX, n.° 317.

19. Les lois romaines ne donnèrent pas plus de force à la preuve littérale qu'à la preuve testimoniale. *In exercendis litibus, eamdem vim obtinet tàm fides instrumentorum, quàm depositiones testium. L.* 15, *C. de fide instrument.*, 4. 21. Justinien veut même que la preuve testimoniale l'emporte sur la littérale, quand il s'agit de savoir laquelle des deux doit prévaloir. (1)

Cette disposition, suivie autrefois en France, *voyez* tom. VIII, n°. 63, tom. IX, n°. 21, fut abrogée par l'ordonnance de Moulins, qui, en ordonnant de passer des actes devant notaire ou sous seings privés, de toutes choses excédant la valeur de 100 liv., et en défendant d'en recevoir la preuve testimoniale, fait clairement entendre que la preuve écrite est, aux yeux de la loi, préférable à la preuve par témoins.

Mais en ordonnant de passer des actes de toutes choses excédant la valeur de 100 liv., aujourd'hui 150 fr., ni cette loi, ni les lois subséquentes rendues sur le même sujet, n'ordonnent aux juges de prendre pour certains les faits attestés ou contenus dans ces actes. Il en résultait que si les juges, sur de simples présomptions, n'avaient point d'égard à la foi due aux actes, il pouvait y avoir un mal jugé, mais non pas une contravention à la loi, ni par conséquent ouverture à cassation. Ainsi, quand

---

(1) Nov. 73, cap. 3. *Voy.* ce que nous avons dit tom. IX, n.° 3.

l'arrêt ou la sentence était en dernier ressort, les juges pouvaient impunément n'avoir aucun égard à la foi due aux actes, sans avoir à craindre d'autre censure que celle de l'opinion publique.

L'inconvénient, ou plutôt l'abus, qui résulte de l'arbitraire des juges, était universellement senti en France, avant la révolution. Tous les esprits y étaient imbus de la sage maxime de Bacon, que la meilleure loi est celle qui laisse le moins à l'arbitraire du juge; le meilleur juge, celui qui s'en permet le moins. (1) Montesquieu (2) avait dit que les jugemens doivent être tellement fixes, qu'ils ne soient qu'un texte précis de la loi;..... que les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi. Ces principes, développés par son disciple Beccaria, étaient proclamés même en Russie, (3) par la czarine qui régnait alors. Toutes les nouvelles lois tendirent donc à restreindre l'arbitraire des juges.

Les législateurs saisirent l'occasion de le faire cesser entièrement, en ce qui concerne la foi due aux actes. Après avoir organisé le notariat par la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), et réglé la forme des actes authentiques, l'art. 19 porte :

---

(1) Bacon, *de justitiâ universali*, aph. 46.

(2) Esprit des lois, liv. XI, chap. 6. Beccaria, § 4.

(3) Par l'impératrice, dans l'instruction qu'elle donna pour la rédaction d'un nouveau Code, § 142. Ce paragraphe est une copie presque littérale de Beccaria.

« Tous actes notariés *feront foi en justice*, et seront » exécutoires dans toute l'étendue de la républi- » que. »

Le Code civil, promulgué un an après, développa cette disposition et l'étendit aux actes sous seing privé : « L'acte authentique fait foi de la con- » vention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause. » (1319).

« L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, » fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est » exprimé qu'en termes énonciatifs. » (1320)

Ce n'est qu'en cas de plainte ou d'inscription de faux que la foi due à l'acte et son exécution peuvent être suspendus ; et si les tribunaux ou les Cours se permettaient, par tout autre motif, de n'avoir point d'égard à la foi due aux actes, et d'en suspendre l'exécution, leur jugement ou arrêt serait infailliblement cassé ; car la loi serait violée.

C'est ici, nous devons le remarquer, c'est un pas de plus fait par le Code pour mettre les droits des citoyens à l'abri de l'arbitraire des juges.

20. Il en a fait un autre plus remarquable.

Ni les lois romaines, ni les lois françaises antérieures, n'avaient songé à restreindre le pouvoir arbitraire des juges, en ce qui concerne les présomptions qui ne sont point établies par la loi. Il est en effet impossible de prescrire au magistrat des règles impératives sur l'appréciation des présomptions. Ce sont toujours les circonstances qui leur donnent

ou leur ôtent de la force. Or, la loi ne peut jamais prévoir les circonstances. Les présomptions sont donc, par leur nature, abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats (1353). De là une incertitude dans les jugemens, telle qu'on peut assurer, sans crainte de se tromper, que la même affaire serait jugée différemment suivant les lieux, suivant les tems, selon le caractère, les lumières et l'expérience des juges, selon la couleur sous laquelle le prisme de leurs passions ou de leurs préjugés leur présenterait les faits et les personnes.

Pour restreindre autant que possible les occasions d'un si dangereux arbitraire, l'art. 1353 du Code civil, par une induction naturelle de la prohibition d'admettre en certains cas la preuve par témoins, a défendu aux magistrats de juger sur de simples présomptions, si ce n'est dans « les cas » seulement où la loi admet les preuves testimo- » niales » ; et dans ces cas-là même, elle leur prescrit de n'admettre que *des présomptions graves, précises et concordantes ;* sans pouvoir, par conséquent, se contenter d'une seule présomption. Dispositions nouvelles, mais infiniment sages, et que l'on doit regarder comme un grand pas vers la perfection de la législation.

21. La première de ces dispositions n'est pourtant, en réalité, que le développement ou une conséquence nécessaire de la prohibition d'admettre la preuve par témoins dans les cas déterminés par la loi ; car cette preuve n'étant elle-

même fondée que sur des présomptions, il y avait contradiction à permettre, dans ces mêmes cas, de juger sur des présomptions presque toujours plus faibles que celles qui résultent de la preuve testimoniale.

Cependant, aucune loi antérieure n'avait étendu aux présomptions la prohibition d'admettre la preuve par témoins en certains cas, tant les progrès de la législation et de la science sont lents.

Suivant la seconde disposition, une seule présomption ne suffit pas pour asseoir un jugement, il en faut plusieurs; il faut qu'elles soient *graves, précises et concordantes*. Un jugement motivé sur une seule présomption pourrait donc être soumis à la censure de la Cour de cassation. C'est ce qui paraît résulter de l'art. 1353, qui porte littéralement « que le magistrat *ne doit* admettre que *des* » *présomptions* graves, précises et *concordantes* », c'est-à-dire qui s'accordent entre elles.

Le magistrat manque donc à son devoir, s'il se détermine sur une seule présomption. Le concours de plusieurs est nécessaire pour donner de la consistance à son jugement. Une seule présomption trompe le plus souvent. C'est un hasard si elle se trouve conforme à la vérité. Les oracles de Thémis ne doivent pas être rendus au hasard.

Le concours de plusieurs présomptions trompe beaucoup plus rarement. Les présomptions se tirent de ce qui arrive ordinairement, *ex eo quod plerùmque fit*. Une seule ne suffit donc pas; car de

ce que tel fait est souvent accompagné de telle circonstance, on ne peut raisonnablement conclure que le fait existe uniquement, parce que cette circonstance se rencontre dans l'affaire dont il s'agit.

Mais si l'on y rencontre plusieurs présomptions, tirées l'une d'un fait, la seconde d'un autre, la troisième d'un autre encore, etc., il est plus rare alors, quelquefois presque impossible, que le concours de tant de présomptions n'ait pas la vérité pour fondement. Ces présomptions réunies forment donc une preuve dont la force augmente en raison de leur nombre, et qui, si elle n'est pas rigoureuse, parce qu'elle n'a pas le caractère d'une démonstration, peut en approcher de si près que l'on court beaucoup plus de risques de se tromper en les rejetant, qu'en les prenant pour règle de sa croyance.

22. C'est donc avec sagesse que le Code impose aux magistrats l'obligation de ne prononcer que d'après le concours de plusieurs présomptions (1). C'est le seul moyen d'empêcher ces jugemens, justement appelés téméraires, de s'introduire jusque dans le temple de la justice, et d'arrêter les esprits décisifs, toujours enclins à prononcer sur de simples soupçons.

---

(1) Il en donne l'exemple dans l'art. 1286. *Voy.* aussi le tom. VII, n.° 336.

Les meilleurs esprits ne peuvent pas toujours s'en défendre. Aulu-Gelle (1) nous en donne un exemple remarquable tiré du plus grave personnage de l'antiquité. Caton, dont l'austère intégrité a passé en proverbe, tenait comme une maxime reçue par tradition, *a majoribus memoriâ sic accepi*, qu'entre deux plaideurs, dont l'un demandait une somme prêtée, sans prouver le prêt ni par lettres, ni par témoins, il fallait rechercher qui des deux était le plus probe, et absoudre le défendeur, si tous les deux étaient également probes, ou également méchans, *si ambo pares essent, sive boni, sive mali;* mais qu'il fallait le condamner, s'il était un homme sans probité, et le demandeur un homme de bien. Ainsi, suivant Caton, la seule présomption tirée de la conduite passée des deux plaideurs suffisait pour juger un procès.

Aulu-Gelle, dans sa jeunesse, eut à juger un cas semblable. Le demandeur, homme d'une probité reconnue et d'une vie sans reproche, *inculpatissimæ vitæ*, réclamait une somme qu'il prétendait avoir prêtée, sans écrit et sans témoins, au défendeur, homme perdu de réputation; d'une vie pleine de turpitudes, et convaincu, en d'autres occasions, de fraude et de mensonge.

Ses avocats, sans nier ses mauvaises mœurs,

---

(1) Noct. attic., lib. 14, cap. 3.

disaient qu'il n'était pas traduit devant le censeur, seul juge compétent en ce qui concerne les mœurs, mais devant un juge qui n'avait à prononcer que sur les preuves du fait, et que le défendeur devait être absous, puisqu'il n'en existait aucune.

C'était aussi l'avis des hommes instruits et versés dans les affaires, qu'Aulu-Gelle avait choisis pour conseils et pour assesseurs. Ils pensaient que la demande devait être rejetée faute de preuve. Aulu-Gelle, incertain, renvoya la cause à un autre jour, pour avoir le tems de consulter le philosophe Favorinus, qui lui rappela cette maxime de Caton, et lui conseilla de la suivre. Mais Aulu-Gelle se trouva trop jeune pour s'ériger en censeur et pour juger les mœurs des contendans. Ne pouvant cependant se déterminer à renvoyer absous un aussi méchant homme que le défendeur, il prit le parti de jurer que le fait ne lui paraissait pas clair, *juravit sibi non liquere;* manière de prononcer autorisée par les lois romaines, mais qui ne l'est pas dans notre droit français.

La maxime de Caton, qu'Aulu-Gelle nous a transmise, nous fait voir à quels écarts (1) sont

---

(1) La maxime de Caton se réduit à ce que dit plaisamment notre fabuliste, dans la fable *du Loup plaidant contre le renard pardevant le singe.* (Liv. 2, fab. 3.)

> Le juge prétendait qu'à tort et à travers,
> On ne saurait manquer, condamnant un pervers.

Cette fable, empruntée de Phèdre (lib. 1, fab. 10), est réellement

sujets les plus grands génies, quand ils n'ont pas de règle pour les guider, et combien est sage la disposition du Code, qui ne permet pas au magistrat de juger sur une seule présomption.

25. Mais prenons garde, ici, de confondre les preuves proprement dites avec les présomptions; car si le magistrat ne doit pas juger sur une seule présomption, une seule preuve doit lui suffire. Or, comme l'enseigne fort bien Domat (1), et comme le démontre l'observation, il peut y avoir *des preuves certaines*, sans écrit et sans témoins, par la force des présomptions ou des conséquences, quand elles sont telles que, sur des faits certains et connus, on peut fonder des conséquences *nécessaires* de la vérité de ceux qu'il faut prouver. Voyons ce qui distingue ces espèces de preuves des simples présomptions proprement dites.

Toute présomption est fondée sur la liaison naturelle qui existe entre la vérité connue et la vérité que l'on cherche; et comme cette liaison peut être plus ou moins nécessaire, il est évident que les présomptions peuvent être aussi plus ou moins infaillibles, et que ce degré de certitude dépend du

---

une satyre indirecte de la maxime de Caton, dont les conséquences conduisent au jugement du singe, c'est-à-dire à condamner les deux contendans, si tous les deux sont également pervers.

Voy. la règle 8, *de regulis juris, in sexto*, et *ibi* Dumoine. *Semel malus, semper præsumitur malus.*

(1) Section des présomptions, n.° 6. *Voy.* aussi le préambule du titre des preuves et des présomptions. D'Aguesseau, plaid. 22, tom. 11, pag. 538 et 395.

rapport qui existe entre le fait que l'on connaît et celui que l'on ignore.

Si cette conséquence est nécessaire, s'il est impossible que le premier fait soit certain, et que le second soit douteux, la présomption est pour lors considérée comme la plus sûre de toutes les preuves. Elle peut produire seule une conviction parfaite dans l'esprit du juge : c'est une démonstration.

Ainsi quand, pour démontrer la fausseté d'une pièce, on justifie, par des témoignages authentiques et non douteux, que celui par lequel elle paraît signée était absent le jour que l'acte a été passé, ce seul fait est une preuve convaincante de la fausseté, parce qu'il est impossible que l'absence soit certaine et que l'acte soit véritable.

Ainsi, il est certain qu'un témoin n'a pu distinguer les traits d'un accusé, la couleur de ses habits pendant une nuit obscure, s'il en était éloigné de deux ou trois cents pas.

Ainsi, dans le jugement entre les deux femmes, dont chacune réclamait le même enfant comme sien, Salomon, prévoyant les mouvemens que causerait dans le cœur de la mère la crainte de la mort de son enfant, et connaissant la cause par son effet, jugea, par la tendresse de l'une qu'elle était la mère, et par l'insensibilité et la dureté de l'autre, que l'enfant lui était étranger.

Remarquez que le jugement de Salomon était fondé sur deux faits certains, dont les conséquen-

ces concordantes formaient une preuve sûre, une véritable démonstration. La conséquence ou la présomption tirée de la sollicitude tendre et empressée de la mère pouvait être douteuse. Sans être mère, toute femme sensible se fût opposée à ce qu'on tuât l'enfant pour le partager; mais il est moralement impossible qu'une mère ait la cruauté de dire : Qu'on le coupe en deux ; qu'on en donne une moitié à chacune. *Nec mihi, nec tibi, sed dividatur.*

Enfin, on trouve encore l'exemple d'une preuve fondée sur des présomptions dans le trait de cet Indien, dont nous avons parlé tom. VIII, n°. 6, qui, jetant son manteau sur la tête du cheval qu'il réclamait comme sien, pressa son adversaire d'indiquer de quel œil il était borgne. Surpris de cette question inattendue, et sentant l'induction qu'on eût tirée de son silence, l'Espagnol répondit au hasard, *de l'œil gauche.* Et moi, dit l'Indien, j'affirme qu'il n'est pas borgne.

L'ignorance de l'état du cheval, dans le premier, jointe à la connaissance parfaite qu'en avait le second, fit connaître évidemment et conclure que le cheval appartenait à celui-ci. La conséquence était nécessaire ; car il est impossible qu'un cultivateur qui se sert journellement d'un cheval, soit dans une telle ignorance de son état, qu'il le croie borgne quoiqu'il ne le soit pas (1).

---

(1) On trouve encore un exemple de ces présomptions dans le trait

24. Mais s'il n'y a point de conséquence absolument nécessaire entre le fait certain, d'où l'on tire la présomption, et le fait inconnu que l'on veut prouver, la présomption n'est que probable ou vraisemblable ; ce n'est à proprement parler qu'une conjecture.

Il y a donc deux sortes de présomptions : les unes qui se tirent par une conséquence *nécessaire* d'un fait certain. On leur donne le nom de preuves, parce qu'elles établissent la vérité du fait, qui était douteux ou contesté.

Les autres, qui retiennent le nom de présomptions, et qui sont tirées d'un fait certain, mais par une conséquence non nécessaire, et qui, par cette raison, ne sont que des conjectures sans certitude, et insuffisantes pour établir une preuve sûre de la vérité.

Ainsi, il est fort important de connaître les présomptions de la première espèce, qui ont force de preuves, et de les discerner des simples présomptions, puisque ce n'est qu'aux dernières que s'applique la disposition du Code qui défend de juger sur des présomptions, si ce n'est dans les cas où les

---

de Galba, rapporté dans sa vie par Suétone, n.° 6. Deux hommes se disputaient la propriété d'une bête de somme. Les preuves étaient légères de part et d'autre, la vérité difficile à découvrir. Galba commanda d'envelopper la tête de l'animal, de le conduire en cet état à l'abreuvoir accoutumé, et ordonna qu'il appartiendrait à celui des deux chez lequel il se retirerait ensuite, après avoir recouvré l'usage de la vue.

preuves testimoniales sont admises, et qui, dans ces cas-là même, exige plusieurs présomptions graves, précises et concordantes.

Il est aisé de voir, par ce qui précède, que cette connaissance ou ce discernement des présomptions dépend, 1°. de la certitude des faits d'où elles sont tirées; 2°. de la justesse des conséquences que l'on tire de ces faits, pour la preuve de ceux dont il s'agit. En un mot, c'est de la liaison plus ou moins nécessaire qu'il peut y avoir entre le fait connu et ceux qu'il faut prouver, que dépendent la force et la nature des présomptions.

25. Mais entre les présomptions simples, toujours incertaines, et seulement probables, parce qu'elles n'ont pas de liaison nécessaire avec les faits connus dont elles sont tirées, il y en a dont la loi reconnaît expressément la probabilité, et alors ces présomptions sont considérées comme la vérité, au moins jusqu'à ce qu'on les ait détruites par des argumens plus forts : c'est une vérité provisoirement présumée.

Ainsi, voilà deux sortes de présomptions qui ont force de preuve :

Celles qui sont fondées sur une liaison nécessaire et infaillible du fait que l'on connaît, avec celui que l'on veut prouver;

Celles qui sont autorisées par la loi. Nous en reparlerons dans le premier paragraphe.

26. Toutes les autres présomptions ne sont que des conjectures plus ou moins probables, plus ou

moins vraisemblables, qui peuvent nous mettre sur le chemin de la vérité, nous persuader même que nous y sommes parvenus, sans néanmoins pouvoir nous en convaincre rigoureusement, et contraindre notre assentiment, parce qu'elles ne forment point cette démonstration parfaite, qui ne peut résulter que de la conséquence nécessaire d'un principe ou d'un fait reconnu; au lieu que les présomptions ne sont fondées que sur l'analogie (1), c'est-à-dire, sur la similitude des rapports, sur la liaison, quoiqu'imparfaite, que nous apercevons entre le fait connu et le fait inconnu qu'il s'agit de prouver. Si ces rapports, si cette liaison, étaient tels que l'un des faits ne pût exister sans l'autre, l'existence du fait inconnu serait par cela même démontrée, et cette démonstration serait, comme nous l'avons déjà dit, la plus forte des preuves.

27. Au lieu que, quand l'existence du fait inconnu n'est pas la conséquence nécessaire du fait connu; lorsque l'un peut exister sans l'autre, les conséquences qu'on peut tirer de ce dernier ne sauraient former que des *probabilités*, suivant le langage des philosophes, des *présomptions*, suivant ce-

---

(1) Mot dérivé du grec, et composé de ANA, *inter*, et de LOGOS, *ratio*, rapport. Analogie signifie donc *rapport entre*. Ce que les Grecs appelaient analogie, Cicéron l'appelait *comparatio*, *proportio*. L'analogie est donc la similitude des rapports qui existent entre les choses comparées; et raisonner par analogie, c'est tirer des conséquences fondées sur cette similitude des rapports, sur la ressemblance, sur la liaison qu'on aperçoit entre les objets comparés. *Voy.* l'Encyclopédie méthodique, partie de la littérature et belles-lettres; v.° *Analogie*.

lui des jurisconsultes. La série de ces conséquences ou de ces probabilités forme différens degrés, qui s'étendent depuis le soupçon jusqu'à la certitude. C'est dans la juste appréciation de ces degrés de probabilités que consistent la sagacité et l'habileté du juge.

On peut passer par degrés des probabilités à la *certitude*, qu'il ne faut pas confondre avec la *vérité*. La vérité tombe directement sur la réalité du fait, et signifie qu'il existe réellement, tel qu'on le dit. L'expression de *certitude* a plutôt rapport à notre esprit; et quoiqu'on applique aussi ce mot à la vérité de la proposition, ou du fait qu'il s'agit de prouver, il signifie proprement la forte adhésion que notre esprit se sent entraîné à donner à la vérité de la proposition ou du fait.

28. Tout fait, considéré en lui-même, est nécessairement vrai ou faux : il n'y a pas de milieu. Car il ne peut y avoir ni demi-vérité ni demi-fausseté, pas plus qu'il ne peut y avoir de demi-existence. Mais relativement à nous, le fait peut être certain ou incertain. Il peut être vrai, quoique nous ne soyions pas certains de son existence; il peut être faux, quoique nous croyions être certains, quoique nous soyions persuadés qu'il existe.

Or, l'observation et la réflexion nous prouvent que ce n'est le plus souvent que par degrés que nous arrivons à la certitude ou à la persuasion que le fait est vrai; qu'il faut plusieurs motifs de crédibilité pour entraîner et forcer notre croyance.

Un premier fait connu, une première circonstance me porte à croire que vous pourriez être l'auteur du fait inconnu dont je cherche la preuve. Mais ce soupçon est trop léger : il serait téméraire de m'y arrêter ; la raison me le défend. Un second fait vient augmenter le soupçon par la conjecture assez probable que j'en tire. Cependant ces inductions sont encore trop faibles pour me déterminer à croire. Je trouve, pour les balancer, des motifs qui me paraissent plus forts. Le fait à prouver n'est encore que probable ; il reste invraisemblable, ou plus éloigné que rapproché du vrai. Il devient vraisemblable (1) par un nouveau fait, dont la conséquence, en ajoutant une nouvelle probabilité à celles qui existent déjà, le rapproche de la vérité, en rendant plus difficile le concours de plusieurs probabilités dans le même cas. Mais en balançant ces probabilités ou ces présomptions, si je trouve encore autant de raisons pour croire que pour ne pas croire, je reste dans le doute. Une circonstance de plus fait pencher la balance ; elle ébranle ma croyance, qui se trouve arrêtée par la considération que ces probabilités n'étant que des conjectures, peuvent me tromper et m'induire en erreur aussi bien que me conduire à la vérité.

---

(1) Il faut remarquer que l'on n'attache pas précisément les mêmes idées aux mots *probable* et *vraisemblable*. Il y en a qui appèlent *probable* ce qui présente plus de motifs pour croire que pour ne pas croire, et *vraisemblable* ce qui approche encore plus de la vérité.

Enfin, ma croyance ébranlée est entraînée par d'autres probabilités ou présomptions que me présentent d'autres faits, d'autres circonstances; et elle va croissant avec leur nombre. Je lui cède malgré moi, parce que la réunion de tant de probabilités ou de présomptions graves, précises et concordantes, me *paratt* sinon absolument, du moins moralement impossible sans le concours de la vérité.

C'est ainsi que j'arrive, par degrés, à cette vive persuasion, que l'on nomme certitude. C'est ainsi que je me tiens pour certain de l'existence du fait douteux ou inconnu dont je cherchais la preuve. Ma certitude n'est point un amas de probabilités; elles m'ont seulement servi de degrés pour y arriver.

29. Les géomètres ont voulu évaluer les degrés de probabilités pour les soumettre au calcul (1). Les uns ont regardé la certitude comme un tout, et les probabilités comme les parties de ce tout. En conséquence, le juste degré de probabilité d'une proposition leur a semblé connu, lorsqu'ils ont pu dire que cette probabilité valait un demi, un quart ou un tiers de la certitude. Expressions bizarres, qui n'en sont pas moins significatives, et qui peuvent être de quelque usage dans le cas des paris (2),

---

(1) *Voy. l'Ars conjectandi* de Jacques Bernouilli; l'Encyclopédie, édition de Paris, v.° *Probabilité*, tom. VIII, pag. 393; *l'Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, par Condorcet. Paris, 1785.

(2) *Voy.* l'Encyclopédie, *ubi suprà*.

des assurances, etc., dans le calcul des probabilités de la durée de la vie de l'homme.

Un géomètre anglais a même soumis à un calcul algébrique les degrés de la certitude morale qui provient du témoignage des hommes, dans tous les cas possibles. Selon cet auteur, les divers degrés de probabilité nécessaires pour rendre un fait *certain*, sont comme un chemin dont la certitude serait le terme. Le premier témoin, dont l'autorité est assez grande pour m'assurer le fait à demi, en sorte qu'il y ait égal pari à faire pour et contre la vérité de ce qu'il me raconte, me fait faire la moitié du chemin. Un second témoin, aussi croyable que le premier, qui m'a fait parcourir la moitié du chemin, par cela même que son témoignage est du même poids, ne me fera parcourir que la moitié de cette moitié, en sorte que ces deux témoins me feront parcourir les trois quarts du chemin. Un troisième ne me fera avancer que de moitié sur l'espace restant, et ainsi d'un quatrième, d'un cinquième, sans doute parce que chaque témoin ne peut détruire dans mon esprit que la moitié des raisons qui s'opposent à l'entière certitude du fait.

Il est facile, par ce que nous avons dit sur les fondemens de la preuve testimoniale, de sentir la vanité de ces calculs. Le premier témoin me ferait parcourir tout le chemin, si je pouvais m'assurer qu'il ne s'est pas trompé et qu'il n'a pas voulu m'en imposer. Je ne saurais à la vérité avoir cette assurance ; mais un second peut me la donner, et en-

traîner ma persuasion d'une manière irrésistible, si, ce qui n'est pas impossible, je puis être certain qu'il ne s'est pas concerté avec le premier, et qu'ils s'accordent néanmoins l'un et l'autre, sur le fait à prouver et sur les principales circonstances de ce fait. L'appréciation des témoignages, comme celle de toutes les présomptions, reste donc abandonnée à la prudente sagacité du juge. Il serait fort à désirer, sans doute, que l'on pût soumettre à des règles fixes l'art d'apprécier les probabilités ou les présomptions en jurisprudence; mais il est fort à craindre que cet art, qui préviendrait tant de faux jugemens, fondés sur l'ignorance ou les préjugés, ne reste pour toujours entre les *desiderata* de la science (1). En attendant, attachons-nous à la sage et antique maxime de morale : Si vous n'apercevez pas clairement la vérité, *ex indiciis perspicuis, luce meridianâ clarioribus*, abstenez-vous de condamner, sur-tout en matière criminelle.

3o. C'est en considérant *la preuve* comme la cause efficiente de la certitude, à laquelle on ne parvient que par degrés, de probabilités en probabilités, qu'on doit expliquer la division des preu-

---

(1) Voltaire, ce génie si étonnant, a fait, à l'occasion du procès du comte de Morangiès, *un Essai sur les probabilités en fait de justice*. On y trouve beaucoup d'idées fort ingénieuses, pleines de justesse et de raison; mais non ce qu'on ne trouvera probablement jamais, des règles sûres pour apprécier les présomptions ou probabilités. C'est la pierre philosophale en jurisprudence. Elle serait plus précieuse pour l'humanité que l'art de faire de l'or.

ves faite par les docteurs en *pleines* et *moins pleines*, ou *semi-pleines* (1); expressions impropres, si on les applique à la vérité du fait considéré en lui-même, mais assez significatives, quand on considère la preuve sous le rapport de ses effets sur l'esprit du juge, qu'elle peut, de présomptions en présomptions, faire passer du doute jusqu'à la certitude.

Aussi voyons-nous que le Code, sans employer expressément l'expression de *semi-preuve*, ou de preuve *semi-pleine*, rappèle positivement, dans l'art. 1367, l'idée que présente cette expression, en disant que le juge peut déférer d'office le serment décisoire, lorsque la demande n'est pas *pleinement* justifiée, et que cependant elle n'est pas dénuée de *preuves*. Il y a donc des preuves incomplètes, des preuves qui ne sont pas *pleines*, des preuves qui ne sont pas entières et qu'il faut compléter : c'est aussi ce que l'art. 1347 appèle *commencement de preuve*. La preuve commencée, la preuve qui ne justifie pas *pleinement*, est évidemment ce que les docteurs appèlent *semi-preuve*, ou preuve *semi-pleine*.

Après ces notions générales, nécessaires pour bien entendre cette matière abstraite et difficile, nous passons à l'examen particulier des dispositions du Code.

---

(1) *Voy.* tom. VIII, n^os^. 7 et 8.

§ Ier.

Des Présomptions établies par la loi.

SOMMAIRE.

31. *Qu'est-ce qu'une présomption légale?*
32. *Il faut, pour l'établir, une disposition spéciale de la loi.*
33. *Les présomptions établies dans le Corps de droit ne sont plus des présomptions légales. Importance de cette remarque.*
34. *La présomption légale tient lieu de preuve. Le magistrat est forcé de l'admettre comme telle.*
35. *Peut-on la détruire par la preuve contraire? Doctrine des interprètes et des docteurs, sur les présomptions de droit*, juris, *qui n'excluent pas la preuve contraire, et les présomptions* juris et de jure, *qui l'excluent.*
36. *Ils n'ont jamais pu clairement expliquer comment on pouvait les distinguer.*
37. *La définition donnée par Alciat, de la présomption* juris et de jure, *convient également à la présomption de droit*, juris.
38. *La définition donnée par Menoch n'apprend pas plus à distinguer ces deux présomptions.*
39. *Pothier n'a pas été plus heureux qu'eux.*
40. *Auteurs allemands qui ont combattu la doctrine des présomptions* juris et de jure.
41. *Le sage Domat n'a point admis cette dénomination barbare; mais il n'y a pas substitué une doctrine plus exacte.*
42. *D'Aguesseau, qui le suivit, enseigna que toutes les présomptions doivent céder aux lumières de la vérité*

43. *Cette doctrine est incontestable en théorie.*
44. *Il y a pourtant des cas où l'on ne peut, sans aller contre le but de la loi, admettre la preuve contraire à la présomption sur laquelle une disposition est fondée.*
45. *Par exemple, l'incapacité des mineurs de vingt-un ans est fondée sur une présomption contre laquelle la preuve n'est pas admise, en faveur des individus d'un génie précoce.*
46. *Pourquoi cela?*
47. *Le Code a rejeté les présomptions* juris et de jure, *et ne reconnaît que deux classes de présomptions.*
48. *Il reconnaît le principe que la preuve contraire à la présomption légale est admise, quoique la loi ne la réserve pas.*
49. *Il ne défend de recevoir cette preuve qu'en deux cas : lorsque, sur le fondement d'une présomption, il annule certains actes, ou dénie l'action en justice.*
50. *Motifs de cette disposition.*
51. *Développement de la règle par de nouveaux exemples.*
52. *Dernier exemple.*
53. *Des cas où l'action est déniée en justice.*
54. *Exemple tiré de la prescription afin de se libérer. Distinction.*
55. *La présomption de libération, en cas de remise du titre, n'exclut pas la preuve contraire.*
56. *Examen et réfutation de l'opinion contraire de M. Jaubert.*
57. *La preuve indirecte est admise contre la présomption sur le fondement de laquelle la loi annule les actes. Exemple tiré de l'art. 1281 du Code.*
58. *Autre exemple tiré de l'art. 472.*
59. *Autre tiré de la prescription afin d'acquérir.*
60. *Explication de l'art. 1352, qui porte que la preuve di-*

recte est admise contre la présomption légale sur le fondement de laquelle les actes sont annulés, lorsque la loi **la réserve.**

61. *Hors les deux cas ci-dessus (n.° 49), la preuve contre les présomptions légales est toujours admise, quoique la loi ne l'ait pas réservée. Exemple des inexactitudes des notices des arrêts insérées dans les recueils, à la note.*

62. *On peut prouver contre la présomption de la loi, que le Bulletin des lois n'avait pu parvenir dans tel canton à telle époque.*

63. *Il n'y a qu'une preuve qui puisse détruire la présomption légale; elle ne peut l'être par des présomptions non établies par la loi.*

64. *Résumé des présomptions légales.*

31. Nous avons vu que les présomptions sont des conséquences tirées d'un fait connu pour en conclure la vérité d'un fait inconnu. Si la conséquence est nécessaire, s'il est impossible que le premier fait soit certain, et que le second soit douteux, la présomption est considérée comme la plus sûre des preuves. Ce n'est point de ces sortes de présomptions que traite ce paragraphe.

Si la conséquence n'est pas nécessaire, le juge peut l'admettre ou la rejeter, selon qu'elle lui paraît plus ou moins vraisemblable, plus ou moins concluante; mais telle est la nature de l'esprit humain, que ce qui paraît vraisemblable et concluant aux uns ne le paraît pas aux autres; que souvent même le meilleur esprit a peine à se déterminer dans l'appréciation des présomptions. Pour fixer

cette indécision, ainsi que pour prévenir l'arbitraire, la sagesse du législateur a fixé d'avance le jugement qu'il faut porter en certains cas, en attachant, *par une loi spéciale*, une présomption de vérité à certains actes, à certains faits. (1350).

C'est ce que l'on appèle une *présomption légale.*

32. Pour l'établir, il faut, aux termes de l'article cité, une *loi spéciale*, autrement une disposition spéciale de la loi. La conséquence que l'on peut tirer par argument (1) d'un texte de la loi, en raisonnant par analogie, pour étendre sa décision d'un cas à un autre cas analogue, ne serait point une présomption légale, mais une présomption de l'homme. La spécialité d'une disposition formelle de la loi peut seule caractériser une *présomption légale.*

33. On trouve un assez grand nombre de ces présomptions dans les écrits des jurisconsultes romains, dont les fragmens composent le Digeste, et dans les rescrits des empereurs, recueillis dans le Code de Justinien. Mais le Corps du droit romain n'ayant plus force de loi en France, les présomptions qu'on y trouve établies n'ont plus le caractère de présomptions légales; caractère qui, selon l'art. 1350, ne peut être conféré que par une *loi spéciale.*

---

(1) Il est bon d'en avertir, pour prévenir les fausses conséquences qu'on pourrait tirer des expressions de Pothier, qui dit, n.° 809, que les présomptions de droit sont aussi établies par argument de quelque loi ou texte de droit.

Cette remarque n'est pas sans importance, sous l'empire du Code, qui ne permet aux magistrats de juger sur des prćsomptions de l'homme, que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Il en résulte qu'un jugement uniquement fondé sur une présomption empruntée des lois romaines, pourrait être aujourd'hui soumis à la censure de la Cour de cassation, si le fonds du procès excédait la valeur de 150 fr.

34. La présomption de vérité que la loi attache aux conséquences qu'elle tire de certains actes ou de certains faits, tient provisoirement lieu de preuve, sans qu'il soit permis au magistrat de ne pas l'admettre comme telle. « La présomption légale, dit l'art. 1352, dispense de toute preuve » celui au profit duquel elle existe. »

C'est en cela sur-tout qu'elle diffère des simples présomptions de l'homme; du reste, sa nature est la même. Les présomptions légales, comme les présomptions de l'homme, ne sont que des conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu, par analogie de ce qui arrive le plus souvent, *ex eo quod plerùmque fit.* La vraisemblance et la probabilité sont le fondement des présomptions légales, aussi bien que des simples présomptions de l'homme.

35. Mais peut-on détruire les présomptions légales par la preuve contraire, comme on peut détruire les présomptions de l'homme?

C'est une question importante, sur laquelle, jus-

qu'à la promulgation du Code, les jurisconsultes n'ont pu s'accorder.

Les uns, avec toute l'ancienne école des interprètes et des docteurs, tant en droit civil qu'en droit canonique, distinguaient deux espèces de présomptions légales ; les premières, qu'ils appèlent simplement de droit, *præsumptiones juris*, et qui tiennent seulement lieu de preuve, mais n'excluent pas la preuve contraire ; doctrine qui paraît conforme à la raison, puisque toutes les présomptions ne sont fondées que sur des vraisemblances ou des probabilités.

Les secondes, que par une locution barbare, inconnue aux jurisconsultes romains, ils appèlent présomptions *de droit* et *du droit*, *præsumptiones juris et de jure ;* présomptions qui, suivant eux, non seulement tiennent lieu de preuves, mais encore excluent toutes preuves contraires.

36. Mais quelles sont ces présomptions qui excluent toute preuve contraire ? Comment les distinguer des simples présomptions de droit, qui ne l'excluent pas ? Et pourquoi des présomptions, qui, dans la réalité, n'ont pour fondement que des probabilités, des vraisemblances, excluraient-elles des preuves positives qui pourraient conduire à la vérité ? Voilà le point de la difficulté, et voilà ce que les docteurs n'ont jamais pu expliquer d'une manière intelligible.

37. Suivant Alciat, auteur qui le premier entreprit de bannir la barbarie des glossateurs, et de

réformer la jurisprudence, en y associant la littérature, la présomption *juris et de jure* est une disposition de la loi, qui, prenant une présomption pour fondement, statue sur le point présumé comme s'il lui était connu : *Est dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto, tanquàm sibi comperto, statuentis.*

Cette définition paraît juste et vraie. En établissant une présomption légale, le législateur ne se borne pas à tirer la conséquence du fait qu'il présume, pour abandonner cette conséquence au jugement des magistrats ; il dispose, il statue que cette conséquence sera prise pour vraie, et deviendra la règle de leurs jugemens.

Mais cette définition nous paraît également convenir à la présomption légale ordinaire, *præsumptio juris*, qui tient toujours lieu de preuve, et cela en vertu de la disposition de la loi. En général, celui qui forme une demande ou une exception est tenu d'en donner la preuve ; mais s'il existe en sa faveur une présomption légale, il est dispensé de toute autre preuve ; le magistrat n'en peut exiger d'autres, sans s'exposer à la censure, parce qu'il désobéirait à la disposition de la loi.

Ainsi, quelle que soit la présomption légale, il y a toujours disposition de la loi, qui statue sur le point présumé comme s'il lui était connu. Mais quels sont les cas où la loi défend de prouver même la vérité contraire à sa présomption ? pourquoi et comment peut-elle la défendre ?

Voilà ce que ne dit point Alciat.

38. Menoch (1) ne nous le dit pas davantage. Il ajoute à la définition d'Alciat que la présomption qui exclut la preuve contraire est appelée *præsumptio juris*, parce que c'est la loi qui l'a introduite, *à lege introducta est;* et l'on ajoute à cette qualification les mots *de jure*, parce que la loi en fait le fondement d'un droit certain ; *quia super tali præsumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate.* Mais la loi n'induit-elle pas un droit stable, *firmum*, sur toutes les présomptions légales ? Ne les regarde-t-elle pas toutes comme des vérités au moins provisoires, puisqu'elle veut que ces présomptions tiennent lieu de preuve ? Reste donc toujours la question, Quelles sont celles qui excluent la preuve contraire ? Tout ce que les docteurs ont écrit à ce sujet se réduit à dire que les présomptions de droit sont celles qui n'excluent pas la preuve contraire, et les présomptions *juris et de jure* celles qui l'excluent ; jamais ils n'ont pu sortir de ce cercle, ni donner de règle pour distinguer ces deux espèces de présomptions les unes des autres. Ils se bornent à en donner des exemples, sur lesquels même ils ne s'accordent pas. Les uns donnent pour une présomption *juris et de jure*, ce que les autres ne regardent que comme une présomption de droit seulement, *et vice versâ.*

---

(1) *De præsumptionibus, lib.* 1, *quæst.* 3.

39. Pothier, qui a suivi leur doctrine, n'a pas été plus heureux qu'eux. Il commence par nous dire, n°. 807, que les présomptions *juris et de jure* sont celles qui « *font tellement preuve*, qu'elles » excluent toute preuve qu'on voudrait faire du » contraire. »

On ne reconnaît point ici la clarté du grand jurisconsulte qui nous guide si souvent avec tant de sûreté. Quant à nous, du moins, il nous est impossible d'entendre cette définition, et d'y trouver une règle pour discerner les présomptions qui excluent la preuve contraire, de celles qui ne l'excluent pas. Cherchons donc ailleurs la solution du problême.

40. Des jurisconsultes d'un grand mérite (1), habitués à suivre pour guide la raison plutôt que les docteurs, ont, dans le siècle dernier, combattu en Allemagne la doctrine des présomptions *juris et de jure*, mais sans y substituer rien de satisfaisant.

---

(1) Henri Coccéius, *Dissert. de probatione directâ negativæ*, § 17, dit : *Disputant doctores, sed non convenit inter eos, quid nomine præsumptionis juris et de jure veniat; est enim illud à doctoribus quasi confectum veluti barbarum certam significationem non habens.*

Coccéius, chancelier du grand Frédéric, auteur du meilleur Commentaire sur Grotius, et de plusieurs savans ouvrages, a conservé sa réputation, même parmi les philosophes. *Voyez* Duglad Stewart, Histoire abrégée des sciences, etc., traduction de Buchon, pag. 296.

Sur les présomptions *juris et de jure*, *voyez* aussi Boehmer, *Exercit. in Pandectas, exercit.* 66, *de collis præsump., cap.* 1, § 6 *et* 7, *tom. IV, pag.* 247.

41. En France, le restaurateur de la raison dans la jurisprudence (1), Domat, sentit l'illusion de cette doctrine. Il n'a pas une seule fois employé l'expression barbare de présomption *juris et de jure*. Mais quoiqu'il connût parfaitement la nature des présomptions, dont il a donné une bonne définition, que le Code n'a fait qu'abréger, il n'osa pas substituer une doctrine plus exacte à celle que son excellent esprit ne pouvait admettre.

42. D'Aguesseau (2) suivit son exemple, et rejeta comme lui les présomptions *juris et de jure*, qui n'admettent point de preuve contraire, en les passant sous le silence le plus absolu, dans son excellent plaidoyer pour Bouillerot de Vinantes, où il développe si nettement la nature des présomptions, et même des preuves judiciaires en général; mais il alla plus loin que Domat. Ne pouvant admettre ni concevoir que des présomptions, des probabilités ou des vraisemblances, l'emportent sur la vérité et en excluent la preuve, il posa en principe que toutes les présomptions doivent céder aux lumières de la vérité. Voici comment il s'explique, en parlant des présomptions, et notamment de la plus respectable de toutes, de celle qu'on s'accorde à regarder comme le fondement le plus inébranlable de l'état des hommes, comme

---

(1) C'est ainsi que Boileau Despréaux appelait Domat.
(2) Tom. II, pag. 532 et suiv.

le lien le plus sacré de la société : *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.*

« Telle est, disait d'Aguesseau, telle est la nature » de cette présomption. La vraisemblance et la pro- » babilité lui servent de fondement ; mais comme » rien n'est souvent plus éloigné du vrai que le vrai- » semblable, et que la fausseté a souvent même » une probabilité apparente, il en est de cette pré- » somption comme *de toutes celles qui sont appuyées* » *sur le même principe ;* elles peuvent être détruites » par d'autres *argumens ;* et si la vraisemblance » qui fait toute leur force est combattue par des » raisons plus solides, les juges rejettent ces fausses » lueurs, pour donner leur suffrage aux seules lu- » mières de la vérité. »

43. Voilà donc, avant la promulgation du Code, deux doctrines opposées sur les présomptions.

1°. Celle de l'ancienne école, adoptée par Pothier, qui divise les présomptions légales en deux classes, les simples présomptions de droit, *juris*, contre lesquelles la preuve contraire est toujours admise ; les présomptions *de* droit et *du* droit, *juris et de jure*, contre lesquelles la preuve de la vérité contraire n'est point admise ;

2°. Celle de d'Aguesseau, qui n'admet pas deux classes de présomptions légales, et suivant laquelle *toutes les présomptions* doivent céder à la vérité, parce que toutes les présomptions ne sont fondées que sur des vraisemblances ou des probabilités.

Il faut en convenir, cette dernière doctrine ne

semble être qu'une conséquence nécessaire des premiers principes et des notions fondamentales de la matière. Considérée abstractivement et en pure théorie, cette doctrine est incontestable et sans exception ; car il répugne à la raison de dire que les vraisemblances, les probabilités, qui sont le fondement des présomptions, ne doivent pas, dans tous les cas, céder à la vérité, quand elle est démontrée; et pour la démontrer, il faut admettre la preuve : la refuser, ce serait fermer les yeux à la lumière.

44. Il est pourtant vrai, en réfléchissant avec attention sur le texte et les conséquences de certaines dispositions, qu'on en trouve où l'on est forcé d'avouer qu'il n'est ni raisonnable, ni possible, sans aller contre le but même de la loi, sans contrarier sa sagesse, d'admettre la preuve contraire à la présomption qui lui sert de fondement. Rendons ceci sensible par un exemple :

45. L'incapacité de contracter, prononcée contre les mineurs, est une disposition fondée sur la présomption générale qu'ils n'ont point encore atteint l'âge où les facultés intellectuelles et morales de l'homme sont entièrement développées, et qui donne cette maturité de raison, cette prudence nécessaire pour s'engager sans témérité. Cet âge n'est point le même chez tous les individus. Le tempérament, le climat, l'éducation, le font varier à l'infini. La nature ne l'indique point par des signes certains. Cependant on ne pouvait, sans les

plus graves inconvéniens, en laisser la détermination indécise dans chaque individu, et l'abandonner à la décision arbitraire des juges. Autrement, il faudrait pour ainsi dire autant de jugemens que d'individus. Il a donc fallu fixer ou déterminer cet âge d'une manière uniforme pour tous les hommes. La loi civile l'a fixé, mais elle ne l'a point fixé arbitrairement. Après de longues et anciennes observations sur l'époque où la plupart des hommes y parviennent ordinairement, *ex eo quod plerùmque fit*, le législateur a présumé que c'est à vingt-un ans; et statuant sur cette présomption comme sur un fait qui lui était connu, et comme sur un fait généralement vrai, *super præsumpto, tanquàm sibi comperto statuens*, il a prononcé que les mineurs de vingt-un ans sont incapables de contracter (1224). Il en a fait une disposition expresse et générale; il a décidé que ce n'est qu'à cet âge que l'homme est capable de tous les actes de la vie civile (488).

Maintenant, pourrait-on demander à prouver que la présomption sur laquelle repose la disposition qui présume l'incapacité des mineurs en général, est contraire à la vérité, et soumettre cette question aux tribunaux? Non, certes. Il est évident que ce serait subordonner le jugement de la loi à celui des tribunaux, qui sont institués pour la faire observer, et non pour la juger.

Pourrait-on du moins demander à prouver, par les preuves les moins équivoques, que cette même présomption est contraire à la vérité, à l'égard de

tel individu, privilégié de la nature, dont le génie et l'intelligence précoces ont devancé l'âge, pour en conclure qu'il doit être excepté de la loi commune? Leibnitz, par exemple, ce génie universel qui embrassait toutes les sciences, et qui, avant l'âge de vingt ans, avait publié un excellent ouvrage sur la méthode d'apprendre et d'enseigner la jurisprudence, dans lequel, marchant sur les traces de Bacon, il osait indiquer les *desiderata* de cette science, c'est-à-dire ce qui lui manquait, le grand Leibnitz, aurait-il pu être excepté de la règle qui fixait alors la majorité à vingt-cinq ans, par la considération qu'il était démontré que la présomption d'incapacité était évidemment fausse à son égard, et qu'à dix-huit ans sa raison était bien supérieure à celle de presque tous les hommes de trente ans?

Non encore; et le créancier qui prêterait de l'argent à un tel individu, avant sa majorité, n'en serait pas moins obligé de prouver que son débiteur a fait un emploi utile de la somme empruntée.

46. Vainement objecterait-il l'intelligence et la raison supérieure, quoique précoce, de l'emprunteur; vainement dirait-il que c'est fermer les yeux à la lumière que d'appliquer à un tel individu une présomption, une probabilité, une vraisemblance d'incapacité si franchement démentie par les faits. On lui répondrait qu'il est possible que la nature fasse quelques exceptions rares à ses lois ordinaires; mais que la loi civile n'a pas jugé convenable

de s'y arrêter ; qu'elle a prononcé l'incapacité des mineurs de vingt-un ans, généralement et sans exception ; que si le Code avait voulu en autoriser, il eût réservé la preuve de ces exceptions, comme il en avertit dans l'art. 1352, comme il l'a fait en plusieurs occasions, notamment dans l'art. 2251, à l'égard de la présomption légale que quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, *s'il n'y a preuve du contraire;* que le Code n'a point fait une pareille réserve contre la présomption générale d'incapacité des mineurs, et qu'il a eu raison, parce que cette réserve ferait naître une foule de procès, en replongeant la société dans l'incertitude d'où l'a tirée la sage disposition qui fixe à une époque uniforme la capacité ou la majorité de tous les hommes : car ils se prétendraient tous dans le cas de l'exception, et demanderaient à le prouver.

Ainsi, la preuve contraire à la *présomption* légale ne saurait être admise en ce cas, lors même, ce qui est quelquefois possible, qu'on pourrait prouver que la conséquence générale tirée par la loi, et convertie en disposition, se trouverait fausse dans un cas particulier.

47. Les docteurs avaient donc raison de dire qu'il y a des présomptions légales contre lesquelles la preuve ne doit pas être admise, quoiqu'ils n'eussent pas suffisamment développé leur doctrine, ni sur-tout donné de règle sûre pour reconnaître ce qu'ils appelaient des présomptions *juris et de jure.*

Cette règle, si désirée et si nécessaire, nos législateurs nous l'ont enfin donnée. Ils ont, comme Domat et d'Aguesseau, écarté la dénomination barbare de présomptions *juris et de jure*. Ils n'ont point fait deux classes de présomptions légales. Le Code les range toutes, sans distinction, dans le même paragraphe, sous la dénomination commune *de présomptions établies par la loi*.

« La présomption légale, dit l'art. 1350, est celle » qui est attachée, par une loi spéciale, à certains » actes ou à certains faits. » Les exemples qu'en donne cet article font voir que les présomptions autrefois nommées *juris et de jure*, sont ici comprises sous la dénomination commune de présomptions légales ou établies par la loi, aussi bien que les présomptions de droit, *præsumptiones juris*.

Le Code ne connaît donc que deux classes de présomptions ; les présomptions légales ou établies par la loi, qui sont l'objet du premier paragraphe, et les simples présomptions de l'homme, qui sont l'objet du second.

48. Au reste, quoiqu'il ne l'énonce pas, parce qu'une vérité rationnelle n'a pas besoin d'être énoncée, le Code reconnaît et suppose le principe si énergiquement établi par d'Aguesseau, que la présomption doit céder à la vérité, et que par conséquent « la preuve contraire à la présomption légale » peut être admise, quoique la loi ne la réserve pas ; » parce qu'il est dans la nature des présomptions » qu'elles cèdent à la preuve contraire. » Ce sont les

expressions du tribun Jaubert, dans son rapport au tribunat.

49. Mais le Code n'en reconnaît pas moins, par exception, qu'il y a des présomptions légales contre lesquelles la preuve contraire ne peut être admise. Voici la règle simple qu'il donne pour les reconnaître, dans la disposition finale de l'art. 1352:

« Nulle preuve n'est admise contre la présomp-» tion de la loi, lorsque, sur le fondement de cette » présomption, elle annule certains actes ou dénie » l'action en justice. »

Ainsi, voilà les deux seuls cas où le Code défende d'admettre la preuve contraire à la présomption de la loi:

1°. Lorsque, sur le fondement d'une présomption, elle annule certains actes;

2°. Lorsque, sur le même fondement, elle dénie l'action en justice.

50. Avant d'appliquer notre règle à de nouveaux exemples, il faut rechercher pourquoi, dans les deux cas indiqués plutôt que dans les autres, la preuve contraire à la présomption légale n'est pas admise. Nous en avons déjà touché la raison, n°. 46, en parlant de ces individus privilégiés de la nature, dont la raison précoce a devancé l'âge, et qui néanmoins ne peuvent être exceptés de l'incapacité prononcée contre les mineurs en général.

Casa-Regis, où nos législateurs semblent avoir puisé la disposition finale de l'art. 1352, nous en indique une raison pleine de sagesse. Lorsque, dit

cet auteur, dans le but de prévenir *toute occasion de fraude*; la loi ou le statut annule quelque acte, elle comprend même les cas où il serait constant qu'il n'a point été commis de fraude, mais où il pouvait s'en commettre.

Ubi aliqua lex vel statutum annullans aliquem actum, editum fuit ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum, in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam; quia lex aut statutum providens in genere ad obviandas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantùm, in quibus fraus commissa est, sed ad omnes alios extenditur, in quibus licèt nulla fraus commissa fuerit, committi poterat (1).

Et pourquoi la disposition qui annule l'acte s'étend-elle au cas même où il n'a pas été commis de fraude, mais où il pouvait s'en commettre? Pourquoi rejeter la preuve qu'il n'en a pas été commis? C'est que cette preuve, outre qu'elle serait toujours incertaine, comme toutes les preuves judiciaires, pourrait elle-même devenir une occasion de fraudes.

Il est possible sans doute qu'en rejetant la preuve contraire à la présomption qui sert de fondement à sa disposition, la loi entraîne une injustice en certains cas rares; quelle est la loi qui n'en entraîne pas quelquefois? Mais le législateur a présumé, il a jugé, *super præsumpto statuit*, que l'admission

(1) Disc. 8, n.° 12, tom. I, pag. 50, édition de Florence, 1719.

de la preuve contraire pourrait en entraîner davantage. Il l'a donc défendue : *Nam ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter et facilè, quàm quæ perrarò eveniunt.* L. 6, *ff de legibus.*

51. Développons notre règle, en donnant de nouveaux exemples de son application. En voici un tiré du Code de commerce :

« Le contrat d'assurance est tellement susceptible de fraudes, et la fraude est le plus souvent si difficile à prouver, que toutes les nations commerçantes se sont accordées à établir une présomption de dol contre l'assuré ou contre l'assureur, toutes les fois que, par le peu de distance des lieux, il est possible que, lors de la signature de la police, ils aient été instruits du sinistre, ou de l'heureuse arrivée du navire (1).

» Cette distance fut fixée à une lieue et demie par heure, dans l'ordonnance de la marine, du mois d'août 1681, liv. 3, tit. 6, art. 39. La même présomption *est adoptée dans notre Code de commerce*, qui porte, art. 365 : « Toute assurance, faite après » la perte ou l'arrivée des objets assurés, est nulle, » s'il y a présomption qu'avant la signature du con» trat, l'assuré a pu être informé de la perte, ou » l'assureur de l'arrivée des objets assurés. »

» L'art. 366 ajoute : « La présomption existe, si, » en comptant trois quarts de myriamètre (une

(1) *Voy.* Émérigon, Traité des assurances, tom. II, pag. 156 et suiv.

» lieue et demie), par heure; sans préjudice des
» autres preuves, il est établi que de l'endroit de
» l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu où
» la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être
» portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été
» passé avant la signature du contrat. »

Cette présomption est fondée sur la possibilité de faire passer des nouvelles d'un lieu à l'autre par un courrier à cheval, qui peut ordinairement faire une lieue et demie par heure; mais cette possibilité peut être détruite par mille accidens, par la ruine et le mauvais état des chemins, par la rupture d'un ou plusieurs ponts, par une inondation ou crue d'eau extraordinaire, par l'assassinat du courrier et l'enlèvement des dépêches, etc., etc.

Pourrait-on demander à prouver ces événemens extraordinaires, pour en conclure que la présomption de la loi doit cesser, parce que la possibilité du fait sur lequel elle repose cesse dans ce cas particulier?

Cette preuve a toujours été rejetée sous l'empire de l'ordonnance de la marine. Émérigon (1) cite plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé; et l'on ne pourrait juger autrement sous l'empire du Code civil, sans violer ouvertement la dernière disposition de l'art. 1352. En prononçant la nullité de l'assurance, dans le cas proposé, la loi l'a prononcée d'une manière absolue et non conditionnelle. Elle a voulu

(1) *Voy. ubi suprà*, pag. 140.

prévenir jusqu'aux occasions de fraudes auxquelles pourrait donner lieu l'admission de la preuve contraire à la présomption.

52. Donnons un dernier exemple des cas où la preuve contraire à la présomption légale n'est point admise, parce que la loi prononce la nullité des actes :

La loi déclare nulles les donations faites à des incapables, sous le nom de personnes interposées. Cette interposition des personnes est une fraude à la loi. Il faut la prouver, et la preuve en est toujours très-difficile, souvent impossible. Mais l'observation nous apprend qu'assez ordinairement on choisit pour fidéicommissaires ou personnes interposées, les pères et mères, les enfans, l'époux de la personne incapable. De ce fait, connu par l'observation, le législateur a tiré cette conséquence ou cette présomption, qu'il a convertie en disposition expresse : « Seront réputés personnes interposées les pères et mères, les enfans et descendans, et *l'époux* de la personne incapable. »

Supposons qu'à Rennes, où elle demeure, Titia, dans sa dernière maladie, donne tous ses biens à son ancienne amie Caïa, demeurant à Paris; les héritiers collatéraux de la donatrice attaquent la donation, parce qu'ils découvrent que le médecin qui a traité Titia est le mari de Caïa, circonstance qui le rend personnellement incapable de recevoir, ainsi que sa femme, que l'art. 911 répute personne interposée.

Caïa répond qu'il est impossible de la croire personne interposée, pour faire passer à son mari les biens compris dans la donation ; elle offre de prouver qu'il est malheureusement notoire qu'il existe entre eux une inimitié capitale et invétérée, dont le scandale a retenti dans les tribunaux; qu'enfin, un arrêt les a solennellement séparés de corps et de biens; que loin de s'être réconciliés, elle est allée vivre à Paris pour fuir la présence d'un homme qu'elle déteste, et dont elle est également détestée. Quelque fortes que soient ces circonstances, la preuve n'en doit pas être admise contre la disposition de l'art. 1352. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule les actes.

En réputant personne interposée l'époux de l'incapable, l'art. 911 n'a point excepté l'époux séparé de corps et de biens. La séparation ne rompt pas les liens du mariage. Les circonstances alléguées seraient plus que suffisantes pour détruire le soupçon d'interposition, s'il s'agissait d'une simple présomption de l'homme ; mais il s'agit d'une présomption de la loi, établie dans la vue non seulement de prévenir la fraude, mais encore d'en déraciner jusqu'à l'occasion.

On trouve d'autres exemples de nullités des actes prononcées sur des présomptions légales de fraude, présomptions contre lesquelles, par conséquent, la preuve contraire n'est point admise dans l'ar-

ticle 444 du Code de commerce, dans les articles 1596 et 1597 du Code civil et ailleurs.

55. Voici maintenant des exemples où la loi, sans annuler les actes, dénie l'action en justice, sur le fondement d'une présomption :

Le jeu n'étant qu'un contrat aléatoire et conditionnel, qu'une donation réciproque que se font les parties sous une certaine condition, n'a rien en lui-même de contraire à l'équité naturelle ; mais les abus presque inséparables des jeux de hasard, ont toujours rendu suspectes les obligations pour dettes du jeu (1). Les anciennes ordonnances les déclaraient nulles et de nul effet; elles présumaient que toutes les dettes du jeu étaient le fruit du dol et de la supercherie, ou de la déloyauté, tout au moins d'une passion aveugle et violente, qui n'avait pas laissé au débiteur le calme et la raison nécessaires pour s'obliger valablement. Le Code n'a point trouvé ces soupçons assez forts pour déclarer absolument nulles les obligations qui ont pour cause des dettes du jeu ; mais dans le doute si elles sont légitimes ou non, il a refusé d'accorder au créancier une action pour en exiger le paiement en justice : « La loi n'accorde aucune action » pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un » pari. » (1965).

Le créancier ne peut donc, pour faire évanouir la

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. VI, n.os 381 et 382.

présomption sur laquelle est fondée cette disposition, être admis à prouver que l'argent perdu a été gagné sans surprise et avec une parfaite loyauté. On lui répondrait, avec l'art. 1352, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice.

Il en résulte que, quoiqu'à défaut d'expression de la cause dans le billet, dont on lui demande le paiement, le débiteur soit reçu à prouver, même par témoins, que le billet a pour cause une dette du jeu, le créancier ne peut être admis à prouver que la dette est légitime, et qu'il n'y a eu ni surprise ni déloyauté de sa part, ni défaut de présence d'esprit de la part du débiteur.

Inutilement objecterait-on que toute preuve doit être respective, et que si le débiteur est reçu à prouver que la dette est illégitime, parce qu'elle a pour cause le jeu, le créancier doit être admis à prouver la légitimité de la dette. Ce n'est point là ce dont il s'agit, mais uniquement du fait de savoir si c'est une dette du jeu. La preuve de ce fait doit être respective sans doute. Quant au point de savoir si le créancier a joué loyalement, si le débiteur jouissait de toute sa présence d'esprit, au moment où il a perdu son argent, la preuve n'en est pas recevable contre la présomption de la loi; ce serait accorder au créancier une action que la loi lui dénie.

54. La prescription afin de se libérer nous offre

encore l'exemple d'une présomption légale contre laquelle la preuve n'est point admise, parce que la loi dénie l'action, en la déclarant éteinte ou prescrite (2262).

Cependant, il faut faire une distinction essentielle entre la prescription proprement dite d'une dette par le laps de trente ans, et les courtes prescriptions dont parlent l'art. 2271 et les suivans. La première éteint absolument l'action, parce qu'elle est fondée sur ce que le créancier, qui a négligé d'agir ou de réclamer, en un mot, d'user de son droit pendant le tems fixé par la loi, est présumé y avoir renoncé, et sur cette présomption comme sur une vérité certaine, *super præsumpto, tanquàm sibi comperto statuens*, la loi déclare la dette éteinte ou prescrite, et n'accorde point d'action pour l'exiger, quelque certitude qu'il y ait d'ailleurs qu'elle n'ait point été acquittée : en sorte que le créancier ne serait pas admis à déférer le serment au débiteur, qui pourrait lui répondre : Que j'aie payé ou non, j'use du bienfait de la loi qui a éteint ma dette.

Les courtes prescriptions, au contraire, ne sont fondées que sur une présomption de paiement. La loi présume seulement qu'il y a eu un paiement effectif; s'il est prouvé qu'il n'y en a point eu, la présomption cesse. La loi ne dénie donc point l'action ; elle l'autorise au contraire formellement, en permettant au créancier, art. 2275, de rendre le débiteur juge dans sa propre cause, et de lui dé-

férer le serment : d'où l'on peut induire qu'il peut aussi le faire interroger sur faits et articles, et produire d'autres preuves de non paiement, s'il en existe.

Ce que nous venons de dire doit s'appliquer à toutes les présomptions légales de libération, lesquelles, comme toutes les présomptions établies par la loi, dispensent à la vérité de toute preuve celui au profit duquel elles existent, suivant l'article 1352, mais n'excluent la preuve contraire que dans les cas spéciaux dont parle la disposition finale du même article.

55. Nous trouvons un exemple de ces présomptions de libération dans l'art. 1282, qui porte : « La remise volontaire du titre original sous seing » privé, par le créancier au débiteur, fait *preuve de* » *libération.* »

Mais cette présomption, qui dispense le débiteur de toute autre preuve, n'empêche point le créancier de prouver le contraire par tous les genres de preuve reçus en justice ; car les preuves les plus fortes, les preuves même déclarées *preuves* par la loi, telles que la preuve littérale, n'empêchent point l'autre partie de proposer les siennes. Ce sont ses moyens de défense, dont on ne peut la priver sans injustice, *ne inaudita condemnetur.* Aussi avons-nous vu que, suivant la doctrine des plus grands magistrats et du Conseil d'état, *il est dans la nature des présomptions de céder à la preuve contraire.*

56. Cependant le savant tribun Jaubert, dan le rapport qu'il fit au Tribunat (1), après avoir dit que la présomption de libération est en ce cas fondée sur ce que le créancier n'aurait pas remis volontairement le titre original, si le débiteur n'avait pas été libéré, ajoute que « la loi ayant dit que la remise volontaire faisait preuve de libération, il suit que l'obligation est éteinte, et conséquemment que l'action en justice doit être déniée à l'ancien propriétaire du titre; qu'il en résulte aussi que cet ancien propriétaire ne peut être admis à prouver que la remise volontaire du titre n'a pas opéré sa libération. »

Quelque respect que nous ayons pour les opinions d'un aussi savant homme, nous ne saurions être de son avis. Déclarer *l'action* éteinte ou prescrite sur le fondement d'une présomption, comme le fait l'art. 2262, ou comme l'art. 1965, dénier et n'accorder *aucune action*, sont des choses absolument différentes de la déclaration qu'une présomption fait preuve ou dispense de la preuve. Les actes authentiques font *pleine foi*, le Code le déclare. Cependant on peut les combattre par des preuves contraires; par un autre acte, écrit authentique ou sous seing privé; par la preuve testimoniale, dans les cas où il existe un commencement de preuve écrit, c'est-à-dire une simple pré-

(1) *Voy.* l'Exposé des motifs, édition de Firmin Didot, tom. V, pag. 197.

somption fondée sur un écrit; par l'aveu de la partie, l'interrogatoire sur faits et articles, le serment, etc.

Comment donc croire qu'une simple présomption légale de libération, fondée sur la remise du titre, ait plus de force qu'un acte écrit, qu'une quittance même authentique? C'est une erreur détruite par le Code même, qui, après avoir déclaré, dans l'art. 1282, que la remise volontaire de l'acte sous seing privé fait preuve de libération, ajoute, par suite de la même présomption, dans l'art. 1283, que la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise ou le paiement de la dette, *sans préjudice de la preuve contraire;* réserve qui s'applique manifestément au cas de l'art. 1282, comme à celui de l'art. 1283, fondés l'un et l'autre sur la même présomption.

Et quand cette réserve n'existerait pas, elle serait de droit sous-entendue; car, comme le dit fort bien M. Jaubert au même endroit: « Lorsque la » loi se borne simplement à établir une présomp- » tion, la preuve contraire peut être admise, quoi- » que la loi ne la réserve pas, parce qu'*il est dans la* » *nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve.* »

C'est en effet le principe général, fondé sur la raison naturelle. Il n'a d'exception que dans les cas où la loi a expressément voulu, par des considérations supérieures d'intérêt public, que la preuve contraire ne fût pas admise; et cette volonté expresse, elle la manifeste de deux manières,

comme le dit l'art. 1352 : 1°. lorsque, voulant prévenir les fraudes dont la preuve contraire pourrait devenir l'occasion, elle annule les actes qu'elle présume frauduleux; 2°. lorsqu'elle refuse d'accorder une action en justice.

57. Il faut même le remarquer : c'est une remarque qu'il est nécessaire de développer. Le principe que la preuve contraire à la présomption légale n'est point admise, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule les actes, a plusieurs exceptions.

C'est un point reconnu, établi même par les interprètes et les docteurs du droit civil et canonique, à l'égard de leurs présomptions *juris et de jure*. Ils posaient en principe ou en règle générale, que la preuve contraire à cette espèce de présomption n'est pas admissible; mais ils enseignaient en même tems que cette règle avait plusieurs exceptions ou limitations, dont la principale consiste en ce que la preuve indirecte est toujours admise; et la raison qu'ils en donnent est que, comme la loi exige certaines qualités, certaines circonstances pour établir une présomption, on est toujours admis à prouver que ces qualités ou ces circonstances, ou quelques-unes d'entre elles, n'existent pas dans tel cas particulier dont il s'agit. Voici comme Alciat (1) s'exprime sur ce point : *Limitatur*

---

(1) *Tractat. de præsumpt., part.* 2, n.os 11 *et* 12.

« Tous les auteurs qui ont écrit après lui ont suivi sa doctrine et co-

2°., etsi directa probatio regulariter non admittatur contra præsumptionem juris et de jure, admittatur tamen indirecta, quia, cùm lex requirat certas qualitates et circumstantias ad hanc præsumptionem constituendam, semper admittuntur probationes, quòd non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus.

C'est ce que les docteurs appèlent la preuve indirecte contre la présomption, parce que, quoiqu'on n'attaque point directement la présomption, on la fait évanouir indirectement, en prouvant qu'elle n'est pas applicable au cas proposé. Voici l'un des exemples qu'ils donnent de leur limitation :

La femme contrainte, dans le principe, de contracter un mariage contre son gré, par crainte ou par violence, est présumée l'avoir volontairement ratifié, lorsqu'elle a long-tems cohabité avec son mari. C'est, disent les docteurs, une présomption *juris et de jure.*

Cependant elle peut détruire cette présomption par la preuve indirecte, en prouvant que c'est par force, par violence, ou par une crainte suffisante pour enchaîner sa liberté qu'elle a continué d'habiter avec son mari. Cette preuve fait évanouir

---

pié littéralement le passage cité. *Voy.* Menoch, *de præsumpt., lib.* 1, *quæst.* 65, et les auteurs qu'il cite, sur-tout Barthole, où cette doctrine est puisée. *Voy.* aussi Pirrhing, *in tit.* 22 *Ĭ, de præsumpt., lib.* 2, *tit.* 22, § 1, *n.°* 10.

la présomption légale de ratification, uniquement fondée sur le fait supposé d'une cohabitation libre et volontaire.

Cet exemple est applicable à la disposition de l'art. 181 du Code civil, qui admet la même présomption légale de ratification dans le cas proposé, et qui statue en conséquence que l'époux, qui n'avait pas donné un consentement libre au mariage, n'est plus recevable à l'attaquer, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, *depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté.*

Voilà, comme dans le droit canonique, une présomption légale de ratification contre laquelle nulle preuve directe ne peut être admise, mais qu'on peut faire évanouir par la preuve indirecte, en faisant voir que la crainte et le défaut de liberté ont continué d'exister.

58. L'art. 472 du Code civil nous en donne un autre exemple. Les traités faits entre le tuteur et le mineur devenu majeur, *non visis tabulis, nec dispunctis rationibus*, ont été de tout tems présumés faits en fraude des droits du mineur, et surpris à son ignorance ou à sa facilité. L'article cité les déclare nuls, s'ils n'ont pas été précédés *de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives.*

Si cette condition est accomplie, si les comptes ont été rendus et débattus sur le vu des pièces, la présomption sur laquelle est fondée la nullité

n'existe pas, le traité est valide. L'ancien tuteur a donc nécessairement la faculté de prouver l'accomplissement de cette condition ; mais il ne peut la prouver que par écrit. *Le tout*, ajoute l'art. 412, *constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité.* Ainsi, l'ancien tuteur ne pourrait prouver par témoins qu'il a rendu ses comptes et remis les pièces justificatives.

59. La prescription est encore un des exemples donnés par les docteurs, pour établir que la preuve indirecte est admise contre les présomptions *juris et de jure.* La présomption est fondée sur ce que le propriétaire qui a négligé d'agir ou de réclamer, en un mot, d'user de son droit dans le tems fixé par la loi, est présumé y avoir renoncé. C'est une des présomptions légales qu'ils appelaient *juris et de jure*, contre laquelle nulle preuve directe n'est admise. Cependant ils enseignent unanimement, et avec beaucoup de raison, qu'on admet et qu'on doit admettre ce qu'ils appèlent la preuve indirecte contre cette présomption ; c'est-à-dire qu'on peut prouver qu'elle n'existe pas, en prouvant que les faits qui servent de fondement à cette présomption, que les conditions exigées par la loi pour l'établir, ne se rencontrent pas dans le cas particulier où se trouve celui qui l'invoque.

Le fondement de la présomption sur laquelle la loi a prononcé la prescription, est le fait d'une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire;

Telles sont les conditions déterminées par l'article 2229 du Code civil. Il est toujours permis de prouver que ces conditions ou ces faits, nécessaires pour établir la présomption d'abandon, sur laquelle est fondée la prescription, n'existent point dans tel cas particulier, parce qu'il est toujours permis de se défendre. Aussi n'en a-t-on jamais douté : *Quia cùm lex requirat certas qualitates et circumstantias ad præsumptionem constituendam, semper admittuntur probationes, quòd non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus.*

60. Ainsi, le principe établi par l'art. 1352 du Code, que *nulle preuve* n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, ne s'applique qu'à *la preuve directe*, et ne peut jamais s'appliquer à la preuve indirecte, qu'on ne pourrait sans injustice refuser d'admettre.

L'article cité fait même, à l'égard de la preuve directe, une exception ou une limitation pour les cas où la loi aurait réservé la preuve contraire. « Nulle preuve, dit cet article, n'est admise contre » la présomption de la loi, lorsque..... à moins » qu'elle n'ait réservé *la preuve contraire.* »

Il n'était nullement nécessaire d'exprimer cette limitation, dont on n'aperçoit pas clairement l'objet; car il est assez évident que, quelle que soit la disposition d'une loi, la preuve contraire ne peut

être refusée dans les cas où la loi elle-même l'a réservée par une autre disposition spéciale. Les dispositions spéciales dérogent nécessairement aux dispositions générales.

Peut-être a-t-on voulu par là marquer la différence essentielle, qui existe entre les présomptions sur le fondement desquelles il y a nullité des actes prononcés, ou dénégation de l'action en justice, et les autres présomptions établies par la loi, contre lesquelles la preuve contraire est toujours admise, quoiqu'elle ne soit pas réservée par la loi, parce qu'il *est dans la nature des présomptions de céder à la preuve contraire.* La réserve de cette preuve est donc de droit. Au contraire, elle ne l'est pas contre les présomptions légales, sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité des actes ou dénie l'action en justice. Dans ces cas, il faut réserve spéciale de la preuve contraire.

L'embarras est d'en trouver des exemples. L'article 1283 du Code semblerait d'abord nous en présenter un ; il porte : « La remise volontaire de » la grosse du titre, fait présumer la remise de la » dette ou le paiement, *sans préjudice* de la preuve » contraire. »

Mais cette présomption de remise de la dette ou de paiement n'est point du nombre de celles dont parle la disposition finale de notre art. 1352, et sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité des actes ou la dénégation de l'action en justice ; en sorte qu'il n'était pas besoin de réserver ici la

preuve contraire, qui est de droit, suivant la nature des autres présomptions légales.

Cherchons donc ailleurs l'exemple d'une application de la réserve dont parle l'art. 1352. Le trouverons-nous dans l'une des plus fortes présomptions établies par la loi, la présomption de vérité attachée aux actes écrits, et sur-tout aux actes authentiques, qui font pleine foi, suivant l'art. 1319, lequel réserve néanmoins la preuve directe par voie de plainte ou d'inscription de faux? On trouve ailleurs d'autres dispositions qui permettent la preuve directe contre cette présomption, par tous les genres de preuve reçus en justice, par d'autres écrits authentiques ou privés, par la preuve testimoniale ou même par de simples présomptions, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire une présomption fondée sur un écrit, par l'aveu de la partie, par le serment, etc.

Il est vrai que dans ces cas la loi permet la preuve directe contre l'une des plus fortes de toutes les présomptions légales; mais cette présomption n'est point encore du nombre de celles sur le fondement desquelles la nullité des actes ou la dénégation de l'action est prononcée. Elle n'est au contraire établie que pour prêter la force de la loi à la preuve, qui résulte des actes où sont contenues la plupart des transactions de la vie sociale. Ce n'est donc point encore ici un exemple de la réserve dont parle la dernière disposition de l'art. 1352.

Nous sommes même forcé d'avouer que nous

n'en avons encore découvert aucun exemple dans notre législation nouvelle, et nous sommes porté à croire que cette limitation, *à moins qu'elle* (la loi) *n'ait réservé la preuve contraire*, a été insérée dans l'art. 1352, sans aucune vue à telle ou telle présomption en particulier, mais comme un principe vrai et incontestable en lui-même, dont l'application pourrait un jour se rencontrer.

61. Après avoir expliqué les présomptions contre lesquelles, par exception spéciale, la loi n'admet nulle preuve contraire, revenons aux autres présomptions légales, demeurées sous l'empire de la règle générale, que toute présomption cède à la preuve contraire, *quoique la loi ne l'ait pas réservée* (1). Cette règle n'ayant d'autres exceptions que les deux qu'énonce l'art. 1352 (2), il est inutile

---

(1) Expressions du tribun Jaubert.

(2) Si l'on s'arrêtait aux notices d'arrêts qui se trouvent dans les recueils où ils sont rapportés, on pourrait croire qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 4 juillet 1816, a décidé que l'art. 2279 établit une troisième exception au principe que toute présomption cède à la preuve contraire, quoique la loi ne l'ait pas réservée. La notice de cet arrêt, dans le recueil de Sirey, tom. XVIII, pag. 166, porte : « L'art. 2279, Code civil, n'établit pas seulement, en » faveur du possesseur d'une chose mobilière, qui n'a été ni perdue » ni volée, une simple présomption de propriété qui le dispense de » toute preuve; elle établit une présomption *juris et de jure*, contre » laquelle aucune preuve ne peut être admise ».

Mais cette notice n'est nullement exacte, et l'arrêt n'a décidé, ni que la présomption de propriété, établie par l'art. 2279, en faveur du possesseur d'un meuble, soit une présomption *juris et de jure*, expression barbare que le Code ne connaît point, ni qu'aucune preuve

d'énumérer les présomptions contre lesquelles la preuve est admise. Il suffit, pour les connaître, de voir si elles se trouvent dans l'un des deux cas spéciaux dont parle l'article cité, c'est-à-dire si, sur

---

ne soit admise contre cette présomption de propriété, hors les deux seuls cas de vol ou de perte du meuble dont il s'agit. On peut même induire le contraire de cet arrêt, dont voici l'espèce :

Les deux frères de Creps s'étaient associés pour une entreprise de voitures publiques. La société fut dissoute en 1813, et les objets qui la composaient furent partagés.

Peu après, de Creps jeune prétendit qu'une voiture, déposée par son frère chez un serrurier pour la réparer, était restée indivise lors du partage. Il demanda à prouver que son frère lui avait offert 4,000 f. pour sa part.

L'aîné répondit qu'il était en possession de la voiture ; que cette possession était une preuve de propriété qui ne pouvait être combattue par la preuve contraire qu'en deux cas, ceux de perte ou de vol ; qu'hormis ces deux cas, la présomption qui résulte de la possession est une présomption *juris et de jure*, suivant le langage des jurisconsultes, contre laquelle nulle preuve ne peut être admise.

Le tribunal civil de la Seine rejeta la demande de de Creps jeune, « attendu qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, et que de » Creps aîné était en possession de la voiture, puisque c'était lui qui » l'avait déposée chez Arnault ».

On ne peut pas dire que ce jugement fut mal rendu ; car certainement la preuve testimoniale des prétendues offres de 4,000 fr. n'était pas admissible. La Cour d'appel de Paris, par arrêt du 8 octobre 1814, déclara également la preuve de ces offres inadmissible ; mais elle alla trop loin, en donnant pour motif « que la première disposition de l'ar- » ticle 2279 du Code civil, portant qu'*en fait de meubles, la possession* » *vaut titre*, établit, en faveur du possesseur d'une chose mobilière, » une présomption de propriété *juris et de jure, qui ne peut être com-* » *battue par la preuve contraire.* »

Cette proposition fit déférer l'arrêt à la censure, *pour fausse application* de l'art. 2279, qui n'a pas dit, et qui n'aurait pu dire sans injustice, que la seule possession d'un meuble en rend le possesseur propriétaire incommutable, sans qu'on puisse lui opposer aucune preuve

leur fondement, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. Nous en donnerons un seul exemple qui, dans certains cas rares, peut devenir important, et qui pourrait faire naître des dou-

---

contraire, hors les cas de vol ou de perte du meuble. Mais indépendamment de cette maxime, très-fausse par sa généralité, la question était de savoir si la Cour d'appel avait faussement appliqué l'art. 2279 à l'espèce du procès. La Cour de cassation décida la négative et avec beaucoup de raison, attendu « que s'il n'est pas vrai qu'*en général* la » possession vaut titre en fait de meubles, il est constant que l'ar- » ticle 2279 n'y apporte que deux restrictions *expresses*, l'allégation » de la perte ou du vol de la chose réclamée, lorsqu'elle est dans la » possession d'un tiers; que le demandeur n'alléguait ni perte ni vol » de la voiture;..... qu'il y avait eu une société partagée entre lui et » son frère; *qu'aucune difficulté n'avait eu lieu après ce partage;* que ce » dernier était en possession publique de la voiture, qu'il a confiée à » un serrurier pour y faire des réparations; que le demandeur en cas- » sation a fait faire à ce serrurier défense d'en faire la remise à son » frère, soutenant qu'il en était copropriétaire; que sur cette oppo- » sition il y a eu procès entre les deux frères; qu'après des plaidoiries » contradictoires, en première instance et en Cour d'appel, le pre- » mier tribunal et l'arrêt attaqué ont reconnu, *en appréciant les expli-* » *cations respectives des parties*, que le principe général était applica- » ble; *ce qui suffit pour justifier l'arrêt* »; rejette. Du 4 juillet 1816.

L'arrêt avait donc besoin *d'être justifié*. Mais en quoi? En ce qu'il énonçait que la présomption de propriété, établie par l'art. 2279 du Code, *ne peut être combattue par aucune preuve contraire*.

Mais si cette assertion était fausse, l'arrêt était-il bien rendu au fond? Oui, sans doute, dit fort bien la Cour de cassation; car, d'abord, l'art. 2279 ne fait que deux restrictions *expresses* à la présomption qu'il établit. Ni l'une ni l'autre ne se rencontrent dans l'espèce. Quant aux autres restrictions qui ne sont pas expresses, et qui par cela même restent abandonnées à l'appréciation des juges, elles dépendent des faits et des circonstances de la cause. Or, dans l'espèce, les faits et les circonstances étaient favorables au possesseur. L'ancienne société, dont son adversaire argumentait, était dissoute; les meubles et effets en avaient été partagés; aucune difficulté n'avait

tes, parce qu'on pourrait le regarder comme tenant au droit public.

62. L'art. 1^er^. du Code civil porte que les lois seront exécutées du moment où la promulgation en pourra être connue; il ajoute que la promulgation *sera réputée connue*, dans le département de la résidence royale, un jour après celui de la promulgation, et dans chacun des autres départemens, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes), entre la ville où la promulgation aura été faite et le chef-lieu de chaque département.

Pour ne pas laisser de doute sur les distances, le Gouvernement en a fait rédiger un tableau.

---

eu lieu après le partage; le défendeur était en possession publique de la voiture; enfin les juges, tant de première instance que d'appel, avaient, en appréciant les explications respectives des parties, reconnu que *le principe général*, la possession vaut titre, était applicable à l'espèce; *ce qui suffit pour justifier l'arrêt.*

Ainsi, loin qu'on puisse induire de la décision de la Cour de cassation qu'aucune preuve ne peut être admise contre la présomption établie par l'art. 2279, on en doit au contraire tirer une conséquence tout opposée; et cette conséquence est conforme au principe général que toute présomption doit céder à la preuve contraire, lors même qu'elle n'est pas réservée par la loi.

Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer l'art. 2279, dont les dispositions sont de droit nouveau. Suivant *le droit commun*, antérieur au Code, les meubles se prescrivaient par une possession publique et paisible de trois ans, avec titre et bonne foi. *Voyez* Pocquet de Livonière, *Règles du droit français, chapitre de la prescription*, n.° 13; l'art. 419 de la Coutume d'Anjou, et *ibi* Dupineau; Pothier, *Traité de la prescription*, n.^os^ 199--205.

Cette présomption de connaissance de la promulgation de la loi est fondée sur la possibilité que la nouvelle en soit parvenue à chaque département dans le tems donné, par la voie ordinaire des courriers de la poste.

L'art. 1^er^. du Code est changé, abrogé même par l'ordonnance royale du 27 novembre 1816, qui porte : « A l'avenir, la promulgation des lois et de » nos ordonnances résultera de leur insertion au » bulletin officiel. »

L'art. 2 ajoute : « Elle sera *censée connue*, con- » formément à l'art. 1^er^. du Code civil, un jour » après que le Bulletin des lois aura été reçu de » l'imprimerie royale, par notre chancelier minis- » tre de la justice, lequel constatera, sur un regis- » tre, l'époque de la réception. »

Enfin, l'art. 3 statue : « Que les lois et ordon- » nances seront exécutoires dans chacun des autres » départemens, après l'expiration du même délai, » augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix » myriamètres, entre la ville où la promulgation en » aura été faite, et le chef-lieu de chaque départe- » ment, suivant le tableau annexé à l'arrêté du 25 » thermidor an 11, ou 13 juillet 1803. »

Nous avons fait voir ailleurs (1) combien ce nouveau mode de promulgation est vicieux et contraire à la justice; combien aussi le Gouvernement est

---

(1) Tom. 1, pag. 70, n.^os^ 76 et suiv.

disposé à en revenir. En attendant, il faut observer l'ordonnance royale, dont la disposition, comme celle du Code, est fondée sur la présomption de possibilité que la nouvelle de la promulgation a pu parvenir dans le délai donné. Supposons maintenant que cette possibilité soit détruite ou interrompue par des événemens fortuits, mais notoires, à l'égard de telle ville, de tel canton. Cependant, au moment où ces événemens sont arrivés, il venait d'être rendu une loi fiscale ou une loi criminelle, dont la promulgation, en suivant la présomption de la loi et le tableau des distances, eût été censée connue dans la ville dont il s'agit le 1^er^. mars. Le 2 du même mois, Caius contrevient aux dispositions de cette loi, qu'il ne connaissait pas. La loi arrive enfin, mais plus tard; et le procureur du roi, plein de zèle, prétend faire appliquer à Caius l'amende considérable, ou la peine prononcée par la loi contre l'action qu'il a commise, et qui est qualifiée de délit.

L'accusé peut-il demander à prouver, contre la présomption de la loi, que, depuis le 28 février, toute communication est devenue impossible, et a été interrompue, de fait, pendant plusieurs jours, entre la ville où il demeure et la capitale, et même les autres villes les plus voisines?

Nous avons établi l'affirmative, t. I, n°. 77, p. 73. La disposition finale de l'art. 1352 nous semble dissiper toute espèce de doute à cet égard. La présomption dont il s'agit n'est point du nombre de

celles sur le fondement desquelles la loi annule les actes, ou dénie l'action en justice. La preuve contraire doit donc être admise. Elle ne pourrait être refusée sans injustice. La loi ne peut frapper avant d'avoir averti. Si l'accusé n'a pu l'être, il ne peut être puni.

65. La prérogative de faire preuve en justice, et de dispenser de toutes preuves celui au profit duquel elles existent, n'est point la seule différence qu'il y ait entre les présomptions légales et les simples présomptions de l'homme ou du magistrat. A la vérité, elles ont cela de commun que, hors les deux cas dont parle la disposition finale de l'article 1352, elles peuvent, les unes comme les autres, être détruites par une preuve contraire; mais elles diffèrent par un point essentiel.

Les présomptions de l'homme, celles qui ne sont point établies par la loi, étant entièrement abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, il est toujours le maître de les rejeter ou de leur préférer d'autres présomptions du même genre, qui les combattent; il est libre de choisir entre celles qui se présentent; une présomption peut détruire une autre présomption.

Mais il n'y a qu'une preuve contraire proprement dite, qui puisse faire taire la présomption établie par la loi, à moins que la loi n'ait elle-même établi d'autres présomptions qui puissent opérer cet effet. « La présomption capable d'attaquer celle de » la loi, dit d'Aguesseau, 23 plaid., t. II, p. 542;

» doit être écrite dans la loi même; elle doit être » fondée sur un principe infaillible, pour pouvoir » détruire une probabilité aussi grande que celle » qui sert de fondement à cette preuve. »

Voët, *ff de probat. et præsumpt.*, *n°.* 15, enseigne la même doctrine : « *Juris præsumptio, quæ ex legibus » introducta est, ac pro veritate habetur, donec pro- » batione, aut præsumptione contrariâ fortiore ener- » vata fuerit, cùm ex ipso jure descendat, in potestate » verò judicis facti quidem quæstio sit, non juris auc- » toritas, consequens est eam ab arbitrio judicis non » pendere.* »

Ainsi, non seulement la présomption légale forme une preuve dont le magistrat ne peut s'écarter sans une preuve contraire plus forte; mais la preuve contraire ne peut consister dans de simples présomptions de l'homme non établies par la loi. Ces principes ont été consacrés dans les considérans d'un arrêt de cassation (1), rendu le 5 janvier 1810, sur les conclusions du savant procureur général Merlin. « Attendu, porte l'un des considérans, que » si une présomption de droit peut être détruite par » la preuve positive d'un fait contraire à celui qu'elle » suppose, elle ne peut du moins pas l'être par *des » présomptions non autorisées par la loi*, et purement » arbitraires. »

Ainsi, dans les cas même où la loi permet au

---

(1) Rapporté dans les Questions de droit, 3.e édit., v.° *Douanes*, tom. II, pag. 482.

magistrat de juger sur de simples présomptions, elles ne suffisent pas pour détruire une présomption établie par la loi.

64. Il nous reste à parcourir ou à résumer les cas que l'art. 1350 présente comme des exemples de présomptions légales; tels sont, « 1°. les actes que » la loi déclare nuls, comme présumés faits en » fraude de la loi *par leur seule qualité* »

Par exemple, les actes déclarés nuls, comme faits à des personnes présumées interposées entre le donateur et un incapable de recevoir. *Voy.* les art. 911, 1100, etc. Nous avons donné plusieurs exemples de ces actes déclarés nuls, comme présumés frauduleux.

Notre art. 1350 ajoute, *par leur seule qualité*, pour distinguer les actes que la loi présume frauduleux, des actes que des circonstances extérieures peuvent faire annuler comme présumés frauduleux; car la fraude, le dol, la surprise, la contrainte, etc., peuvent êtreprouvés par des présomptions non établies par la loi.

Remarquez cependant que cette expression d'actes présumés frauduleux *par leur seule qualité*, n'est rien moins qu'exacte; car c'est plutôt la qualité des personnes que la qualité des actes qui les fait présumer frauduleux par la loi. Par exemple, ce sont les qualités d'époux, de père ou mère, d'enfant, ou descendant d'une personne incapable, qui font annuler, comme présumée frauduleuse, une donation qui, sans la qualité du donataire,

n'aurait rien de frauduleux aux yeux de la loi, quoique peut-être d'autres circonstances puissent la faire annuler, comme présumée frauduleuse par le magistrat.

C'est aussi la qualité des personnes qui fait annuler, comme présumées frauduleuses, les adjudications faites aux tuteurs, mandataires, administrateurs, juges, etc., dans les art. 1596 et 1597.

« 2°. Les cas dans lesquels la propriété ou la libération résulte de certaines circonstances déterminées, sont le second exemple de présomptions légales que nous donne l'art. 1350. Par exemple, dit le tribun Jaubert, certains signes extérieurs caractérisent la mitoyenneté d'un mur de séparation entre deux héritages, La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement. »

Nous avons expliqué ailleurs ce qui concerne ces deux espèces de présomptions. Tels sont encore les cas où la loi déclare que les prescriptions de toute espèce sont acquises. Ce n'est pas ici le lieu d'en parler.

Le Code traite, dans les sect. 4 et 5, de la force que la loi attache à l'aveu de la partie, ou à son serment, que notre art. 1350 met au rang des présomptions légales; mais c'est dans le présent paragraphe qu'il traite de la présomption légale résultant de la chose jugée, dont, à cause de son importance, nous ferons un article séparé.

ARTICLE I.er

De la Présomption qui résulte de la chose jugée.

SOMMAIRE.

65. *La force de la chose jugée et celle de la preuve testimoniale sont fondées sur deux présomptions analogues, et cependant l'enquête ne lie point le juge, et il ne peut s'écarter de la chose jugée.*
66. *L'autorité de la chose jugée est fondée sur l'intérêt public.*
67. *Démonstration de cette vérité par la doctrine de Socrate, de Cicéron.*
68. *Cette autorité, accordée même aux jugemens injustes, est telle, qu'elle fait présumer vrai même ce qui est faux.*
69. *Mais cette présomption ne change point la nature des choses. L'opinion publique réforme les jugemens iniques, et note les juges qui les ont rendus.*
70. *La présomption de vérité attachée à la chose jugée ne s'applique qu'aux effets civils.*
71. *Cette présomption est du nombre de celles qui cèdent à la preuve contraire. C'est la doctrine du Conseil d'état.*
72. *Mais cette preuve ne peut être admise que pendant un certain tems.*
73. *La chose jugée n'éteint point l'action* ipso jure; *elle ne produit qu'une exception qu'il faut proposer.*
74. *Les juges ne peuvent la suppléer.*
75. *On peut renoncer à cette exception.*
76. *Elle ne dérive point du droit des gens, mais du droit civil. Ainsi, les jugemens rendus en pays étrangers*

ne peuvent avoir ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire.

77. *Ni conférer une hypothèque en France. C'est un point de jurisprudence très-ancien, consacré par l'ordonnance de 1629.*

78. *Cette loi distingue, dans les actes passés chez l'étranger, ce qui appartient à la puissance publique, de ce qui ne dépend que de la volonté des parties.*

79. *Comment la volonté des parties concourt avec la puissance publique dans les actes notariés, qui tiennent lieu de* simples promesses, *et qui sont néanmoins authentiques. Pourquoi. Fondement de la maxime* locus regit actum, *à la note.*

80. *Dans les jugemens, la volonté des parties n'est comptée pour rien.*

81. *La loi ne considère que* l'extranéité *du pouvoir dont le jugement émane. Elle ne distingue ni les matières ni les personnes.*

82. *Ainsi, toute personne étrangère ou française à laquelle on oppose un jugement rendu chez l'étranger, peut débattre ses droits comme entiers devant les tribunaux français. Distinction de Boulenois rejetée.*

83. *Arrêt qui rejette cette distinction.*

84. *Dispositions de nos Codes nouveaux, qui ont consacré le principe établi par l'ordonnance de 1629.*

85. *Elles n'y ont rien changé. Arrêts qui ont rejeté la fausse interprétation qu'on voulait donner à l'art. 546 du Code de procédure.*

86. *Mais les actes d'instruction faits en pays étranger, par exemple les enquêtes, ne sont pas nuls.*

87. *Les sentences arbitrales rendues en pays étranger, même par des arbitres étrangers, sont valides, et pourquoi.*

88. *Même en matière de société, où l'arbitrage est forcé.*

89. *Les traités de nation à nation font cesser la disposition de nos lois sur les jugemens étrangers. Exemple.*

90. *Mais il faut obtenir une ordonnance d'*exequatur.

91. *A défaut de traité, il ne suffirait pas qu'une loi du pays ou un usage local attribuât l'autorité de la chose jugée aux jugemens rendus en France, et pourquoi.*

92. *Objection tirée du droit de réciprocité. Arrêt dans l'affaire de la princesse Carignan.*

93. Quid *des jugemens rendus dans les pays réunis à la France, et qui en sont séparés depuis la restauration. Dispositions des États voisins sur ce point. Décret du Pape.*

94. *Quand y a-t-il chose jugée ?*

95. *Les jugemens de provision n'ont pas l'autorité de la chose jugée.*

96. *Ni les jugemens préparatoires ou interlocutoires.*

97. *Suivant l'ordonnance de 1667, à laquelle le Code n'a point dérogé, les jugemens, qui ont l'autorité de la chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort, ceux dont il n'y a pas eu d'appel, ou dont l'appel est périmé.*

98. *Il en est de même des jugemens rendus dans les affaires où l'on a d'avance renoncé à l'appel.*

99. *L'autorité de la chose jugée s'évanouit par l'appel, lorsqu'il est encore recevable.*

100. *Les voies extraordinaires prises contre un jugement non sujet à l'appel, ne suspendent pas l'autorité de la chose jugée.*

101. *L'omission de qualifier un jugement en dernier ressort n'empêche pas qu'il n'ait l'autorité de la chose jugée.*

102. *Les jugemens par défaut ont la même force que les contradictoires, après les délais de l'opposition.*

103. *Quels sont les délais*

104. *Tous les jugemens ont l'autorité de la chose jugée*

après les délais de l'appel. Quels sont ces délais. Variation de la législation sur ce point.

105. *On ne peut appeler avant huitaine à compter du jour du jugement.*

106. *De l'acquiescement exprès ou tacite.*

107. *De la signification sans réserve ni protestation.*

108. *L'acquiescement qui en résulte n'est que conditionnel, si l'autre partie n'appèle pas.*

109. *On peut être restitué contre l'acquiescement, pour cause légitime.*

110. *La péremption, en cause d'appel, donne irrévocablement au jugement la force de la chose jugée.*

111. *Les jugemens nuls et les jugemens iniques acquièrent la force de chose jugée. Différence entre ces jugemens.*

112. *En droit romain, les jugemens nuls l'étaient de plein droit, sans recourir à l'appel.*

113. *En France, les voies de nullité n'ont lieu; la nullité n'empêche point le délai de l'appel de courir.*

114. *Ce délai n'est point une prescription. On ne peut lui appliquer l'art. 2267 du Code civil.*

115. *Les nullités peuvent-elles être prononcées par les juges qui ont rendu le jugement? Première distinction entre les jugemens interlocutoires et définitifs.*

116. *Les interlocutoires ne lient point les juges.*

117. *Si ce n'est dans le cas où le fond de l'affaire est tellement décidé, qu'il n'y a plus rien à examiner en définitive. Par exemple, quand l'interlocutoire défère le serment supplétoire.*

118. *L'interlocutoire ne peut être réformé par les juges qui l'ont rendu, lorsqu'il y a appel.*

119. *Seconde distinction entre les jugemens contradictoires et ceux par défaut. Ceux-ci, au moyen de l'opposition simple, peuvent être réformés par les juges qui les ont rendus.*

120. *Quant aux premiers, ils ne peuvent l'être.*

121. *Pas même ceux qui sont rendus faute de preuve ou faute d'avoir produit telle pièce. On les appelait en Bretagne* **jugemens comminatoires.**

122. *Fausse doctrine des* **comminatoires** *repoussée par d'Aguesseau.*

123. *Néanmoins admise et consacrée par le Parlement de Bretagne.*

124. *Mais repoussée par la Cour de cassation en l'an VIII.*

125. *Et enfin, après variation, par la Cour royale de Rennes.*

126. *Mais cela n'empêche pas celui qui a recouvré la quittance d'une somme qu'il est condamné de payer, de faire valoir cette quittance par exception, ou même pour répéter ce qu'il aurait payé une seconde fois, ou par compensation.*

127. *Pourvu que l'exception de paiement ou de compensation, n'ait pas été jugée et rejetée.*

128. *Ancienneté de la jurisprudence française qui défend aux juges de réformer les jugemens qu'ils ont rendus. Arrêt de la Cour de cassation sur ce point.*

129. *Peuvent-ils réformer les jugemens arrêtés, mais non signés ni mis au greffe?*

130. *Ils le peuvent avant la prononciation du jugement à l'audience, mais non depuis.*

131. Quid, *s'il s'était glissé des erreurs dans la rédaction?*

132. *Ces règles sont communes aux jugemens rendus par les tribunaux inférieurs, dans les cas où ils peuvent juger en dernier ressort, quand même ils auraient omis de l'exprimer.*

133. *Y a-t-il des exceptions à la règle que les nullités n'ont pas lieu de plein droit? Qualités qui constituent un jugement. Comment il faut prononcer sur les intérêts.*

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R.F.

134. *Dispositions de nos lois sur la manière de rédiger un jugement.*

135. *Point de nullités dans les jugemens, si la formalité n'est pas prescrite sous peine de nullité.*

136. *Quelles sont les nullités qu'on peut aujourd'hui invoquer contre un jugement.*

137. *La loi du 20 avril 1810 ne force plus les juges, comme celle du 24 août 1790, à poser les questions de fait et de droit.*

138. *Cependant, en ne votant pas séparément sur ces questions, mais sur une question complexe, les juges s'exposent à rendre un jugement contraire au vœu de la majorité.*

139. *Démonstration de ce danger par un exemple. Les législateurs de Genève l'ont senti et prévenu.*

140. *Les juges peuvent et doivent même continuer de suivre la loi du 24 août 1790, sur la position des questions de fait et de droit, et voter séparément sur chacune.*

141. *Suivant le Code de procédure, la rédaction des jugemens doit être faite sur les qualités signifiées entre les parties, et cependant, par une contradiction palpable, les qualités ne sont signifiées qu'après le jugement rendu, et pour les régler, si l'on n'est pas d'accord, il faut aller en référé.*

142. *Les rédacteurs du Code de procédure, avertis de cette absurdité, n'y voulurent rien changer. Les Genevois l'ont corrigée. Vœu pour que nous ayons la sagesse de les imiter.*

143. *Quatre conditions sont exigées pour donner lieu à l'exception de la chose jugée : 1.° identité de la chose demandée ; 2.° identité de la cause sur laquelle la demande est fondée ; 3.° identité des personnes ; 4.° identité de qualité dans les personnes.*

144. *1.° Identité de la chose. Ce doit être le même corps, la même quantité, le même droit.*

145. *Les augmentations, diminutions ou changemens survenus, n'empêchent pas que ce soit le même corps.*

146. *On ne peut demander la partie d'un tout qui était l'objet de la première action.*

147. *Développement de la règle* **in toto pars continetur.** *L'usufruit fait partie de la propriété.*

148. *Demande de 10,000 fr. après avoir échoué dans celle de 20,000.*

149. *Demande d'un passage à pied, après avoir demandé un passage à toute occurrence.*

150. *Après avoir échoué dans la demande collective de deux choses, on ne peut plus demander l'une d'elles seulement.*

151. *Tout ce qui a été séparé d'un corps depuis la première demande, est censé en faire partie lors de la seconde.*

152. Quid *des matériaux d'une maison détruite depuis le jugement?*

153. *Peut-on demander, par une seconde action, le tout dont on avait seulement demandé partie; par exemple la propriété, après avoir demandé l'usufruit?*

154. *On peut dire que, dans ce dernier cas, la chose demandée n'est pas la même.*

155. *Développement et explication de la maxime que la partie n'est pas comprise dans le tout.*

156. *On peut demander la propriété, après avoir échoué dans l'action possessoire.*

157. *S'il y a du doute sur l'application de l'exception de la chose jugée, il faut la rejeter.*

158. *Il n'y a point de doute, si la nouvelle action est fondée sur une autre cause. Exemple dans la demande*

d'usufruit après avoir échoué dans la demande de la propriété.

159. *Autre exemple dans la demande du même fonds sur une cause différente.*

160. *Comment on peut juger si la cause est différente.*

161. *Il ne faut pas confondre la cause avec les moyens de la prouver, ni la cause prochaine de l'action avec l'espèce ou le genre de l'action; car la même cause peut produire plusieurs actions.*

162. *Exemple. Le contrat de vente revêtu de la stipulation produisait à Rome deux actions, l'action* empti venditi, *et l'action* ex stipulatu.

163. *Autres exemples dans les actions redhibitoires, et* quanti minoris, *qui, quoique différentes, ont la même cause.*

164. *Exemple de la différence des causes entre deux actions, tiré d'un arrêt de la Cour de cassation, du 27 août* 1817.

165. *Exemple dans les actions en rescision. La cause prochaine est le défaut de consentement; les moyens sont l'erreur, le dol, la violence, etc.*

166. *Application de ces principes aux nullités d'un acte pour vice de forme.*

167. *Ils ne sont pas applicables, s'il s'agit de nullités d'un genre différent. Exemple.*

168. *Exemples d'actions dont les causes sont différentes, et qu'on peut exercer successivement. Conséquences qui en résultent, contre la faculté de les faire valoir en cause d'appel.*

169. *Cas où, après avoir échoué dans une action, on n'en peut former une seconde, quoique fondée sur une cause différente, lorsqu'il y a confusion des qualités par l'adition d'hérédité.*

170. *Examen du brocard* electâ unâ viâ non datur recursus ad alteram.

171. *Il n'est écrit ni présenté dans aucune loi comme règle générale.*

172. *La loi* 130, de R. J., *et la loi* 41, *ff* de O. et act ; *disent au contraire que le choix d'une des actions n'empêche pas de revenir à l'autre, quand la loi ne le défend pas.*

173. *Il est contraire à la raison de dire que le choix entre plusieurs actions est une renonciation aux autres.*

174. *Mais l'intérêt public a fait établir l'exception de la chose jugée, qui empêche la seconde action, si elle n'est fondée sur une autre cause. C'est sur cette exception qu'est fondé le brocard* electâ unâ viâ, *etc.*

175. *La loi* 9, § 1, de tributoriâ act. *le fait entendre.*

176. *C'est l'identité de cause qui empêche de former l'action redhibitoire après l'action* quanti minoris.

177. *Et l'action* pro socio, *après l'action* communi dividendo, *dans le cas de la loi* 38, § 1, *ff* pro soc.

178. *Application aux différentes actions accordées aux légataires. Elles sont fondées sur la même cause.*

179. *L'exception de la chose jugée n'est point fondée sur la maxime* electâ unâ viâ, *etc.; mais plutôt cette maxime est fondée sur les conséquences tirées de l'exception de la chose jugée.*

180. *Les lois qui défendent, après un premier choix, de former une seconde action sur une autre cause, sont des dispositions spéciales qu'on ne doit pas généraliser.*

181. *La loi* 22, § 1, Cod. de furt., *en est un exemple. Explication de cette loi.*

182. *Il serait contre la raison d'ériger en règle générale la décision de cette loi, sur laquelle les interprètes, et surtout Brunneman, ont fondé leur maxime :* In con-

cursu actionem alternativo, si actio semel in judicium deducta sit, statìm summovetur altera.

183. *Le président Favre admet cette maxime, et la fonde, non sur la loi citée, mais sur ce que le choix entre plusieurs actions est une renonciation nécessaire aux autres.*

184. *Vice de l'induction qu'il tire de la loi* 14, § 9, *ff* de æditit. edict., *qui ne s'applique qu'à une renonciation expresse.*

185. *Il est faux que le choix d'une des actions contienne nécessairement la remise des autres. La loi* 9, § 1, de tribut. act., *fournit un argument contraire à cette remise.*

186. *On n'est point présumé remettre ses droits ou y renoncer, si la présomption n'est pas établie par une loi, ou si le choix n'est pas incompatible avec l'autre action, comme dans la loi* 12, § 1, *ff* de inoff. test.

187. *Mais le choix entre deux actions qui ne sont pas incompatibles, ne peut annoncer la volonté de renoncer à l'autre.*

188. *Sur-tout dans notre législation, qui permet le regrès contre la renonciation non encore acceptée.*

189. *Il paraît qu'en France on ne suivait ni la décision de Justinien, l.* 22, § 1, C. de furtis, *ni la maxime des interprètes et de Brunneman.*

190. *Examen de l'opinion de M. Merlin, qui pense qu'elle doit être suivie sous l'empire du Code. Réponse aux argumens qu'il tire des art.* 1638 *et* 1644.

191. *Cette opinion, peu conciliable avec ce qu'il dit ailleurs, que la demande du prix d'une vente n'empêche pas d'en demander ensuite la résolution. Rétractation d'une erreur commise sur ce point par l'auteur.*

192. *La maxime de Brunneman ne doit être suivie, sous*

l'empire du Code, que dans le cas où la chose jugée s'oppose à la seconde action. Art. 1610 *expliqué.*

193. *Le vendeur qui, pour conserver son privilége, a pris une inscription nulle, peut, après s'être présenté à l'ordre, demander la résolution du contrat, faute de paiement.*

194. *Troisième condition pour qu'il y ait lieu à la chose jugée; il faut que la seconde action soit entre les mêmes parties, etc.*

195. *De là la maxime que la chose jugée ne peut nuire ni profiter à des tiers. Exemple dans les jugemens rendus pour ou contre l'un des héritiers du créancier ou du débiteur.*

196. *Il peut en résulter le scandale de deux jugemens contraires rendus sur le même objet et sur les mêmes moyens.*

197. *Application de la règle* **res judicata tertio non nocet**, *à une espèce singulière de préférence d'hypothèque.* *L.* 16, *ff* **qui potiores.**

198. *Quand y a-t-il identité de personnes ?*

199. *Des successeurs à titre universel, et même à titre particulier, ou ayant-cause en matières réelles.*

200. *Si l'acquéreur représente le vendeur, le vendeur ne représente pas l'acquéreur. Exemples et conséquences.*

201. *La division des créances d'une succession peut faire concourir le principe que l'autorité de la chose jugée n'a point lieu contre les tiers, avec celui qui n'a lieu que pour les mêmes choses.*

202. *Dans le cas d'une dette solidaire, le jugement rendu contre le créancier peut lui être opposé par les autres codébiteurs.*

203. *Le jugement rendu contre l'un des débiteurs solidaires a force de chose jugée contre les autres ; mais avant de le mettre à exécution, il faut le faire signifier huitaine*

d'avance, et cette signification est nécessaire pour faire courir contre eux le délai de l'appel.

204. *Le jugement rendu contre l'un des créanciers solidaires peut être opposé aux autres, sauf l'appel.*

205. *La solidarité prononcée par la loi a les mêmes effets que la stipulation de solidarité.*

206. *Dans les créances indivisibles, c'est-à-dire dont le paiement ne peut être divisé, les jugemens rendus contre l'un des débiteurs peuvent être opposés aux autres.*

207. *Opinion de Pothier sur ce point.*

208. *Exception pour les cas de collusion.*

209. *Le jugement rendu en faveur du débiteur profite au fidéjusseur.*

210. *On peut lui opposer le jugement rendu contre le débiteur; mais il peut en être appelant.*

211. *Peut-il l'attaquer par la tierce-opposition? Est-il l'ayant-cause du débiteur? Distinction.*

212. *Les légataires n'étant point les ayant-cause de l'héritier, les jugemens rendus contre lui ne peuvent leur être opposés.*

213. *De l'identité de qualités dans les parties, exigée pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée.*

214. *Du cas où les qualités séparées dans l'origine se sont confondues avant la première demande. Par exemple, les qualités d'héritier du père et de la mère.*

215. *Et du cas où elles n'auraient pas été confondues lors du premier jugement.*

216. *Les causes d'état, appelées par excellence* causes préjudicielles, *forment exception au principe de l'identité des personnes, pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée.*

217. *Importance de ces questions. Les jugemens qui les décident ont force de loi.*

218. *Ils s'étendent sur l'avenir comme sur le passé.*

219. *Pourvu qu'ils soient rendus avec un légitime contradicteur, c'est-à-dire avec celui qui a le premier et le principal intérêt dans la cause.*

220. *En matière de filiation, le père et la mère sont également intéressés. Tous les deux doivent être mis en cause.*

221. *Il faut même y mettre les enfans d'un précédent mariage.*

222. *Mais si le jugement où ils ne sont pas appelés est en faveur de leur père ou mère, il a pour eux l'autorité de la chose jugée.*

223. Quid *de l'enfant qui n'était pas né lorsque le procès a commencé?*

224. *Ces principes s'appliquent au cas du mariage d'une femme attaqué par le mari, par les enfans d'un précédent mariage, ou par des collatéraux. Les enfans nés du mariage attaqué doivent être mis en cause.*

225. *Si les enfans étaient émancipés, il faudrait les appeler en privé nom; s'ils étaient mineurs, il faudrait appeler leurs père ou mère en qualité de tuteurs, ou faire nommer un curateur* ad hoc. *Arrêt qui consacre ces principes.*

226. *C'est en conséquence des mêmes principes, que les rectifications des actes de l'état civil n'ont point de force contre les tiers.*

227. Quid *si le contradicteur légitime laisse défaut?*

228. *Il faut que la question d'état soit l'objet principal du jugement. Il ne suffit pas qu'on puisse en tirer une conséquence en faveur de la question d'état; par exemple, un jugement qui condamne à nourrir un enfant.*

229. *L'état des hommes ne s'établit point par simple préjugé. Il peut y avoir preuves suffisantes pour condamner à des alimens, mais non pour déclarer la paternité.*

230. *Mais la question d'état peut être jugée incidemment et*

par voie d'exception, aussi bien que par voie d'action.

231. *Exemple dans l'affaire de Masson Maisonneuve.*

232. *En prononçant sur la tierce-opposition contre un arrêt, il peut être ordonné qu'il n'aura pas de force contre les tiers opposans; mais il la conserve entière contre ceux entre lesquels il a été rendu. Il peut en résulter que le même individu est censé légitime dans une famille, et illégitime dans l'autre.*

233. *C'est un effet de la chose jugée, qui peut* de non jure facere jus, de non ente ens.

234. *Lorsqu'une question est jugée plusieurs fois entre personnes différentes, on est toujours exposé au scandale de deux jugemens contraires :* De deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne, *et quoique l'un des jugemens soit nécessairement mal rendu, il faut les exécuter tous les deux.*

235. *Ainsi, le même individu peut être considéré comme héritier à l'égard de certain créancier de la succession, et non à l'égard des autres.*

236. *L'art.* 800 *ne contient aucune exception en ce point à l'art.* 1351.

237. *Réponse à l'objection tirée de la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier.*

238. *Si les qualités naturelles sont indivisibles en soi, les droits que la loi y attache peuvent être divisés. Aussi la contrariété des arrêts ne donne ouverture à la requête civile que lorsqu'ils sont rendus entre les mêmes parties, parce qu'alors il est impossible de les exécuter tous deux.*

239. *Arrêts conformes à ces principes, qui ont déclaré le même individu légitime dans la famille de sa mère, et illégitime dans celle du mari de la mère.*

240. *Si le principe de l'identité des personnes, nécessaire*

pour donner lieu à la chose jugée, reçoit exception à l'égard des jugemens criminels; si le criminel emporte le civil. *Examen de l'opinion de M. Merlin.*

241. *Il a beaucoup modifié sa première doctrine dans ses Questions de droit, en la restreignant au cas où il y a connexité entre le fait sur lequel a porté l'action publique, et celui sur lequel doit porter l'action civile; mais, dans ce cas même, il ne paraît pas que le jugement criminel doive avoir l'autorité de la chose jugée dans l'instance civile.*

242. *L'identité des faits ne suffit pas pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée; il faut identité dans l'objet de la demande, et identité des personnes.*

243. *Ces deux dernières identités ne peuvent exister dans l'instance civile, que dans le cas où la personne lésée a été partie civile dans le jugement criminel.*

244. *Le jugement civil n'a point la force de la chose jugée, relativement au tribunal criminel, parce que, dit M. Merlin,* les jugemens ne peuvent être opposés qu'aux parties avec lesquelles ils ont été rendus.

245. *Donc le jugement criminel ne peut être opposé à la personne lésée, qui n'était pas partie civile. Aucune loi n'a excepté ce cas de la disposition de l'art.* 1351.

246. *Comment M. Merlin veut prouver que le jugement criminel a force de chose jugée dans l'instance civile en dommages et intérêts.*

247. *Il prétend qu'il y a identité d'objets dans les deux demandes. Fausseté de cette prétention. L'objet de l'action publique est la peine; l'objet de l'action privée une somme d'argent.*

248. *Il est impossible que cette identité existe dans notre législation.*

249. *Il prétend qu'il y a identité de parties, parce que la*

personne lésée était, dans le jugement criminel, représentée par le ministère public.

250. *Fausseté de ce paradoxe. Le ministère public ne peut représenter la partie lésée.*

251. *Pour prouver que le ministère public représente en France la partie lésée, M. Merlin cite le droit romain, qui ne connaissait point cette institution.*

252. *Il ne faut pas confondre les actions populaires en droit romain avec les actions publiques.*

253. *Tout citoyen pouvait accuser et exercer l'action publique pour la répression des délits, mais en vertu de la règle* non bis in idem, *une seconde accusation devait être repoussée.*

254. *Mais ceux qui y avaient un intérêt personnel pouvaient renouveler l'accusation, parce que, dit Ulpien,* res inter alios judicata, aliis non præjudicat.

255. *Ils pouvaient même former une action civile au lieu d'une accusation : donc, en supposant que le ministère public soit en France ce qu'était à Rome le premier accusateur, on ne pourrait dire qu'il représente la partie lésée.*

256. *La loi défend même au ministère public de prendre des conclusions en faveur de la partie lésée par le délit, et elle ne permet pas à celle-ci de lui en donner le mandat : donc il ne la représente pas.*

257. *Réponse à l'objection tirée de ce que l'action publique est* préjudicielle.

258. *Réponse à une autre objection, et confirmation des principes.*

259. *Examen de la jurisprudence des arrêts.*

65. La preuve testimoniale et la chose jugée tirent leur force de deux présomptions également incertaines et absolument analogues : présomption

de probité, présomption d'intelligence dans la personne du témoin et dans celle du juge.

On présume de la probité des témoins qu'ils n'ont pas voulu tromper ; de leur intelligence, qu'ils ne se sont pas trompés ;

On présume également de la probité des juges qu'ils sont incapables de prévariquer au point de rendre sciemment une sentence contraire aux lois et à leur conscience;

Et le choix de leurs personnes pour les fonctions augustes qu'ils exercent, fait présumer qu'ils ont assez de lumières et de sagacité pour discerner la vérité dans les questions de droit et de fait soumises à leur jugement, au travers des ténèbres dont cherchent à l'envelopper les artifices d'un plaideur subtil et de mauvaise foi.

Il est assez facile de s'assurer que les témoins ont une intelligence suffisante pour rapporter fidèlement les faits qu'ils ont eux-mêmes vus ou entendus, *quæ sensu corporeo perceperunt ;* car ce n'est que sur ces faits que doit porter leur témoignage, et non sur l'opinion qu'ils ont conçue de la fausseté ou de la vérité de tels ou tels faits, sur des ouï-dire ou sur des conjectures plus ou moins vraisemblables.

Mais il est presque impossible de s'assurer qu'ils ne trompent pas, qu'ils ne trahissent pas la vérité par des déguisemens et des réticences coupables, ou même par des mensonges criminels.

De là l'incertitude de la preuve testimoniale qui,

suivant nos lois, ne lie pas la religion des juges. Ils peuvent s'écarter du résultat de l'enquête, lorsqu'ils ne sont pas persuadés, lorsqu'ils ont des raisons de croire que les dépositions ne sont pas conformes à la vérité. *Voy.* ce que nous avons dit, tom. IX, p. 322.

Il en est autrement de la chose jugée : les tribunaux ne peuvent s'en écarter. Cependant les juges sont hommes, et comme tels sujets à l'erreur. Organes de la loi, ils devraient être impassibles comme elle; et toutes les passions les assiégent, les dominent même quelquefois. L'esprit de parti les égare et fausse leur conscience. Le choix qui les élève est souvent dû à l'intrigue d'un protecteur en crédit ou à l'influence d'une faction, plutôt qu'au mérite, à la probité et aux lumières du candidat.

Le temple qui les réunit ne devrait compter, selon d'Aguesseau, que des savans éprouvés; et cependant combien en trouve-t-on peu qui attachent du prix à la science? combien même la dédaignent?.....

Combien aussi, dans tous les tems, ne s'est-on pas plaint de l'incertitude des jugemens? Combien de questions diversement jugées dans la même Cour, selon l'absence ou la présence de tels ou tels juges, selon qu'elles se trouvaient portées dans telle ou telle chambre, selon les tems, selon les lieux, selon la qualité des personnes!

De là, le proverbe qui range les jugemens au

nombre des chances d'un hasard aveugle : *alea judiciorum.*

66. D'où vient donc cette force, cette autorité qu'accorde la loi à la chose jugée, qu'elle regarde comme une vérité présumée? *Res judicata pro veritate accipitur. Loi* 207, *ff de reg. jur.*

Cette autorité si respectable vient de plus haut.

C'est une conséquence directe, ou, si l'on veut, une des conditions de l'état civil, dont la première loi est que nul associé ne se fera justice par lui-même; mais qu'il la demandera aux dépositaires de la puissance publique. *Voy.* tom. I, n°. 201.

En entrant, en restant dans l'état civil, tout citoyen se soumet à faire décider par le magistrat les différens qu'ils pourrait avoir avec d'autres personnes. Il est donc obligé de respecter et d'observer les décisions légalement rendues contre lui, lors même qu'il les trouverait injustes, lors même qu'elles le seraient en effet; car il ne peut s'y soustraire, sans troubler l'ordre public, sans détruire, autant qu'il est en lui, les lois de l'État, qui demeurent sans force et sans autorité, si tout homme privé peut, suivant son caprice ou son intérêt, désobéir impunément aux décrets du magistrat établi pour rendre les oracles de la loi.

67. C'est une vérité démontrée d'une manière sublime par le plus sage des mortels. Les amis de Socrate, condamné à mort par une sentence inique, le sollicitaient de s'y dérober par la fuite. Tout était préparé. Ils le pressaient de se rendre à

leurs instances au nom de tout ce qui peut émouvoir un cœur sensible, au nom de la sainte amitié. On reprocherait à ses amis de ne l'avoir pas sauvé quand ils en avaient le pouvoir. Au nom de ses enfans, dont sa mort laisserait le sort et l'éducation abandonnés aux chances du hasard; enfin, au nom de la justice, qui ne lui permettait pas de s'abandonner lui-même, quand il pouvait se sauver, et qui lui commandait d'épargner un grand crime à sa patrie.

Le sage vieillard, dans sa réponse, commence par poser en principe qu'il ne doit pas se rendre aux désirs de ses amis, si leur proposition blesse les lois d'Athènes, auxquelles il a promis d'obéir en demeurant dans la cité. Et afin de donner plus de force à la discussion, il personnifie les lois pour les faire parler elles-mêmes, par une admirable prosopopée (1) : « Que vas-tu faire, ô Socrate! lui disent-elles? Ne vois-tu pas que ton projet de fuite prépare, autant qu'il est en toi, la destruction, l'anéantissement des lois et la chute de la république? Penses-tu donc qu'un État puisse subsister sans lois, et que les lois ne soient pas détruites et anéanties, lorsque les jugemens n'ont aucune force, lorsque chaque homme privé peut les rescinder, en se soustrayant à leur exécution? »

---

(1) Il faut absolument lire le Dialogue de Platon, intitulé *Crito*, ou *de eo quod est agendum*. On ne le lira point sans se sentir meilleur, et plus résigné à obéir aux lois de son pays.

Socrate répond ensuite à l'objection tirée de l'injustice particulière du jugement qui le condamne, qu'une injustice privée ne peut entrer en balance avec l'intérêt public et général. Et par respect pour les lois de son pays, pour obéir au jugement le plus inique, Socrate, qui pouvait fuir, but tranquillement la ciguë.

C'est aussi sur le respect pour la chose jugée que Cicéron fonde sur-tout la stabilité des États : *Status Reipublicæ maximè judicatis rebus continetur* (1).

68. Cette doctrine est commune aux jurisconsultes romains, qui enseignent qu'on doit observer un jugement même injuste, rendu par erreur ou par abus de pouvoir, *per errorem aut ambitiosè.* Pourquoi ? Parce que l'intérêt public l'exige (2). *Etiam publicè interest, propter rerum judicatarum*

---

(1) *Orat. pro Syllâ, cap.* 22.

(2) Comment l'exige-t-il ? C'est ce qu'explique fort bien Paul, loi 6, *ff de except. rei judicat.*, 44. 2. *Singulis controversiis, singulas actiones, unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit : ut aliter modus litium multiplicatus summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem, maximè si diversa pronunciarentur. Parere ergò exceptionem rei judicatæ frequens est.*

L'utilité publique consiste en ce que, si l'on ne s'arrêtait pas irrévocablement à la chose jugée une première fois, les procès ne finiraient jamais. *Nullus futurus sit litium, neque finis, neque modus.* Un premier procès en ferait naître un second, un troisième ; et ne pouvant obtenir de justice stable en recourant aux tribunaux, les contendans en reviendraient à se rendre justice eux-mêmes, et renverseraient ainsi la société, en violant la première loi de l'état civil.

auctoritatem (1). *Loi* 65, § 2, *ff ad SC. Trebell.*, 36. 1.

C'est donc sur le grand motif de l'intérêt public que repose cette présomption de vérité que la loi attache à la chose jugée, *pro veritate accipitur*. Tellement que si les juges déclarent faux un fait qui était vrai, il passera pour faux aux yeux de la loi (2). La force de la chose jugée est telle qu'elle peut faire violence à la vérité même et la soumettre à son autorité. Le jugement, quoique contraire à la vérité et à la justice, n'en doit pas moins être exécuté. Ainsi l'exige l'intérêt public.

69. Mais cette présomption, quelque respectable que soit le fondement sur lequel elle est établie, ne peut changer la nature des choses. Ce qui est juste et vrai en soi-même demeure juste et vrai. L'innocent condamné injustement n'en reste pas moins innocent, nonobstant le jugement inique qui le déclare coupable. Le nom de ses juges, déféré à la censure impartiale de l'opinion publique, passe à la postérité avec une note d'infamie : *Qui illum damnârunt causam dicent omnibus seculis*, dit Sénèque, *de providentiâ, cap.* 3, en parlant de ce Rutilius, que, malgré sa condamnation, Cicéron qualifiait hautement de l'un des meilleurs et des plus innocens citoyens de Rome, *pro Fonteio*,

---

(1) *Id est, ut res judicatæ suam teneant auctoritatem.*

(2) *Voy.* Didier Herault, *de auctoritate rerum judicatarum, lib.* 1, *cap.* 1, *n.°* 4, dans le second volume du Trésor d'Otton.

caput 13, et dont il regardait la condamnation comme une peine, non contre le condamné, mais contre ses juges. *Orat. in Pison., cap.* 39.

Car s'il y eut dans tous les tems des juges vendus au pouvoir, à la faveur, à l'esprit de parti, emportés, tantôt par les fureurs anarchiques du parti populaire, tantôt rampans sous la verge de Séjan ou de Tibère, *non es amicus Cæsaris*, des Laubardemont, des Jefferies, etc., etc.; dans tous les tems aussi, l'opinion publique et l'histoire les ont voués à l'exécration de siècles.

70. Ce n'est donc qu'aux effets purement civils des jugemens que s'applique la présomption de vérité que la loi attache à la chose jugée. Ainsi, la condamnation de payer une somme qu'il ne devait pas, oblige le condamné à la payer. Il peut y être contraint par toutes les voies judiciaires, quoique, dans la vérité, il ne la doive pas. C'est une obligation purement civile, et c'est l'autorité de la chose jugée qui forme cette obligation, dit fort bien Pothier, n° 174. Ce n'est donc que par inadvertance qu'il dit ailleurs (1) que l'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et *équitable* tout ce qui est contenu dans le jugement.

71. Ce grand jurisconsulte, préoccupé de l'ancienne doctrine des présomptions *juris et de jure*, qu'il avait embrassée, enseigne, dans l'endroit cité,

---

(1) Section de l'autorité de la chose jugée, n.° 37.

n°. 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'obscure 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 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 présomption, la loi n'annule aucuns actes, ne dénie aucune action en justice. Aussi, le Conseil d'état a-t-il mis sans balancer la présomption de justice attachée à la chose jugée, au nombre de celles qui cèdent à la vérité contraire. Voici comme il s'exprime dans un avis approuvé le 31 janvier 1806, et qu'on trouve imprimé à sa date dans le Bulletin des lois :

« La stabilité des jugemens rendus par les Cours » repose, il faut en convenir, non sur la certitude » acquise qu'un arrêt est juste, mais sur la pré- » somption de sa justice, quand il est revêtu des » formes qui lui donnent le caractère d'un juge- » ment. Or, il est *de la nature de toute présomption* » *de céder à la vérité contraire*, quand elle est dé- » montrée. Si donc un arrêt se trouve en opposition » formelle avec une disposition textuelle de la loi, » la présomption de sa justice disparaît; car la lo

» est et doit être la justice des tribunaux. Aussi la » Cour de cassation a-t-elle le droit d'annuler, dans » ce cas, les actes des Cours. »

72. Cessons donc d'appliquer à notre législation nouvelle, et aux présomptions légales qu'elle établit, la doctrine surannée des présomptions *juris et de jure*, qui n'est propre qu'à égarer les esprits. La vérité est que la preuve contraire peut être admise contre la présomption qui résulte de l'autorité de la chose jugée ; mais cette preuve ne peut être admise que pendant un certain tems, après lequel elle ne saurait plus l'être, afin que les procès ne soient pas éternels.

73. Nous avons dit, et c'est une maxime de raison universellement reconnue, que la présomption de vérité, que la loi civile attache à la chose jugée, ne peut changer la nature des choses ; que ce qui est juste et vrai en soi-même demeure toujours juste et vrai. Ce n'est donc qu'aux effets purement civils des jugemens que peut s'appliquer cette présomption : d'où il s'ensuit que l'obligation de celui qui a été libéré par un jugement inique n'est point réellement détruite, et que l'action du créancier subsiste toujours *ipso jure*. Suivant le droit immuable, antérieur à la loi civile (1), la force de celle-ci ne peut aller qu'à permettre de repousser, par une exception qu'elle accorde, une action qu'elle

(1) *Licèt enim absolutus sit, naturâ tamen debitor permanet*, dit le jurisconsulte Paul, loi 60, *ff de condict. indeb.*, 12. 6.

n'a pas le pouvoir de détruire, parce qu'aucune puissance ne peut détruire la vérité.

La chose jugée ne produit donc qu'une exception; c'est encore un principe reconnu par tous les jurisconsultes, et puisé dans le droit romain : *Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominùs obligatio durat; et ideò ipso jure de eâdem re posteà adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari* (1).

Ainsi, voilà deux points bien constans en jurisprudence : l'autorité de la chose jugée ne produit qu'une exception; cette exception ne dérive point du droit naturel; c'est une création de la loi civile, qui l'a établie par le grand motif de l'intérêt public, et du repos de la société : *Ne aliter modus litium multiplicatus summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem. Loi* 6, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

74. De là deux conséquences : la première que les juges, lorsqu'elle n'est pas opposée par celui qui avait intérêt de la proposer, ne peuvent pas plus suppléer d'office l'exception de la chose jugée, qu'ils ne peuvent suppléer la prescription (2223).

Ce sont deux exceptions que le droit romain range sur la même ligne, et place à la suite l'une de l'autre dans les Pandectes, parce qu'elles ont le même fondement. Le silence de celui qui n'op-

---

(1) § 5, *inst. de exceptionibus*, 4. 13. *Voy.* aussi le titre du Digeste *de exceptione rei judicatæ*, 44. 2.

pose pas l'exception de chose jugée, ne peut-il pas venir de ce qu'il n'est pas persuadé que le premier jugement qu'il a obtenu soit conforme à l'équité, comme le silence de celui qui n'oppose pas la prescription peut venir de ce qu'il sait que la dette n'est point éteinte?

75. Aussi, la jurisprudence des arrêts paraît constante sur la nécessité d'opposer l'exception de la chose jugée, et sur le défaut de pouvoir, dans les juges, de la suppléer d'office. M. Merlin dit qu'en matière civile, on ne peut casser, comme violant la chose jugée, un jugement en dernier ressort, rendu contre une partie qui n'a pas opposé l'exception de la chose jugée par un précédent jugement qu'elle avait obtenu contre son adversaire, ou qui, en ayant excepté, n'a pas justifié son exception, parce que, dit-il, *la partie à laquelle est acquise l'exception de la chose jugée, peut renoncer à l'avantage qui en résulte* (1). D'ailleurs, ajoute-t-il, le

---

(1) Ceci est tiré du Répertoire, 3.e édition imprimée en 1807, v.° *Chose jugée*, § 20.

L'auteur avait professé une doctrine contraire dans des conclusions données le 21 thermidor an 9, et qu'on retrouve dans la 3.e édition des Questions de droit, imprimées en 1819, v.° *Appel*, § 9, tom. I, pag. 121. L'auteur y soutient, avec beaucoup d'érudition, que la partie à laquelle est acquise l'exception de la chose jugée, par l'expiration du délai accordé pour l'appel, ne peut renoncer à cette exception, et que les juges doivent la suppléer, parce que c'est une exception de droit public.

Il avoue, à la vérité, que ses conclusions ne furent pas suivies; mais il ajoute que sur dix-sept juges, huit les avaient adoptées. Il rapporte

juge devant lequel on plaide de nouveau ne peut deviner que l'affaire qu'on lui présente a déjà subi un jugement. Il rapporte à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation, du 15 pluviôse an XIII.

Ces principes nous paraissent d'une exactitude incontestable, et conformes en tout point à la raison; car on peut toujours renoncer à un droit acquis en sa faveur; et c'est par ce motif qu'on peut renoncer même tacitement à la prescription acquise (2220, 2221), quoiqu'on n'y puisse renoncer d'avance.

Denevers, greffier de la Cour de cassation, dans son Recueil des arrêts de cette Cour, an IX, supplément, pag. 41, dit aussi que l'exception de la chose jugée ne doit pas être suppléée par les juges, et qu'elle ne peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation : « Ainsi décidé, » dit-il, par la Cour suprême, par plusieurs arrêts, » et notamment sur le pourvoi rejeté du sieur Belz,

---

ensuite un arrêt du 3 brumaire an X, qui lui paraît avoir confirmé les principes établis dans ses conclusions de l'an IX, et auxquelles il semble rester attaché. Et comme les Questions de droit sont le dernier ouvrage qu'il a fait imprimer, après l'avoir considérablement augmenté, on pourrait croire que l'opinion qu'il y soutient est définitivement celle qu'il embrasse, puisqu'il n'avertit point qu'il en ait changé.

On se tromperait. Celle qu'il a émise dans le Répertoire est postérieure. La date de l'arrêt du 15 pluviôse an XIII, qu'il y rapporte, le prouve suffisamment. Les réflexions que lui fit faire cet arrêt, qu'il cite au soutien de sa nouvelle opinion, lui avaient fait abandonner la première. S'il n'en a point averti dans ses Questions de droit, c'est un oubli facile à commettre, dans la révision d'un ouvrage aussi étendu.

» du 26 décembre 1808, section civile, M. Botton, » rapporteur. »

Il faut donc désormais tenir pour maxime que l'exception de la chose jugée doit être proposée, et que le juge ne peut la suppléer d'office. C'est la conséquence du principe que la chose jugée n'éteint point l'action ni l'obligation de plein droit, mais seulement par voie d'exception.

76. Du principe que cette exception ne dérive point du droit des gens, mais de la loi civile, naît une autre conséquence importante : c'est que les jugemens rendus, soit entre un Français et un étranger, soit entre deux Français, ou enfin entre deux étrangers, dans une souveraineté étrangère, ne peuvent jamais avoir en France l'autorité de la chose jugée, parce que la puissance publique dont chaque souverain est investi, ne s'étendant point au-delà de son territoire, l'autorité des magistrats qu'il institue est nécessairement renfermée dans les mêmes limites, et, par conséquent, les actes émanés de ces officiers doivent perdre sur la frontière toute leur force civile, et ne peuvent être exécutés en France, parce que l'exécution ne peut y être faite qu'au nom du Roi.

77. C'est une maxime de juste droit public, proclamée depuis près de trois siècles dans notre législation française. L'art. 121 de l'ordonnance de 1629 (1) porte : « Les jugemens rendus, contrats ou

(1) Cette ordonnance, tombée en défaveur à cause de la disgrâce

» obligations reçus ès 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 pro-* » *messes;* et nonobstant *les jugemens*, nos sujets » contre lesquels ils ont été rendus *pourront de* » *noureau débattre leurs droits comme entiers*, par- » devant nos officiers. »

Cet article, comme on le voit, fait marcher d'un pas égal, et range sur la même ligne l'hypothèque et la chose jugée; et cela avec beaucoup de raison; car ces deux dispositions sont fondées sur le même principe, celui de l'indépendance des États, qui ne permet pas que la puissance publique, dont le souverain d'un État est investi, puisse s'étendre au-delà de son territoire, si ce n'est en vertu de traités respectivement convenus entre les souverains des deux États.

La chose jugée, comme nous l'avons vu, ne tire sa force que de l'autorité dont les juges sont investis par la loi ou par le souverain du pays où le jugement a été rendu.

---

du chancelier Macillac, qui en était l'auteur, n'en faisait pas moins loi dans toutes celles de ses dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé, ni par une désuétude générale, ni par des lois contraires. *Voy.* les Questions de droit de M. Merlin, v.° *Jugement*, § 14. Cette ordonnance fut enregistrée le 28 novembre 1629, au Parlement de Bretagne, qui y fit plusieurs modifications. L'édit d'enregistrement se trouve à la fin des *Questions féodales* d'Hévin.

Quant à l'hypothèque, c'est un droit réel qui consiste dans la faculté accordée au créancier, par la loi, de prendre l'immeuble hypothéqué en quelques mains qu'il ait passé, contre le possesseur, quel qu'il soit, quoiqu'il ne soit pas personnellement obligé envers le créancier poursuivant. Il est bien évident qu'un pareil droit n'existait pas avant l'établissement des sociétés. La propriété même alors n'étant point séparée de la possession, ne pouvait être transférée que par la tradition réelle. Ce fut la loi civile qui, après avoir, par cette séparation, rendu la propriété permanente, créa ce droit incorporel qu'on appèle *hypothèque*. Les lois particulières de chaque peuple réglèrent la manière dont on peut l'acquérir; mais leurs dispositions ne pouvaient avoir aucune force au-delà du territoire de la nation qu'elles régissent. En France, nos lois exigent, outre la volonté des parties, le concours de l'autorité publique, par le ministère des juges ou des notaires, pour conférer l'hypothèque. Quelle que soit, sur ce point, la législation des autres nations, elle ne peut pas plus avoir d'empire chez nous que la nôtre chez elles. Leurs juges et leurs notaires sont sans autorité chez nous, comme les nôtres chez elles.

C'est donc avec raison que l'ordonnance de 1629 statue que les contrats passés *ès royaumes et souverainetés étrangères*, ne peuvent pas plus produire une hypothèque en France, que les jugemens de leurs tribunaux y recevoir d'exécution.

78. Il faut remarquer que cette ordonnance distingue soigneusement, dans les actes faits en pays étranger, ce qui appartient à la puissance publique, de ce qui ne dépend que de la volonté des parties ; elle maintient ce qui ne dépend que de la volonté des parties, parce que cette volonté n'est circonscrite par aucunes bornes locales ; elle est maîtresse partout; mais ce qui appartient à la puissance publique, l'ordonnance l'annule quant à la France, parce que toute puissance publique expire sur les limites de son territoire.

79. Dans les contrats passés devant notaires, en pays étranger, la volonté privée des parties concourt avec la puissance publique : l'une forme l'obligation, l'autre la rend exécutoire. Le législateur, dans notre ordonnance, sépare donc l'ouvrage de la puissance publique de l'ouvrage de la volonté des parties ; il détruit l'un et conserve l'autre ; il veut que l'obligation ne soit pas exécutoire en France ; mais il veut en même tems qu'elle y tienne lieu de *simples promesses.* (1)

---

(1) *De simples promesses.* Quand même l'une des parties ne saurait pas signer, car la loi ne distingue point. Ainsi, l'acte authentique passé devant des notaires étrangers, entre deux parties qui ne sauraient pas signer, ou dont une seulement ne le sait pas faire, n'en vaudra pas moins en France, comme simple promesse. C'est un principe qui tient au droit des gens, et qui s'est établi d'un consentement unanime de toutes les nations, quoique tacitement et sans traité exprès passé par écrit, pour l'utilité commune de tous les peuples : *usu exigente et humanis necessitatibus. Inst., lib.* 1, *tit.* 2, § 2.

80. Dans les jugemens, au contraire, la volonté privée des parties n'est comptée pour rien, la puissance publique agit seule. Or, cette puissance, comme les actes qui en émanent, n'a aucune force hors de son territoire. Voilà pourquoi les jugemens rendus en pays étranger sont considérés en France comme non avenus. *Voy.* Quest. de droit, tom. IV, pag. 34.

Ex hoc jure gentium, omnes penè contractus introducti sunt, ut emptio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.

S'il en était autrement, les citoyens d'une nation ne pourraient contracter, ni par conséquent faire aucun commerce dans le territoire d'une autre nation. On est donc convenu, *tacito populorum consensu*, que « si les contrats sont revêtus des conditions requises pour l'authenticité, dans le lieu où ils ont été passés, ils portent en tout pays du » monde leur authenticité ». C'est un point de doctrine fort bien développé par M. Bayard, dans la nouvelle Collection de jurisprudence qu'il entreprit avec M. Camus, tom. IX, pag. 759, col. B, v.° *Hypothèque.*

« Il est du droit des gens, ajoute-t-il, que ce qui est authentique » dans un pays le soit chez toutes les nations. La nécessité du com- » merce, qui exige que les personnes d'une nation contractent avec » celles d'une autre, exige aussi qu'il y ait, dans chaque royaume, » des moyens établis pour assurer la vérité des conventions; car, » comment un étranger s'exposerait-il à contracter avec un Français, » si jamais il ne pouvait apporter de preuve capable de faire foi con- » tre le Français, ni le poursuivre avec un titre utile?

» Obliger l'étranger à rapporter d'autres preuves que celle qui est » authentique au lieu du contrat, ce serait lui interdire l'usage des » conventions. N'admettre d'autre preuve que celle qui se tire de l'é- » criture même des parties, ce serait d'abord interdire le commerce à » tous ceux qui ne savent pas écrire, et ensuite mettre l'étranger dans » la nécessité d'avoir toujours son titre dans la main, sans pouvoir le » mettre en sûreté dans aucun dépôt public.

81. Remarquez que le principe établi par l'ordonnance de 1629 est général : « Les jugemens » rendus..... ès royaumes et souverainetés *étran-* » *gères, pour quelque cause que ce soit,* n'auront » exécution en notre royaume. »

Le législateur ne distingue point en quelles matières le jugement étranger est rendu, soit en matière civile ordinaire, soit en matière commer-

---

» A la vérité, c'est au droit civil de chaque nation à déterminer les » conditions ou les formalités par lesquelles l'authenticité peut être » acquise aux actes qui se passent dans son territoire ; mais ces forma- » lités une fois déterminées, les actes qui en sont revêtus doivent » avoir, dans toutes les nations, la foi due à leur authenticité », sauf seulement la légalisation des consuls de la Nation française, ou autres agens diplomatiques, qui attestent la vérité de la signature des officiers devant qui les actes ont été passés. *Voy.* l'art. 23, liv. 1, tit. 9, de l'ordonnance de la marine, de 1681, et *ibi* Valin.

C'est de là qu'est venue la règle *locus regit actum*, suivant laquelle tous les actes, qui seraient d'ailleurs valables suivant les formes usitées en France, sont également valables, et doivent avoir leur exécution partout, en ce qui n'est point contraire à l'indépendance des Etats, en ce qui ne vient point de la puissance publique; par exemple l'hypothèque, l'exécution parée. La raison seule et les considérations les plus puissantes, tirées de l'utilité publique, ont jeté les fondemens de cette règle, qui, se trouvant consacrée par le consentement unanime des nations et des peuples commerçans, forme l'une des maximes les plus importantes du droit des gens. *Voy.* la Collection de Camus et Bayard, tom. 1, pag. 151. Et quoiqu'elle ne soit consignée dans aucun de nos codes, on y trouve expressément consacrées plusieurs des conséquences qui en dérivent, telles que la validité des mariages, des testamens célébrés et faits en pays étranger, suivant les formes usitées dans le lieu (art. 170, 999, 1000 du Code civil); tous les actes si importans de l'état civil (art. 47).

Et si les mariages célébrés en pays étranger sont expressément déclarés valables par le Code, il s'ensuit, quoique les autres contrats ne

ciale, ou même en matière criminelle. Par exemple, un Français frappé, dans une souveraineté étrangère, d'une condamnation emportant chez nous la mort civile, ne serait point considéré en France comme mort civilement.

La loi ne distingue point également les personnes entre lesquelles les jugemens sont rendus, soit

---

puissent emporter d'hypothèque en France, que la femme mariée en pays étranger doit avoir, pour ses droits matrimoniaux, une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, puisque le Code, pour la conférer, n'exige pas autre chose que la validité du mariage (2121, 2135). Mais cette hypothèque est attachée à la célébration seule du mariage, et non pas au contrat qui l'a précédé.

Tous les autres contrats du droit des gens, *pené innumerabiles* (dit Justinien), passés en pays étranger, sont à plus forte raison valables, en tout ce qui ne dépend que de la volonté des parties, indépendamment du concours de la puissance publique. Mais il y a des contrats assujétis par les lois françaises à certaines formalités, sous peine de nullité; par exemple, l'acceptation expresse, et la conservation de la minute dans un dépôt public, à l'égard des actes de donation entre vifs. Si un acte de donation passé en pays étranger manquait de ces conditions, la donation serait nulle, puisqu'elle le serait même si l'acte était passé en France. Au contraire, la donation passée en pays étranger serait valable, si elle était revêtue de ces formalités. *Voy.* la Collection de Camus et Bayard, tom. I, pag. 57 et 58, v.° *Donation entre vifs*, § 11, n.° 70.

Nous supposons que la donation contenue dans un acte passé en pays étranger soit au profit d'un Français. Si elle était au profit d'un étranger, elle ne pourrait être valable, suivant l'art. 912 du Code, que dans le cas où cet étranger pourrait lui-même disposer au profit d'un Français, en vertu d'un droit de réciprocité stipulé dans les traités de nation à nation; car la faculté de donner ou de recevoir, réciproque entre les citoyens de deux Etats différens, n'est point du droit des gens, parce qu'elle n'est point, comme les autres contrats, nécessaire au commerce et aux relations de peuple à peuple.

entre Français, soit entre étrangers, soit entre étrangers et Français, en demandant ou en défendant, contradictoirement ou par défaut. Ce sont tous les jugemens, sans exception, rendus ès souverainetés étrangères. La loi ne considère, s'il est permis de parler ainsi, que *l'extranéité* du pouvoir dont ils émanent, et nullement lès qualités accidentelles des parties qui y ont figuré, ni les matières sur lesquelles ils sont rendus.

82. La disposition finale de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 n'est qu'une conséquence que le législateur tire lui-même du principe établi dans la première. Les jugemens rendus en pays étranger n'ont point d'exécution en France, dit la première disposition. Donc, ajoute la seconde, les Français contre lesquels ils sont rendus peuvent, nonobstant les jugemens, débattre de nouveau leurs droits, comme entiers, devant les tribunaux français. L'étranger se trouve dans la même situation que s'il n'avait point obtenu de jugement dans son pays.

Mais on ne peut conclure de cette dernière disposition, que si le jugement est rendu en faveur d'un Français contre un étranger, ou d'un étranger contre un autre étranger, il peut être exécuté en France. Cette conséquence serait diamétralement contraire au principe que les actes émanés d'une puissance étrangère ne peuvent avoir aucune exécution en France.

Cependant, Boulenois, dans son *Traité des sta-*

tuts réels et personnels, tom. 1, pag. 646, n'admettait le principe que les jugemens étrangers n'ont aucune force en France que pour le cas où le Français avait plaidé comme défendeur, et non pour le cas où il avait comparu comme demandeur devant un tribunal étranger.

On peut dire, en faveur de cette distinction, que le Français qui s'adresse volontairement à des juges étrangers, reconnaît leur autorité; qu'il s'y soumet, et que sa volonté doit donner au jugement la force d'un contrat, *quasi contrahitur in judicio.*

Mais la volonté de celui qui, ne pouvant citer son adversaire en France, le trouve et lui forme sa demande en pays étranger, n'est point entièrement libre; il n'a, le plus souvent, que l'alternative d'y plaider ou de perdre sa créance. L'ancienne et la nouvelle jurisprudence des arrêts ont donc rejeté la distinction proposée par Boulenois, entre les cas où le Français a plaidé devant un tribunal étranger, comme défendeur ou comme demandeur. Le Parlement de Paris, par un arrêt rendu en 1743 (1), jugea que, quoique les sieurs Archambault, français, eussent traduit Cretet, savoyard, devant les tribunaux de la Savoie, et perdu leur procès, tant au Consulat de Chambéri que par arrêt du Sénat de la même ville, ils avaient pu, pour le même

(1) Rapporté dans la nouvelle Collection de jurisprudence, connue sous le nom du nouveau Dénisart, v.° *Exécution des jugemens en matière civile*, § 1, n.° 4, tom. VIII, pag. 186.

fait, intenter contre lui une nouvelle action dans la Conservation de Lyon, qui rendit en leur faveur, le 19 août 1740, une sentence confirmée par l'arrêt de 1743.

83. Depuis la révolution, mais avant la promulgation de nos nouveaux Codes, on voulut reproduire la distinction de Boulenois, ainsi qu'une autre relative aux jugemens rendus en matière commerciale, par les tribunaux étrangers. Le tribunal de commerce du Hâvre, dont le jugement fut confirmé le 26 ventôse an 10, par arrêt de la Cour de Rouen, avait même accueilli ces deux distinctions, également contraires aux principes ; mais l'arrêt fut annulé le 18 pluviôse an 12, par la considération que « les expressions générales de l'art. 121 » de l'ordonnance de 1629 ne souffrent aucune ex- » ception, soit relativement à la nature de l'affaire » qui a été portée devant un tribunal étranger, soit » relativement à la qualité en laquelle un Français » y a été partie; qu'ainsi on ne peut, pour l'appli- » cation de l'article, admettre de distinction, soit » entre le cas où l'affaire sur laquelle est intervenu » un jugement étranger, est commerciale ou pure- » ment civile, soit que le Français y ait été deman- » deur, défendeur ou partie intervenante; mais que » la loi refuse indistinctement toute force exécu- » toire, en France, aux jugemens étrangers ;

» Que ledit article ayant voulu de plus que, non- » obstant un jugement étranger, le Français contre » lequel il aurait été rendu puisse de nouveau dé-

» battre ses droits *comme entiers*, il s'ensuit qu'un » jugement étranger ne peut pas même opérer » contre le Français l'effet de la chose jugée, puis- » que cette expression le priverait nécessairement » de la faculté, qui lui est formellement réservée » par la loi, de débattre de nouveau ses droits » comme entiers. »

L'arrêt, avec les savantes conclusions de M. Merlin sur lesquelles il est rendu, est rapporté dans les Questions de droit de cet auteur, v°. *Jugement*, § 14, *n°.* 1, *pag.* 27.

84. Nos nouveaux Codes ont consacré et expliqué le principe établi par l'ordonnance de 1629. L'art. 546 du Code de procédure porte : « Les ju- » gemens rendus par les tribunaux étrangers, et » les actes reçus par les officiers étrangers, ne se- » ront susceptibles d'exécution en France, que de » la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 » et 2128 du Code civil. »

L'art. 2123 de ce dernier Code porte que « l'hy- » pothèque ne peut *résulter* des jugemens *rendus* » en pays étranger qu'autant qu'ils ont été *déclarés* » *exécutoires*, par un tribunal français, sans préju- » dice des dispositions contraires, qui peuvent être » dans les lois politiques ou dans les traités. »

L'art. 2128 répète cette disposition, de manière à faire sentir plus fortement le défaut de pouvoirs des officiers d'une puissance étrangère sur le territoire français : « Les contrats passés en pays étran- » ger ne peuvent donner d'hypothèque *sur les biens*

» *de France*, s'il n'y a des dispositions contraires à » ce principe dans les lois politiques ou dans les » traités. »

Il est facile de voir que ces dispositions nouvelles sont, comme l'ancienne loi, fondées sur le grand principe de l'indépendance des États, sur le défaut de pouvoir en France des officiers ou préposés d'une puissance étrangère.

85. L'art. 546 du Code de procédure ne fait, pas plus que l'ordonnance de 1629, de distinction ou d'exception, soit relativement à la nature des affaires portées devant un tribunal étranger, soit relativement à la qualité en laquelle un Français a été partie. Que change-t-il donc à cette ordonnance?

L'ordonnance dit que les jugemens étrangers n'ont pas d'exécution en France, et que, nonobstant ces jugemens, les Français contre qui l'on voudrait les faire exécuter peuvent, devant les tribunaux français, débattre de nouveau leurs droits *comme entiers.*

L'art. 546 du Code de procédure, joint aux dispositions du Code civil, dit que les jugemens étrangers ne seront *susceptibles d'exécution* en France, que lorsqu'ils ont été *déclarés exécutoires* par un tribunal français.

Cette différence, dans la manière de s'exprimer, de l'ancienne loi et des nouvelles, pourrait induire à penser que, suivant celles-ci, il ne s'agit plus de débattre de nouveau les droits des contendans *comme entiers;* mais seulement d'une ordonnance

d'*exequatur*, ou comme l'on disait autrefois, d'un simple *pareatis*, délivré sans examen du fond; mais on se tromperait. C'est cependant ce que soutenait en 1816 Holker, négociant français, qui avait obtenu à Boston un jugement par lequel Parker, citoyen des États-Unis, était condamné à lui payer 539,949 dollars. Holker voulait faire exécuter le jugement en France, où Parker avait des biens, et il obtint du président du tribunal de la Seine, sur une simple requête à laquelle était jointe une expédition du jugement de Boston, un jugement qui le déclara exécutoire.

Mais ce jugement fut réformé par la Cour royale de Paris, le 27 août 1816, « attendu que les juge-» mens rendus par les tribunaux étrangers n'ont » point d'effet ni d'autorité en France.....; que » ce principe est absolu et peut être invoqué par » toute personne sans distinction, étant fondé sur » l'indépendance des États.....; que le Code civil, » art. 2123, donne à ce principe la même latitude » que lui donnait l'ordonnance de 1629, lorsqu'il » déclare que l'hypothèque ne peut résulter des ju-» gemens rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils » ont été déclarés exécutoires par un tribunal fran-» çais; ce qui n'est pas une affaire de pure forme, » comme autrefois les concessions de *pareatis* d'un » ressort à l'autre, pour les jugemens rendus dans » l'intérieur du royaume; mais ce qui suppose, de » la part des tribunaux français, une connaissance » de cause et un examen sérieux de la justice du

» jugement représenté, comme la raison le de-
» mande, et qu'il s'est toujours pratiqué en France,
» etc. »

Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, le 19 avril 1819, après un long délibéré, « attendu » que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 disposait, » en termes absolus et sans exception, que les ju-» gemens étrangers n'auraient pas d'exécution en » France.....; que les art. 2123 et 2128 du Code » civil, et l'art. 546 du Code de procédure, n'auto-» risent pas les tribunaux à déclarer les jugemens » rendus en pays étranger exécutoires en France » sans examen; qu'une semblable autorisation se-» rait aussi contraire à l'institution des tribunaux, » que l'aurait été celle d'en accorder, ou d'en re-» fuser l'exécution arbitrairement et à volonté; que » cette autorisation, qui d'ailleurs porterait atteinte » au droit de souveraineté du Gouvernement fran-» çais, a été si peu dans l'intention du législateur » que, lorsqu'il a dû permettre l'exécution, sur » simples *pareatis*, des jugemens rendus par des » arbitres....., il a eu le soin de ne conférer la fa-» culté de délivrer l'ordonnance *d'exequatur* qu'au » président, et non pas au tribunal, parce qu'un » tribunal ne peut prononcer qu'après délibération, » et ne doit accorder, même par défaut, les de-» mandes fournies devant lui, que si elles se trou-» vent justes et bien vérifiées; attendu, enfin, que » le Code civil et le Code de procédure ne font au-» cune distinction entre les divers jugemens ren-

» dus en pays étranger, et permettent aux juges de
» les déclarer tous exécutoires; qu'ainsi les juge-
» mens, lorsqu'ils sont rendus contre des Français,
» étant incontestablement sujets à examen sous
» l'empire du Code civil, comme ils l'ont toujours
» été, on ne pourrait pas décider que tous les au-
» tres doivent être rendus exécutoires, autrement
» qu'en connaissance de cause, sans ajouter à la
» loi, et sans y introduire une distinction arbitraire,
» aussi peu fondée en raison qu'en principe;

» Qu'il suit de là qu'en rejetant l'exception de
» chose jugée qu'on prétendrait faire résulter d'un
» jugement rendu en pays étranger, et en ordon-
» nant que le demandeur déduise les raisons sur
» lesquelles son action est fondée, pour être débat-
» tues par Parker, et être statué sur le tout en con-
» naissance de cause, la Cour royale a fait une
» juste application des art. 2123 et 2128 du Code
» civil, et 546 du Code de procédure. » (1)

Il nous semble qu'après les arrêts que nous venons de rapporter, et qui tous sont fondés sur le grand principe de l'indépendance des États, du défaut absolu de pouvoir des officiers d'une souveraineté étrangère dans le territoire d'une autre sou-

(1) Cet arrêt, rendu le 19 avril 1819, est rapporté dans les Questions de droit de M. Merlin, 3.e édition, v.° *Jugement*, § 14, n.° 2. On y trouve l'extrait d'une consultation fort bien raisonnée de messieurs Grappe, Darrieux, Tripier et Billecoq, dans laquelle les principes sont parfaitement développés. Elle prépara la décision de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

veraineté, on doit regarder la jurisprudence comme irrévocablement fixée sur les conséquences de ce principe, et que tous les jugemens rendus en pays étranger, sans exception, ne peuvent avoir d'exécution, en France, qu'après avoir été rendus exécutoires en connaissance de cause par un tribunal français, devant lequel il faut de nouveau déduire et débattre le raisons sur lesquelles l'action est fondée.

86. De ce que nous venons de dire, il nous paraît résulter que les jugemens rendus en pays étranger, ou au moins la procédure, les actes d'instruction et les preuves acquises sur lesquels ces jugemens ont été rendus, ne sont point entièrement nuls, puisqu'ils peuvent être déclarés exécutoires en connaissance de cause, après que les motifs ou les moyens sur lesquels ils sont fondés ont été de nouveau débattus et jugés par un tribunal français. S'il trouve solides et bien fondés les motifs du jugement étranger, il le déclare exécutoire; dans le cas contraire, il en refuse l'exécution, et par cela même il le réforme. Ainsi, dans la vérité, il remplit la fonction d'un tribunal d'appel. Les actes d'instruction faits devant un tribunal étranger ne sont point anéantis : le Code suppose même qu'ils peuvent être valables, sans quoi le tribunal français ne pourrait pas déclarer le jugement exécutoire. Si, par exemple, il a été fait une enquête en pays étranger, pour parvenir à la preuve des faits sur lesquels la demande ou l'exception était fondée, le tribu-

nal français peut admettre cette enquête comme pièce probante et y avoir égard, pourvu qu'elle n'ait pas été ordonnée dans un cas où l'art. 1341 du Code défend d'admettre la preuve testimoniale ; pourvu encore que les témoins entendus ne soient pas des personnes dont nos lois défendent de recevoir le témoignage ; pourvu, enfin, que l'enquête soit d'ailleurs régulière, suivant les lois du pays où elle a été faite. *Locus regit actum.*

L'admission d'une pareille enquête, en France, n'a rien de contraire au principe de l'indépendance des souverainetés, rien même qui ne s'accorde avec le texte de l'ordonnance de 1629. Il ne s'agit point d'admettre comme un titre exécutoire, ou comme ayant l'autorité de la chose jugée, un jugement rendu en pays étranger ; mais uniquement de savoir si le tribunal français, où l'affaire est portée, peut avoir égard à des actes qui n'émanent point d'un juge étranger, mais qui ont seulement été faits en sa présence. Pourquoi donc serait-il défendu aux tribunaux français d'y avoir égard ?

Ils sont obligés d'admettre, comme pièces probantes, les contrats reçus par des notaires étrangers, revêtus des formes prescrites dans les lieux où les actes sont passés. Par quelle bizarrerie leur serait-il défendu d'avoir égard aux enquêtes faites pardevant un juge étranger ? Ces enquêtes ne sont point son ouvrage ; ses fonctions se bornent à recevoir les dépositions des témoins, comme les notaires reçoivent les conventions faites en leur pré-

sence par les parties. Le caractère public du juge donne la même authenticité aux dépositions qu'il reçoit.

Or, si les tribunaux français peuvent et doivent même prendre pour constante la réalité des promesses et des conventions reçues par un notaire étranger, parce que son caractère public leur imprime le sceau de l'authenticité, pourquoi ne pourraient-ils pas avoir égard à une enquête régulièrement faite devant un juge étranger, dont l'autorité n'intervient que pour authentiquer les dépositions qu'il reçoit?

Il y a analogie parfaite ou parité entre l'un et l'autre cas; il y a même motif de décider. Si la maxime que les actes reçus par un notaire étranger sont authentiques dans un autre État et peuvent y faire foi, quoiqu'ils n'y soient pas exécutoires, est du droit des gens, la maxime que les enquêtes faites devant un juge étranger peuvent faire foi dans un autre État, vient également du droit des gens : *usu exigente et humanis necessitatibus.* Sans cela, il deviendrait impossible de prouver les faits qui fondent les obligations contractées en pays étranger, lorsqu'ils n'ont pu être consignés par écrit. Aussi l'ancienne jurisprudence française admettait comme pièces probantes les enquêtes faites en pays étranger, ainsi que l'atteste Émérigon, dans son Traité des assurances, chap. 4, sect. 8. « Quoi-» que les jugemens rendus par les tribunaux étran-» gers n'aient aucune autorité contre des Français,

» cependant, les enquêtes prises et d'autres preuves » dûment authentiquées par le juge étranger sont » admises parmi nous, dans les affaires civiles con- » cernant le commerce. Ainsi jugé par arrêt du Par- » lement d'Aix, du 16 décembre 1745.... Il s'agis- » sait d'une enquête prise par le juge de Nice, au » sujet de certaines balles de laine mouillées. Il a » été rendu plusieurs autres jugemens semblables. »

Ces arrêts sont rendus dans des affaires de commerce; mais il n'y a pas de raison pour décider autrement dans les affaires civiles ordinaires.

Au reste, la doctrine des auteurs est conforme aux principes que nous venons d'exposer. Raviot, auteur très-estimé, dans ses Observations sur Perier, tom. II, quest. 256, après avoir, n°. 16, énoncé le principe que la sentence d'un juge étranger n'a aucune exécution dans le royaume, ajoute, n.° 17 : « Mais lorsqu'il s'agit d'une procédure qui se fait » pour parvenir à l'éclaircissement de la vérité, le » Français peut être assigné pour comparaître hors » du royaume, et pour y prendre et compulser des » extraits de pièces qui ne sont point ailleurs. C'est » ce qui fut jugé au Parlement de Dijon, à l'au- » dience publique, le 2 décembre 1698, entre le » sieur Simon, bourgeois à Dijon, qui auparavant » avait fait le négoce, et un marchand étranger. » Ils étaient en procès intenté dans cette province » pour un compte. Le marchand fit assigner le sieur » Simon à Amsterdam, pour être tiré des extraits » d'un livre de raison qui ne pouvait être déplacé.

» Le sieur Simon appela comme de distraction de » ressort.

» Par la même raison, je croirais que, pour la » preuve d'une enquête, un témoin étranger pour- » rait être ouï hors du royaume, si on ne pouvait » l'y faire venir. Un juge de France pourrait donner » à un juge ou personne publique, une commis- » sion rogatoire pour entendre le témoin. Il n'y a » rien en cela qui soit contraire à nos libertés et à » nos mœurs. L'éclaircissement de la vérité est une » des premières règles; elle est du droit des gens; » elle est préférable à toute autre considération » c'est toujours de l'autorité du juge qui est en » France que se fait l'instruction. »

Jousse, dans son Traité de l'administration de la justice civile, tom. I, pag. 43, n°. 83, dit aussi « qu'on peut déléguer hors du royaume, pour en- » tendre des témoins. »

On peut consulter aussi les Questions de droit de M. Merlin, v°. *Suppléant (juge)*, § 2.

87. Il existe une différence essentielle entre les jugemens rendus dans des tribunaux étrangers, par des magistrats qui ont reçu leur caractère public et leur autorité du souverain qui les a nommés, et les sentences arbitrales données en pays étranger, par des arbitres, soit français, soit étrangers, nommés par les parties.

Cette différence résulte du texte même et de l'esprit de l'ordonnance de 1629. Nous avons vu qu'elle distingue avec soin, dans les actes faits en pays

étrangers, ce qui est de la volonté privée des parties, de ce qui appartient à la puissance publique. Elle maintient ce qui n'appartient qu'à la volonté des parties, laquelle n'est circonscrite par aucun territoire, et elle n'annule que ce qui appartient à la puissance publique, ce qui est son ouvrage, parce que cette puissance expire sur les limites de son territoire. En privant de toute exécution en France *les jugemens* rendus *ès souverainetés étrangères*, l'ordonnance n'a donc entendu que les jugemens proprement dits, c'est-à-dire rendus par des tribunaux ou des juges, qui tiennent leur mission et leur autorité du souverain du lieu où ils l'exercent.

Or, les arbitres nommés par les parties ne sont pas de véritables juges; ils ne tiennent point leur mission du souverain du lieu où ils la remplissent; ils ne la doivent qu'à la volonté des parties. Ils ne sont que des hommes privés. « Les arbitres, en la » fonction et l'expédition de l'arbitrage, sont con» sidérés comme personnes particulières et pri» vées », dit fort bien Brodeau sur Louet (1).

Les arbitres n'étant que des personnes privées, les décisions arbitrales ne sont pas de véritables jugemens. La loi 13, § 5, *ff de his qui notantur infamiâ*, 3. 2, le dit expressément. Les jugemens, en certaines matières, imprimaient, à Rome, la note d'infamie à ceux contre lesquels ils étaient ren-

---

(1) Lettre K, n.° 25. *Arbitri compromissarii, nec notionem, nec jurisdictionem habent; privati sunt.* Cujas, sur la loi 2, *ff de judiciis.*

dus. Il en était autrement de la sentence des arbitres : *Ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est.* Pourquoi cela, *cur?* se demande Godefroy, sur le texte. Parce que la fonction des arbitres n'est pas, comme celle des juges, une fonction publique : *Arbitri munus non est publicum, ut judicis.*

Cette doctrine a passé dans notre nouvelle législation. L'art. 3 de la loi du 11 brumaire an VII permettait de prendre une inscription hypothécaire, en vertu de *toute condamnation judiciaire.* Cependant, sous son empire, on jugeait nulles les inscriptions prises en vertu de décisions arbitrales non encore homologuées. Cette jurisprudence est formellement consacrée par l'art. 2123 du Code civil, qui, après avoir dit que l'hypothèque judiciaire résulte *des jugemens*, ajoute : « *Les décisions arbitrales* n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de *l'ordonnance judiciaire* d'exécution. »

Cet article établit donc clairement la différence essentielle que nous avons déjà remarquée entre *les jugemens* et *les décisions arbitrales* : ceux-là émanent des officiers de la puissance publique; celles-ci sont l'ouvrage de personnes privées, mandataires des parties. Ce n'est que par un abus de mots qu'on donne à ces décisions la dénomination de jugemens (1).

---

(1) *Horum propriè judicium non est*, dit en toutes lettres Cujas, sur la loi 1, *ff de recept. qui arbitrium*, 4. §.

On ne peut donc appliquer aux décisions arbitrales l'ordonnance de 1629, laquelle n'annule, dans les actes passés chez l'étranger, que ce qui appartient à la puissance publique, et qui respecte, dans les contrats rapportés par des notaires étrangers, les promesses qui émanent de la volonté des parties.

Une décision arbitrale n'est, en effet, autre chose que l'exécution d'un mandat qu'elles ont donné aux arbitres de leur choix, par le compromis qui les charge de décider leur contestation. La décision arbitrale ne tire sa force que de ce compromis, sans lequel elle ne serait rien. Elle a donc le véritable caractère d'un contrat souscrit par les mains des arbitres, en vertu du compromis; et ce contrat doit avoir la même validité que tout autre contrat signé par un mandataire, pour tout autre objet, en vertu d'une procuration.

Que les arbitres soient français ou étrangers, il n'importe : ils sont choisis par les parties; elles connaissent leurs principes, leurs lumières, leur intégrité; elles les ont nommés et agréés, non parce qu'ils étaient de telle nation ou de telle autre, mais parce qu'elles les croyaient justes et éclairés. Elles ont eu recours, non pas à leur autorité, ils n'en avaient aucune, mais à leur sagesse.

De quoi donc pourrait raisonnablement se plaindre la partie condamnée, quand même ce serait un Français? A quel titre pourrait-il demander qu'il lui fût permis de débattre ses droits de nou-

veau, et de les remettre en jugement? Les hommes qui l'ont jugé n'exerçaient pas une jurisdiction territoriale. Ils pouvaient rendre leur sentence ou leur décision dans un lieu comme dans un autre. L'autorité ou le pouvoir, qu'ils ne tenaient que des parties, n'avait rien de civil, rien de politique; il n'appartient qu'au droit des gens; et dès lors cette décision doit être reçue chez tous les peuples; les juges doivent en ordonner l'exécution.

Ces raisons décisives, développées avec beaucoup de force par M. Mourre, aujourd'hui procureur général du Roi près la Cour de cassation, déterminèrent un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 16 décembre 1809, lequel, « considérant » sur le fond, en ce qui touche la décision arbitrale » du 31 août 1801, qu'une pareille décision rendue » en pays étranger, mais appartenant au droit des » gens, comme n'étant que la conséquence et le » résultat d'une convention primitive et libre des » parties, peut, sans contredit, être exécutée en » France, pourvu qu'elle soit déclarée exécutoire, » etc. », réforma un jugement de première instance rendu dans des principes différens (1).

Ces mêmes principes furent reproduits, avec de nouveaux développemens, le 15 juillet 1812, par M. Merlin, dans des conclusions qui déterminè-

---

(1) *Voy.* les Questions de droit de M. Merlin, 3.e édit., v.° *Jugement*, § 14, n.° 3, *in fine*.

rent un arrêt d'admission ; mais l'arrêt définitif, rendu par la Cour de cassation le 31 juillet 1815, sur les conclusions de M. Mourre, ne prononça point sur la question de savoir si l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 est applicable aux décisions arbitrales, parce que, dans le jugement déféré à la censure, les parties avaient été sur ce point renvoyées se pourvoir, et qu'ainsi leurs droits respectifs à cet égard étaient entiers (1).

88. On a voulu prétendre que si les arbitres, en matière ordinaire, n'ont pas le véritable caractère de juges, ils l'ont du moins dans les décisions rendues en matière de commerce fait en société, parce que la loi force de les nommer, et qu'ils ne sont pas, comme dans les matières ordinaires, sujets à révocation ; qu'ainsi, leurs décisions sont des jugemens proprement dits, auxquels il faut appliquer la disposition de l'ordonnance de 1629, relative aux jugemens rendus en pays étranger.

Cette prétention n'est pas fondée. Les arbitres, en matière de société, ne sont forcés que dans le sens que la loi exige qu'on en nomme ; du reste, ce sont les parties qui les choisissent comme il leur plaît. S'ils ne sont pas révocables, cette non révocabilité tient à d'autres principes ; elle n'a été introduite que dans l'intérêt du commerce, et pour la plus prompte expédition des affaires. Mais la dé-

(1) *Voy.* les Questions de droit, *ubi suprà*, où l'arrêt est rapporté.

cision des arbitres ne change pas pour cela de nature; elle n'est rien par elle-même; elle ne tire sa force que de l'ordonnance rendue par le président du tribunal, qui la rend exécutoire. Un arrêt de la Cour de cassation, du 25 prairial an XI, a décidé que, faute de cette ordonnance, la décision des arbitres n'emporte point hypothèque : elle n'est donc point un jugement proprement dit.

Aussi M. Mourre, dans les conclusions qu'il donna sur l'affaire décidée par l'arrêt du 31 juillet 1815, dont nous avons parlé ci-dessus, en reproduisant les principes qu'il avait fait valoir en 1809, devant la Cour d'appel de Paris, dans une cause du même genre, établit que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ne pouvait s'appliquer, ni aux décisions arbitrales rendues en matière ordinaire, ni aux décisions arbitrales rendues en matière de société. *Voy.* Questions de droit, *ubi sup.*, pag. 37, col. A.

89. La règle que les jugemens rendus en pays étranger n'ont point d'exécution, et n'emportent point hypothèque en France, cesse par *les dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques, ou dans les traités* (2123, 2128).

On en trouve un exemple dans le traité d'alliance conclu à Soleure, le 28 mai 1777, entre le Gouvernement français et les Cantons helvétiques. Il porte :

« Comme il peut arriver fréquemment que les » sujets de Sa Majesté et ceux du Corps helvétique

» contractent des mariages, fassent des acquisi-
» tions, ou se lient par des sociétés, obligations ou
» contrats quelconques, dont il peut résulter des
» contestations ou procès, il est convenu que, tou-
» tes les fois que des particuliers des deux nations
» auront entre eux quelque affaire litigieuse, le de-
» mandeur sera obligé de poursuivre son action
» pardevant les juges naturels du défendeur.....
» et que les jugemens définitifs en matière civile,
» rendus par des tribunaux souverains, seront exé-
» cutés réciproquement, selon leur forme et te-
» neur, dans les Etats de Sa Majesté et ceux du
» Corps helvétique, *comme s'ils avaient été rendus*
» *dans le pays où se trouvera, après ledit jugement,*
» *la partie condamnée.*»

Cette stipulation n'est qu'une répétition de ce qui se trouvait stipulé dans le traité passé à Arau, entre les mêmes parties, le 1^er^ juin 1658, dix-neuf ans après l'ordonnance de 1629.

Enfin, ces mêmes stipulations furent répétées, avec des développemens et des additions, dans le traité d'alliance défensive conclu entre la République française et la Confédération suisse, le 4 vendémiaire an XII, 27 septembre 1803, dont les extraits qu'il plut au Gouvernement de rendre publics sont imprimés dans le Bulletin des lois, 4^e^. série, tom. II, bulletin 19, n°. 324, pag. 41.

L'art. 13 porte : « Dans les affaires litigieuses,
» personnelles ou de commerce, qui ne pourront
» se terminer à l'amiable, ou sans la voie des tri-

» bunaux, le demandeur sera obligé de poursuivre » son action directement devant les juges naturels » du défendeur, à moins que les parties ne soient » présentes dans le lieu même *où le contrat a été sti-* » *pulé*, ou qu'elles ne fussent convenues des juges » pardevant lesquels elles se seraient engagées à » discuter leurs difficultés.

» Dans les affaires litigieuses ayant pour objet » des propriétés foncières, l'action sera suivie par- » devant le tribunal ou magistrat du lieu où ladite » propriété est située.

» Les contestations qui pourraient s'élever entre » les héritiers d'un Français, mort en Suisse, à rai- » son de sa succession, seront portées devant le » juge du domicile que le Français avait en France. » Il en sera usé de même à l'égard des contestations » qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un » Suisse mort en France.

» ART. 14. Il ne sera exigé des Français qui au- » raient à poursuivre une action en Suisse, et des » Suisses qui auraient une action à poursuivre en » France, aucun droit, caution ou dépôt auquel ne » seraient pas soumis les nationaux eux-mêmes, » conformément aux lois de chaque endroit.

» ART. 15. Les jugemens définitifs, en matière » civile, ayant force de chose jugée, rendus par les » tribunaux français, seront exécutoires en Suisse, » et réciproquement, après qu'ils auront été léga- » lisés par les envoyés respectifs, ou, à leur défaut, » par les autorités compétentes de chaque pays.

» ART. 16. En cas de faillite ou de banqueroute » de la part de Français possédant des biens en » France, s'il y a des créanciers suisses et des créan- » ciers français, les créanciers suisses qui se seraient » conformés aux lois françaises, pour la sûreté de » leur hypothèque, seront payés sur lesdits biens » comme les créanciers hypothécaires français, » suivant l'ordre de leur hypothèque; et récipro- » quement, si des Suisses, possédant des biens » dans la République helvétique, se trouvaient » avoir des créanciers français et des créanciers » suisses, les créanciers français qui se seraient » conformés aux lois suisses, pour la sûreté de leur » hypothèque en Suisse, seront colloqués sans dis- » tinction avec les créanciers suisses, suivant l'or- » dre de leur hypothèque.

» Quant aux simples créanciers, ils seront aussi » traités également, sans considérer à laquelle des » deux républiques ils appartiennent, mais tou- » jours conformément aux lois de chaque pays. »

La Suisse, dit-on (1), a déclaré qu'elle cesse de reconnaître le traité de 1803; mais il est à croire, il est même certain que cette déclaration ne concerne que l'objet principal du traité, qui n'est point

(1) C'est ce que nous apprend M. Rossi, savant genevois, auteur de plusieurs articles très intéressans, imprimés dans les Annales de législation et de jurisprudence. *Voy.* dans le volume de 1821, le tom. II, l'article *sur l'exécution des jugemens prononcés par les tribunaux étrangers*, pag. 59.

imprimé dans le Bulletin des lois, c'est-à-dire l'alliance défensive entre les deux Etats ; alliance qui peut ne plus convenir au Corps helvétique, dont la constitution a changé depuis 1803, époque d'un traité qui pourrait peut-être l'entraîner dans des guerres et nuire à son indépendance.

Quant aux articles ci-dessus copiés et autres imprimés dans le Bulletin des lois, on ne peut douter qu'ils demeurent en pleine vigueur. Ils sont indépendans de l'alliance défensive que la Suisse ne veut plus reconnaître; ils sont, comme nous l'avons dit, des développemens des traités d'Arau et de Soleure. Leurs dispositions continuent donc d'être la règle des tribunaux français, jusqu'à ce que le Gouvernement leur ait fait connaître qu'elles ne doivent plus être suivies. Aussi le sont-elles toujours par les juges des deux nations, dans les pays frontières des deux empires, comme nous l'assure M. Rossi (1).

Ajoutons que les deux gouvernemens continuent d'exécuter les articles imprimés dans le Bulletin des lois, relativement à l'extradition (2) des individus prévenus de crime d'état, assassinats, etc.

---

(1) *Ubi suprà.*

(2) Après avoir réglé ce qui concerne les jugemens rendus en matières civiles, le traité s'occupe des matières criminelles. L'art. 17 porte : « Dans toutes les procédures criminelles pour délits graves, » dont l'instruction se fera, soit devant les tribunaux français, soit » devant ceux de Suisse, les témoins suisses qui seront cités à compa- » raître en personne en France, et les témoins français qui seront ci-

90. Mais si les jugemens rendus dans des pays avec lesquels il existait des traités pareils à ceux passés avec la Suisse, avaient force de chose jugée, ils n'avaient pas la force exécutoire ; ce qui n'est pas étonnant, puisque les arrêts et jugemens rendus en France n'étaient pas exécutoires hors du ressort des juges qui les avaient rendus. Il fallait prendre, soit à la grande chancellerie, soit à la

---

» tés à comparaître en personne en Suisse, seront tenus de se trans-
» porter devant le tribunal qui les aura appelés, sous les peines déter-
» minées par les lois respectives des deux nations.

» Les deux gouvernemens accorderont en ce cas, aux témoins, les
» passeports nécessaires, et ils se concerteront pour fixer l'indemnité
» et l'avance préalable qui seront dues, à raison de la distance et du
» séjour ; mais si le témoin se trouvait complice, il sera renvoyé par-
» devant son juge naturel, aux frais du gouvernement qui l'aurait ap-
» pelé.

» ART. 18. Si les individus qui seraient déclarés juridiquement cou-
» pables de crimes d'état, assassinats, empoisonnemens, incendies,
» faux sur des actes publics, fabrication de fausse monnaie, vols avec
» violence ou effraction, ou qui seraient poursuivis comme tels, en
» vertu de mandats décernés par l'autorité légale, se réfugiaient d'un
» pays dans l'autre, leur extradition sera accordée à la première réqui-
» sition. Les choses volées dans l'un des deux pays, et déposées dans
» l'autre, seront fidèlement restituées, et chaque Etat supportera,
» jusqu'aux frontières de son territoire, les frais d'extradition et de
» transport.

» Dans les cas de délits moins graves, mais qui peuvent emporter
» peine afflictive, chacun des deux États s'engage, indépendamment
» des restitutions à opérer, à punir lui-même le délinquant ; et la sen-
» tence sera communiquée à la légation française en Suisse, si c'est un
» citoyen français, et respectivement à l'envoyé helvétique à Paris,
» ou à son défaut, au Landamman de la Suisse, si la punition pesait
» sur un citoyen suisse. »

petite chancellerie du parlement, dans le ressort duquel ils devaient être exécutés, des lettres de *pareatis*, ainsi nommées parce qu'elles portaient l'ordre d'obéir. Elles se délivraient au nom du roi, sans entrer en connaissance de cause, mais non pas sans frais. On pouvait aussi se contenter de prendre la permission du juge des lieux, au bas d'une requête, sans être, en ce cas, tenu de prendre un *pareatis*. *Voy.* l'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 6.

A plus forte raison, les jugemens rendus chez les nations avec lesquelles il existait des traités, ne pouvaient être mis à exécution sans *pareatis*, ou sans l'ordonnance d'*exequatur* du juge des lieux où ils devaient être exécutés.

Aujourd'hui, l'art. 547 du Code de procédure porte : « Les jugemens rendus et les actes passés en » France, seront exécutoires dans tout le royaume, » sans *visa* ni *pareatis*, encore que l'exécution ait » lieu hors du ressort du tribunal par lequel les ju- » gemens ont été rendus, ou dans le territoire du- » quel les actes ont été passés. »

Mais tous les jugemens, mais toutes les expéditions des actes, sont revêtus de la formule exécutoire qui ordonne, au nom du roi, tant à la force publique qu'à tous huissiers et officiers civils, de les faire exécuter, et d'en protéger l'exécution.

Les jugemens rendus et les actes passés en Suisse, ou autres pays avec lesquels il existe des traités pareils, doivent donc aussi être revêtus de la forme

exécutoire; et c'est ce qui se fait par l'ordonnance d'*exequatur* que rend, sans entrer dans la connaissance du fond, le président du tribunal du lieu où doit se faire l'exécution, comme délégué du roi, en commandant de faire exécuter ces actes ou ces jugemens.

S'il n'existait point de traités passés avec la nation où le jugement a été rendu, il faudrait alors que ce jugement fût déclâré exécutoire, non par le président seul, mais par le tribunal devant lequel les parties viendraient déduire leurs moyens, et qui rendrait un jugement en forme, en connaissance de cause.

91. Observons, en finissant, que pour faire cesser la règle de notre droit public, qui veut que les jugemens rendus dans une souveraineté étrangère n'aient aucune exécution en France, il faut, suivant les art. 2123, 2128 du Code civil, et suivant l'art. 546 du Code de procédure, des lois politiques, ou des traités de souverain à souverain. Il ne suffirait pas que, soit par les dispositions d'une loi locale, soit par un usage particulier, mais sans convention de souverain à souverain, on attribuât, dans une souveraineté étrangère, l'autorité de la chose jugée aux jugemens émanés des tribunaux français. Sans cela, un petit Etat serait le maître de se procurer tels avantages qu'il lui plairait dans un grand Etat : il n'aurait qu'à accorder aux sujets de ce grand Etat les droits et les priviléges qu'il voudrait procurer aux siens dans ce même Etat.

92. Vainement opposerait-on le droit de réciprocité qui doit avoir lieu entre les Etats voisins. La règle de la réciprocité prend sa source dans la convention des souverains ; cette convention en fait la base ; elle doit en déterminer l'étendue. Mais on n'en peut tirer des conséquences qui attaquent l'indépendance des différens souverains. Le souverain cesserait de l'être dans ses Etats, s'il était obligé d'accorder, dans son territoire, aux sujets d'un autre Etat, tout ce que le souverain de cet autre Etat y accorde aux étrangers. Cette raison de réciprocité fut donc rejetée en France en 1748, dans l'affaire de la princesse de Carignan, qui prétendait que son contrat de mariage, passé à Turin, le 22 octobre 1714, emportait hypothèque sur les biens de France, et que les contrats passés en France emportaient hypothèque sur les biens du Piémont (1). Le Parlement de Paris accueillit la prétention de la princesse, par un arrêt du 14 septembre 1744. Mais cet arrêt fut cassé par le Conseil privé du roi, le 18 mars 1748.

Ainsi le Code civil, qui, pour faire cesser la maxime de droit public, que les jugemens étrangers n'ont point d'exécution en France, exige des lois politiques, des traités de souverain à souverain, ou de nation à nation, est conforme à l'ancienne jurisprudence.

---

(1) *Voy.* les Œuvres posthumes de d'Héricourt, tom. II, pag. 143. *Voy.* aussi les Questions de droit de M. Merlin, v.° *Jugement*, § 15.

93. On peut demander si les jugemens rendus dans les pays réunis à la France, et qui ont cessé de l'être depuis la chute de l'empire, et la restauration de Louis XVIII, ont en France l'autorité de la chose jugée? La question ne nous paraît pas douteuse à l'égard des jugemens rendus antérieurement à la séparation de ces pays de la monarchie française, sauf néanmoins à faire ajouter la formule exécutoire, exigée même pour les actes passés en France avant la restauration.

Mais, quant aux jugemens rendus depuis, on ne saurait l'affirmer, lorsqu'il n'y a point eu de traité entre les deux nations, devenues des souverainetés étrangères l'une à l'autre. M. Rossi (1) nous apprend que la République de Genève, qui faisait partie de la France avant la restauration, et qui, depuis, a recouvré son indépendance, a pris, le 3 mai 1820, un arrêté portant que les articles du traité passé avec la Suisse, en 1803, seront aussi observés chez elle, à charge de réciprocité de la part de la France. M. Rossi ajoute que cette réciprocité existe complètement par le fait, et que le Gouvernement et les magistrats français, loin d'apporter la moindre entrave à l'exécution, en France, des jugemens rendus à Genève, se sont empressés de la permettre, même avant l'arrêté

(1) *Ubi suprà.*

du Gouvernement genevois, sans exiger un nouvel examen du jugement.

Nous ignorons ce qui s'observe à l'égard des jugemens rendus dans les autres pays séparés de la France depuis la restauration et la chute de l'empire; par exemple la Belgique. Nous croyons seulement que les esprits, et même le Gouvernement français, paraissent disposés à adopter les principes équitables du traité de 1803, qui tendent au but si désirable de rapprocher les peuples. D'autres gouvernemens encore annoncent la même disposition. Le Pape a fait promulguer, dans ses Etats, en 1820, un décret qui accorde *l'exequatur* pur et simple aux sentences et jugemens rendus par les tribunaux étrangers; il exige seulement la condition de la réciprocité; mais il adopte, sur ce point, un principe plus raisonnable et plus philosophique que celui même de l'Assemblée constituante sur la suppression du droit d'aubaine. Ce décret veut que le fait de la réciprocité soit censé exister tant qu'on n'a pas de raisons particulières d'en douter. Nous croyons faire plaisir au lecteur, en insérant ici la traduction du décret, telle que l'a donnée M. Rossi, *ubi suprà*, *p.* 65.

DECRET.

« Sa Sainteté, persuadée qu'il est de l'intérêt commun de tous les gouvernemens de se prêter assistance pour que les choses jugées, concernant les droits et les intérêts particuliers, reçoivent promptement, et avec une parfaite réciprocité,

» leur plein et entier effet, nous a ordonné de pres-
» crire en son nom les règles à observer par les tri-
» bunaux de ses États, relativement à l'exécution
» des jugemens étrangers.

» ART. 1^er^. L'exécution des jugemens prononcés
» par les tribunaux étrangers compétens, dans les
» causes laïques, entre laïques et en matières non
» ecclésiastiques, sera accordée en vertu de lettres
» rogatoires de la part desdits tribunaux, et sur la
» demande de la partie intéressée, en se confor-
» mant aux règles suivantes :

» ART. 2. S'il s'élève des doutes sur la compétence
» du tribunal qui a prononcé la sentence dont on
» demandé l'exécution, le tribunal requis pourra
» demander au tribunal étranger les éclaircisse-
» mens nécessaires ; et dans le cas où les observa-
» tions de ce dernier ne suffiraient pas pour lever
» le doute, le tribunal requis devra s'adresser à
» monseigneur l'auditeur de Sa Sainteté, et atten-
» dre sa décision.

» ART. 3. Pour demander l'exécution d'une sen-
» tence, il faudra en exhiber, soit l'original, soit
» une copie authentique, équivalente à l'original,
» et les signatures en devront être vérifiées par les
» agens du Gouvernement de Sa Sainteté, selon les
» formes usitées.

» ART. 4. Le juge du tribunal étranger devra cer-
» tifier, dans sa lettre rogatoire ; que la sentence
» dont il s'agit est passée en force de chose jugée.

» ART. 5. L'exécution de la chose jugée pourra

» être demandée, soit auprès du tribunal collégial » de l'A. C. résidant à Rome, soit auprès des tri- » bunaux civils de première instance, dans les lé- » gations ou délégations où l'exécution doit avoir » lieu.

» ART. 6. Si la partie condamnée réside dans les » États de Sa Sainteté, la demande d'exécution se » fera au moyen d'une simple signification à la par- » tie ou à son domicile; dans le cas contraire, au » moyen d'un placard. L'exécution sera accordée » par un simple *exequatur*, sans autre formalité.

» ART. 7. L'exécution aura lieu conformément » au dispositif de la sentence, suivant les formes » et les règles prescrites pour l'exécution des juge- » mens rendus par les tribunaux de l'État.

» ART. 8. Le tribunal auquel on s'adressera pour » obtenir l'*exequatur*, ne pourra nullement connaî- » tre du fond du jugement étranger. Toutefois, si » on lui exhibait un nouveau document authenti- » que, qui n'eût pas été pris en considération par » le tribunal étranger, et qui périmât en tout ou en » partie l'action, il serait tenu de suspendre l'exé- » cution, et de donner connaissance de cet incident » au tribunal étranger.

» ART. 9. L'*exequatur* ne sera accordé qu'autant » que les jugemens rendus dans les États de Sa » Sainteté, jouiront de la même faveur dans les » pays étrangers. Cette réciprocité est présumée, » tant qu'il n'y a pas quelque raison particulière » d'en douter.

» ART. 10. En conséquence, les tribunaux de » l'État, dans les causes jugées par eux, et sur la » demande des parties, devront adresser des lettres » pour l'exécution de leurs sentences, aux juges » étrangers.

» Donné en secrétairerie d'État, le 11 mars 1820.

» H. cardinal GONSALVI. »

Un catholique romain ne sera point étonné de la restriction contenue dans le premier article de ce décret, relativement aux jugemens rendus dans les matières ecclésiastiques, ou contre des ecclésiastiques. Le chef de cette religion ne pouvait omettre cette restriction, quant au premier chef; mais on ne peut trop admirer l'exemple de tolérance donné par Sa Sainteté, qui accorde une confiance égale aux jugemens rendus en pays protestans, par des juges protestans, et aux jugemens rendus par des juges catholiques. La tolérance commence donc à s'introduire même à Rome, tandis qu'on voit l'intolérance près de se glisser en d'autres États, d'où les lois l'avaient bannie, et que l'autorité craint d'y confier certains emplois à des protestans.

Après avoir examiné la nature de la présomption que la loi attache à la chose jugée; quelle est son autorité; si elle produit son effet de plein droit ou seulement par voie d'exception; enfin, si cette présomption est attachée aux jugemens rendus en pays étrangers, il faut examiner quand il y a chose

jugée; quels jugemens ont l'autorité de la chose jugée; à quelles choses elle s'étend; à quelles personnes elle peut être opposée.

94. Il n'y a point de chose jugée avant que le juge ait définitivement prononcé sur la contestation soumise à sa décision, avant qu'il ait admis ou rejeté la demande, condamné ou absous le défendeur. RES JUDICATA *dicitur quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quòd vel condemnatione vel absolutione contingit. L. 1, ff de re judic., 42. 1.*

95. Le jugement de provision, qui contient une condamnation provisoirement exécutoire, ne peut donc avoir ni le nom, ni l'autorité de la chose jugée; car quoiqu'il donne à la partie qui l'a obtenu le droit de contraindre l'autre à payer la somme portée dans la condamnation, il ne met pas fin au procès, et ne forme pas une présomption légale que cette somme soit due, puisque l'instruction subséquente peut apprendre qu'elle n'est pas réellement due, et faire en conséquence condamner définitivement celui qui l'a reçue à la restituer.

96. A plus forte raison, les jugemens ou arrêts préparatoires ou interlocutoires, qui ne contiennent ni condamnation, ni congé de la demande, ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée, puisqu'ils se bornent à ordonner quelques éclaircissemens préalables pour éclairer les juges. *Non vox omnis judicis, judicati continet auctoritatem. Loi 1, Cod. de sentent. et interlocut., 7. 45.*

97. L'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 5, contenait une disposition particulière, pour déterminer les jugemens qui doivent avoir l'autorité de la chose jugée. Notre nouveau Code de procédure n'en contient point de semblable, quoiqu'il parle en plusieurs endroits des *jugemens passés en force de chose jugée;* ce qui fait voir que les principes, sur ce point, ne sont pas changés.

Aujourd'hui donc, comme sous l'empire de l'ordonnance, « les sentences et jugemens qui doivent » passer en force de chose jugée, sont ceux ren- » dus en dernier ressort et dont *il n'y a appel*, ou » dont l'appel n'est pas recevable, soit que les par- » ties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles » n'en eussent interjeté appel dans le tems, ou que » l'appel ait été déclaré péri »; c'est-à-dire périmé. *D. art.* 5.

98. Aux jugemens rendus en dernier ressort, ajoutez les jugemens rendus dans les affaires où les parties ont consenti à être jugées sans appel. La loi du 24 août 1790 leur faisait même un devoir (1) de déclarer, au commencement de la procédure, si elles consentaient à être jugées sans appel. Cette

---

(1) Art. 6, tit. 4, qui porte : « En toutes matières personnelles, » réelles ou mixtes, à quelque somme ou valeur que l'objet de la con- » testation puisse monter, les parties seront tenues de déclarer, au » commencement de la procédure, si elles consentent à être jugées » sans appel, et auront encore, pendant tout le cours de l'instruction, » la faculté d'en convenir; auquel cas les juges de district prononce- » ront en premier et dernier ressort. ».

déclaration n'est plus aujourd'hui une obligation; mais aucune loi n'a dérogé au principe raisonnable qu'on peut d'avance, et avant le jugement, renoncer à l'appel. Ce principe, qui tend à l'abréviation des procès, et qu'on doit par conséquent favoriser, est établi par les lois romaines : *Si quis ante sententiam professus fuerit, se à judice non provocaturum, indubitatè provocandi auxilium perdidit*, dit Ulpien, loi 1, § 35, *ff à quibus appellari non licet*, 49. 2.

Avant la révolution, on regardait cette disposition des lois romaines comme abrogée, par suite peut-être de la patrimonialité des jurisdictions (1); mais cette sage disposition a été remise en vigueur par la loi du 24 août 1790 (2).

99. On voit que l'ordonnance réunit ici, aux jugemens en dernier ressort, ceux dont il n'y a pas encore d'appel interjeté, parce que, dit Pothier, tant qu'il n'y a pas encore d'appel, ils ont 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. Mais cette autorité, ajoute-t-il, et la présomption qui en résulte, ne sont que momentanées, et sont détruites aussitôt qu'il y a eu appel interjeté. N°. 3.

---

(1) Bien plus : dans les Cours d'appel, en pays coutumier, on ne pouvait transiger ou s'accorder sans lettres du roi; et il fallait rapporter l'accord pardevant la Cour. *Voy.* Loisel, liv. 6, tit. 4, règ. 7.

(2) *Voy.* les Questions de droit de M. Merlin, v.° *Appel*, § 7.

Dans notre législation actuelle, cette autorité momentanée est suspendue pendant huitaine, par les art. 449 et 450 du Code de procédure, dont le premier porte : « *Aucun appel* d'un jugement non » exécutoire par provision ne pourra être interjeté » dans la huitaine, à dater du jour du jugement. »

Le second ajoute que « l'exécution des jugemens » non exécutoires par provision, sera suspendue » pendant ladite huitaine. »

Nous avons déjà dit que, suivant Pothier, les jugemens de provision ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée. L'exécution provisoire de ces jugemens ne leur donne point cette autorité, parce qu'il est possible qu'en définitive, celui qui avait obtenu une provision soit condamné à la restituer.

Quant à l'autorité momentanée des jugemens sujets à l'appel, mais dont l'appel n'est point encore interjeté, cette autorité ne doit pas nous arrêter : il en résulte seulement que celui qui a obtenu le jugement peut en poursuivre l'exécution, et que l'autre partie ne peut l'empêcher qu'en interjetant appel.

100. A l'égard des jugemens en dernier ressort, tels que les arrêts des Cours souveraines, dont on ne peut être appelant, ceux rendus dans les affaires où l'on a renoncé à l'appel, ils ont, lorsqu'ils sont définitifs et contradictoires, une autorité de chose jugée stable et perpétuelle, aussitôt qu'ils ont été rendus. Les voies extraordinaires permises pour les attaquer, telles que la requête ci-

vile, le pourvoi en cassation, en matière civile, n'en suspendent point l'exécution. Ils ont donc l'autorité de la chose jugée, jusqu'à ce que la requête civile soit admise ou l'arrêt cassé.

Il en est de même des jugemens rendus par les tribunaux civils d'arrondissement, dans les cas où ils sont autorisés à prononcer en dernier ressort, savoir : 1°. Lorsqu'ils prononcent comme juges d'appel des tribunaux de paix, parce qu'il ne peut y avoir que deux degrés de jurisdiction. Décret du 1^er^ mai 1790 (1).

2°. Dans les affaires personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de 1,000^f^ de principal, et dans les affaires réelles, dont l'objet principal est de 50^f^ de revenu déterminé, soit en rente, soit par prix de bail (2).

101. Il faut remarquer que la disposition finale

---

(1) Il paraît que ce décret ne fut point sanctionné dans le tems, mais le principe important qu'il énonce n'en est pas moins généralement observé et reconnu. Les dispositions des lois postérieures sont des conséquences du principe énoncé dans ce décret, rappelé comme loi dans une foule d'arrêts de la Cour de cassation. *Voy.* entre autres l'arrêt du 21 brumaire an X, Sirey, an X, pag. 82; autre du 28 niôse an XI, Sirey, an XI, pag. 167; autre du 24 ventôse an XI, Sirey, *ibid.*, pag. 214; autre du 21 floréal an XI, *ibid.*, p. 527.

Mais voyez sur-tout l'avis du Conseil d'état, approuvé le 31 janvier 1806, et imprimé à sa date dans le Bulletin des lois, pag. 254. Il porte : « Les constitutions n'ont établi que deux degrés de jurisdic» tion ».

(2) Tit. 4, art. 5, de la loi du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire.

de l'art. 453 du Code de procédure ne permet pas de recevoir les appels des jugemens rendus sur des matières dont la connaissance, en dernier ressort, appartient aux premiers juges, mais qu'ils auraient omis de qualifier tels, ou qu'ils auraient qualifiés en premier ressort. Ainsi, ces jugemens ont l'autorité de la chose jugée, aussitôt qu'ils sont rendus; et si l'autre partie s'en portait appelante, l'exécution provisoire pourrait en être ordonnée sur un simple acte à l'audience, avant le jugement de l'appel. (Art. 457 et 458, Code de procédure).

102. Les arrêts ou jugemens, quoique rendus par défaut, n'en sont pas moins de véritables jugemens. Ils ont tous les effets des jugemens contradictoires (1).

Cependant, comme il est possible que le défaillant ait ignoré la citation, ou qu'il ait été retenu par quelque empêchement légitime, l'exécution est suspendue pendant un délai que la loi lui accorde, pour former une opposition qui en détruit l'effet; de même qu'au criminel, la représentation du condamné anéantit les jugemens rendus contre lui par contumace (2). Ce n'est donc qu'après que la partie défaillante a laissé passer le délai de l'opposition sans la former, que les jugemens ren-

---

(1) Arrêt de cassation, du 24 thermidor an XIII, 12 novembre 1805.

(2) *Voy.* art. 29 du Code civil.

dus par défaut acquièrent une autorité de chose jugée stable et perpétuelle.

103. Quant au délai dans lequel l'opposition peut être formée, il faut distinguer si la partie défaillante avait ou non constitué un avoué.

« Si le jugement est rendu contre une partie » ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable » que pendant la huitaine, à compter du jour de la » signification à avoué. » (Art. 157, Code de procédure).

« S'il est rendu contre une partie qui n'a pas » d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exé- » cution du jugement. » (Art. 158).

Et dans ce dernier cas-là même, les jugemens par défaut sont réputés non avenus, s'ils ne sont pas exécutés dans les six mois de leur obtention. (Art. 156).

104. Tous les jugemens acquièrent l'autorité de la chose jugée, lorsque les parties n'en ont pas appelé dans le délai prescrit. Ce délai a beaucoup varié en France. L'ordonnance de 1667, qui était la loi vivante au moment de la révolution, accordait aux particuliers non privilégiés dix ans entiers pour intejeter appel d'un jugement par lequel ils se croyaient lésés, et vingt ans aux privilégiés, savoir : à l'église, aux hôpitaux, colléges, universités et maladreries.

La partie au profit de qui le jugement avait été rendu, pouvait abréger ces délais, en faisant une sommation juridique à l'autre partie d'en in-

terjeter appel, si bon lui semblait ; mais cette sommation ne pouvait être faite qu'au bout de trois ans, du jour de la signification du jugement rendu contre des particuliers non privilégiés, et au bout de six ans, s'il était rendu contre l'église ou autres privilégiés.

L'effet de cette sommation était que la partie à qui elle avait été faite n'avait plus que six mois pour appeler.

Mais si, avant l'expiration de ces délais, la partie contre qui le jugement avait été rendu décédait, son héritier avait encore une année de délai pour interjeter appel, outre tout le tems qui restait du délai accordé à celui auquel il succédait, et au bout de ce nouveau délai d'un an, il fallait encore faire une sommation, quand même il en eût été déjà fait une au défunt; et du jour de cette sommation, l'héritier avait encore six mois pour être reçu à interjeter appel. Ces délais ne couraient pas contre les mineurs (1).

Il semblerait difficile d'imaginer une législation plus propre à éterniser les procès, à nourrir l'esprit de litige, et à maintenir l'incertitude des droits et des propriétés, et cela, sans aucune véritable utilité pour la partie contre qui le jugement avait été rendu; car, comme l'observe fort bien Pothier, « dès le commencement que la cause a été portée

---

(1) *Voy.* Pothier, section de l'autorité de la chose jugee, n.° 13.

» devant le premier juge, cette partie a pu prévoir » qu'elle pourrait perdre sa cause; et pendant tout » le tems qu'a duré le procès, elle a eu le tems de » délibérer sur le parti qu'elle aurait à prendre, » dans le cas où elle perdrait son procès. »

Cependant, l'ordonnance de 1667 n'avait fait qu'abréger les délais de l'appel. Avant qu'elle fût rendue, il était reçu qu'on pouvait appeler pendant trente ans (1), tems auquel, suivant M. l'avocat-général Talon, on avait limité la faculté d'appeler, parce que l'action qui naissait en exécution de la sentence, ne se prescrivait que par le même délai (2).

Ce vice, dans la jurisprudence française, s'était introduit par l'abus des lettres de relief de l'*illicò*; car autrefois, dans la France coutumière, il fallait appeler incontinent après le jugement (3). Une ordonnance de Charles VII, du mois d'avril 1453, portait, art. 181, qu'en pays coutumier, suivant l'ancien usage, « Nul ne sera reçu à appeler, s'il » n'appèle incontinent après la sentence donnée, » sinon que par fraude, dol ou collusion du procu- » reur qui aura occupé en la cause, icelui procu- » reur n'eût appelé, *ou qu'il y eût grande et évidente*

---

(1) *Voy.* le nouveau Dénisart, v.° *Appel*, § 7, n.° 3. *Voy.* aussi le Répertoire, v.° *Appel*, sect. 1, § 5, *in pr.*

(2) *Voy.* le procès-verbal de l'ordonnance, pag. 429, *in fine*, tit. 30, art. 21.

(3) *Voy.* le nouveau Dénisart, *ubi suprà.*

» *cause de relever l'appelant* de ce qu'il n'aurait ap-
» pelé incontinent. » (1)

A la même époque, on suivait en France, dans les pays de droit écrit, la Novelle 23 de Justinien, qui accordait, chap. 1, dix jours pour interjeter appel, à compter du jour de la prononciation du jugement.

Pothier trouvait en cela le droit romain bien sage et bien propre à conserver la tranquillité des citoyens, en abrégeant les procès. Le vice des dispositions de l'ordonnance de 1667, sur les délais des appels, était universellement senti, depuis long-tems, au moment de la révolution. Néanmoins, nos législateurs trouvèrent trop court le délai de dix jours, accordé par le droit romain. L'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire, accorda trois mois. « Nul appel d'un jugement *contradictoire* ne
» pourra être signifié, ni avant le délai de huitaine,
» à compter du jour du jugement, ni après l'expi-
» ration de trois mois, à dater du jour de la signi-
» fication du jugement, faite à personne ou domi-
» cile. Ces deux termes sont de rigueur; leur inob-
» servation emporte la déchéance de l'appel : en
» conséquence, l'exécution des jugemens qui ne

---

(1) L'abus des lettres de relief de n'avoir pas appelé en tems utile, continua sous l'empire de l'ordonnance de 1667; j'en ai encore vu des exemples.

» sont pas exécutoires par provision, demeurera » suspendue pendant le délai de huitaine. »

Cette disposition ne parlant que des jugemens contradictoires, l'appel des jugemens rendus par défaut pouvait être relevé pendant dix ans, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 1667 (1). Mais le Code de procédure a étendu à l'appel des jugemens par défaut le délai de trois mois. L'art. 443 porte : « Le délai pour interjeter » appel sera de trois mois; il courra, pour les juge- » mens contradictoires, du jour de la signification » à personne ou domicile ;

» Pour les jugemens par défaut, du jour où l'op- » position ne sera plus recevable. »

L'art. 444 ajoute : « Ces délais emporteront dé- » chéance ; ils courront *contre toutes parties*, sauf » le recours contre qui de droit ; mais ils ne cour- » ront contre le mineur non émancipé, que du » jour où le jugement aura été signifié, tant au » tuteur qu'au subrogé tuteur, encore que ce der- » nier n'ait pas été en cause. »

105. Du reste, l'art. 449 porte aussi que : « Au- » cun appel d'un jugement non exécutoire par pro- » vision ne pourra être interjeté dans la huitaine, » à dater du jour du jugement. Les appels inter- » jetés dans ce délai seront déclarés non recevables,

---

(1) *Voy.* l'arrêté du Directoire exécutif, du 9 messidor an IV, imprimé dans le Bulletin des lois 56, sous le n.° 497.

» sauf à l'appelant à les réitérer, s'il est encore dans » le délai. »

Cette disposition a pour objet de laisser passer les premiers momens d'humeur que la perte d'un procès inspire assez ordinairement aux plaideurs obstinés, de leur donner le tems de se calmer, pour n'écouter que les conseils de la raison.

Après les délais de l'appel expirés, les jugemens acquièrent une autorité de chose jugée stable et perpétuelle. L'acquiescement des parties, ou leur renonciation à l'appel, leur donne la même force.

106. Nous avons déjà parlé de la renonciation à l'appel, antérieure ou postérieure au jugement. Quant à l'acquiescement, l'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 5, porte que l'appel des jugemens n'est pas recevable, lorsque les parties y ont *formellement* acquiescé.

Acquiescer à un jugement, c'est en approuver les dispositions, et se soumettre à les exécuter, ou du moins consentir qu'elles reçoivent leur exécution. Cet acquiescement peut se faire d'une manière expresse ou tacite : expresse, lorsque la partie a passé un acte d'acquiescement; tacite, lorsqu'il résulte clairement et sans équivoque de ses actions, que son intention est d'acquiescer au jugement; par exemple, si elle demande un terme pour payer le montant de sa condamnation : *ad solutionem dilationem petentem acquievisse sententiæ manifestè probatur, sicut eum qui quolibet modo sententiæ acquieverit. Loi* 5, *Cod. de re judicatâ*, 7. 52.

A plus forte raison, si elle est entrée en paiement, soit du capital, soit des dépens, à moins que, dans le cas d'un jugement exécutoire par provision, elle n'ait payé qu'en vertu de contrainte, et sans préjudice de l'appel qu'elle a interjeté ou qu'elle compte interjeter.

107. Si l'ordonnance s'est servie du terme d'acquiescement *formel*, ce n'est pas pour faire entendre qu'il faut un acte écrit, un acte exprès, mais seulement pour avertir que les faits d'où l'on induit un acquiescement doivent être tels que l'on ne puisse douter que l'intention de la partie condamnée a été de se soumettre à la condamnation portée contre elle; par exemple, la signification d'un jugement sans protestation, sans réserve de s'en porter appelant, contient un acquiescement implicite; car la signification étant un préalable de l'exécution, est une déclaration implicite que l'on entend poursuivre cette exécution, et cela, quand même la signification ne contiendrait pas la clause ordinaire, *avec sommation d'y obéir et porter état.* On l'a toujours ainsi jugé, avant la nouvelle législation, et le Code de procédure n'a rien changé à cette ancienne jurisprudence (1).

108. Mais cet acquiescement, qui résulte de la signification pure et simple du jugement, n'est que conditionnel, et si la partie à qui elle est faite

(1) *Voy.* l'ouvrage de notre savant collègue Carré, quest. 1432.

se portait appelante, l'intimé, même après les trois mois, pourrait interjeter incidemment appel, en tout état de cause, quand même il aurait signifié le jugement sans protestation. (Art. 443 du Code de procédure). Cette disposition est une exception au principe général qu'elle présuppose, savoir : que la partie qui a fait la signification du jugement sans protestation ni réserve, se rend non recevable à se pourvoir par appel principal. *Voy.* le Répertoire, v°. *Appel*, § 6.

109. Pothier observe que, si la partie qui a acquiescé au jugement a de justes motifs de restitution contre son acquiescement, l'autorité de la chose jugée que le jugement avait acquise, n'est pas stable et perpétuelle, et qu'elle sera détruite si la restitution est prononcée.

110. Enfin, « la péremption en cause d'appel a » l'effet de donner au jugement dont est appel la » force de la chose jugée. » (Art. 469 du Code de procédure.) Il n'entre point dans le plan que nous nous sommes tracé, d'expliquer ici la manière dont s'acquiert la péremption, ni de traiter les questions que peuvent faire naître la rédaction des jugemens et les appels.

111. Nous dirons seulement que tous les jugemens qui n'ont pas été, dans les délais prescrits, attaqués par l'un des moyens qu'indique la loi, acquièrent la force de la chose jugée, même les jugemens nuls et les jugemens iniques.

Il existe une grande différence entre les juge-

mens nuls, *injusta sententia*, et les jugemens iniques, *sententia iniqua.*

Les jugemens nuls sont en général ceux qui sont contraires à la loi (1); mais, dans notre jurisprudence, il n'y a de jugemens nuls que ceux qui ne sont pas revêtus des formes prescrites *à peine de nullité.* C'est la disposition précise de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810. Le même article énumère les formalités prescrites à peine de nullité. Nous reviendrons sur ce point *infrà.*

112. Dans le droit romain, les jugemens nuls ne produisaient aucun effet; ils étaient nuls de

---

(1) Mais quand y a-t-il contravention aux dispositions de la loi? Consultons la loi 1, § 2, *ff quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*, 49. 8 :

Item cùm contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cùm de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur; nam si judex volenti se ex curâ muneris, vel tutelæ, beneficio liberorum, vel ætatis, aut privilegii excusare, dixerit neque filios, neque ætatem, aut ullum privilegium ad muneris, vel tutelæ excusationem prodesse, de jure constituto pronunciasse intelligitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed ideircò contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de ætate suâ, aut de numero liberorum probasse; de jure litigatoris pronunciasse intelligitur. Quo casu appellatio necessaria est.

Observez, dit Pothier, n.° 22, que pour que le jugement soit nul, il faut qu'il ait expressément prononcé contre la loi; il faut qu'il ait jugé que la loi ne devait pas être observée. Mais s'il a seulement décidé que l'espèce, qui était à juger, n'était pas dans le cas de la loi, quoiqu'elle y fût, le jugement n'est pas censé impugner la loi; il n'est pas nul; il est seulement inique, et il ne peut en conséquence être réformé que par la voie de l'appel.

Ces principes sont à méditer, lorsqu'il s'agit de décider si un jugement peut être cassé.

plein droit; il n'était pas nécessaire d'en appeler; et par cette raison, le défaut d'appel, dans les délais de la loi, ne leur attribuait pas l'autorité de la chose jugée. La loi 19, ff *de appellationibus et relationibus*, 49. 1, le dit formellement : *Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet : et ideò, et sine appellatione causa denuò induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel se, vel constitutionem fuerit prolata : undè si quis ex hâc sententiâ appellaverit, et præscriptione summotus sit, minimè confirmatur ex hâc præscriptione sententia : undè potest causa ab initio agitari.*

Par une conséquence de ces principes, le juge devant lequel on exceptait de la nullité d'une sentence pouvait en prononcer la nullité, quoiqu'il ne fût pas le supérieur de celui qui l'avait rendue. C'est ce qui résulte de la loi 1, *C. de sententiis et interlocut. omnium judicum*, 7. 45.

113. Mais il en est autrement dans notre législation; c'est sur-tout aux sentences ou jugemens que s'applique cette ancienne règle de notre droit français : *Voies de nullité n'ont point de lieu* (1).

Une fois qu'un jugement est prononcé, il ne peut plus, quoique nul dans la forme, être anéanti que par la voie d'appel; et si c'est un jugement en

---

(1) Loisel, Institutes coutumières, liv. 5, tit. 2, règ. 5. *Voy.* le Répertoire, v.° *Nullité*, § 7, n.° 4; v.° *Appel*, sect. 2, § 5, pag. 242 et 243, et les Questions de droit de M. Merlin, v.° *Appel*, § 9.

dernier ressort ou un arrêt, par la voie de la requête civile ou de la cassation.

Ainsi, la nullité d'un jugement n'empêche point les délais de l'appel de courir. Attendu, dit fort bien la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 floréal an 13 (1), que l'art. 17 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667, en déclarant que les sentences obtiendront force de chose jugée, après dix ans de leur signification, s'il n'en a été interjeté appel dans ce délai, n'a fait aucune distinction entre celles qu'on attaquerait par voie de nullité ou par les moyens du fond.

La loi du 24 août 1790, et l'art. 443 du Code de procédure, qui ont fixé le délai de l'appel à trois mois, du jour de la signification du jugement, sous peine de déchéance, n'ont également fait aucune distinction entre les jugemens attaqués par voie de nullité ou par les moyens du fond.

114. On avait tenté de faire aux jugemens nuls l'application de l'art. 2267 du Code civil, suivant lequel *le titre nul par défaut de forme, ne peut servir de base à la prescription de dix ou vingt ans;* et l'on prétendait en conclure que les jugemens nuls ne peuvent faire courir les délais de l'appel, que l'on comparait à une prescription.

Mais ce rajsonnement a été rejeté par l'arrêt déjà cité de la Cour de cassation, attendu que l'art. 2267

---

(1) Rapporté dans le Répertoire, tom. 1, v.° *Appel*, sect. 1, § 5.

du Code civil n'est point applicable aux délais de l'appel, 1°. en ce qu'il ne s'agit point, en ce cas, d'une prescription à l'effet d'acquérir, mais plutôt d'une prescription libératoire, ou, à proprement parler, d'une déchéance (c'est ainsi que l'appèle l'art. 444 du Code de procédure); 2°. en ce que les voies de nullités n'ont point lieu de plein droit, et qu'elles doivent être prononcées par jugement : d'où il suit que, pour faire droit sur la nullité, il faut statuer d'abord que l'appel est recevable.

115. La maxime que les voies de nullité n'ont point lieu de plein droit, et qu'elles doivent être prononcées par un jugement, s'applique à toutes les espèces de nullités dont nous avons parlé; mais peuvent-elles être prononcées par les juges qui ont rendu le jugement (1), lorsqu'ils s'aperçoivent qu'il est nul?

Il faut d'abord distinguer, entre les jugemens interlocutoires et les définitifs :

Les jugemens interlocutoires de simple instruction peuvent être déclarés nuls, et être réformés par les juges même qui les ont rendus (2), sur le simple exposé des moyens qui en fondent la nullité. On tient même pour maxime qu'en général les juges ne sont point liés par les jugemens interlo-

---

(1) *Quid* des sentences arbitrales? *Voy.* le Répertoire, v.° *Nullité*, 7, n.° 4, *in fine*.

(2) *Voy.* le Répertoire, v.° *Jugement*, § 3, n.° 3. Sirey, tom. VII, 2.e part., pag. 455. Les Questions de droit, § 1.

cutoires ou de simple instruction ; et qu'ils peuvent n'y avoir aucun égard en définitive.

116. La loi 19, § 2, ff *de recept. qui arbit. recep.* 4. 8., décide formellement que les arbitres peuvent changer les jugemens d'instruction qu'ils on rendus, et sa disposition a été appliquée à tou les jugemens interlocutoires par un usage général Dans tous les tems, dans tous les pays, on a constamment tenu pour maxime qu'après avoir ordonné la preuve d'un fait qu'il croyait d'abord décisif, le juge, qui vient ensuite à reconnaître qu ce fait est indifférent, peut prononcer contre la partie même qui en a fait la preuve. Cette maxim a été consacrée par plusieurs arrêts de la Cour d cassation.

117. Cependant cette maxime n'est pas applicabl aux jugemens qui, par la force de la loi, décident tellement le fond, que le juge n'a plus rien à examiner en définitive, et que son ministère se réduit à déclarer la conséquence que la loi en fait sortir par exemple, le jugement par lequel le serment est déféré d'office à une partie, ne peut plus êt changé par le juge qui l'a rendu, parce qu'une fois le serment prêté, la condamnation de la partie ad verse en devient une suite nécessaire. (1)

---

(1) *Voy.* le Répertoire, *ubi suprà*, et Voët *ad Pandectas*, *lib.* 4 *tit.* 1, *n.*° 4. « *Non desunt tamen interlocutoriæ sententiæ, quæ vim de* » *finitivæ habent, dùm irreparabile damnum infert earum executio, u* » *definitivâ ex juris necessitate eas sequi debet. Veluti si judex defer*

118. Il faut encore remarquer que la faculté laissée aux juges par la loi, de réformer ou d'annuler le jugement interlocutoire, n'ôte point aux plaideurs la voie de l'appel (1), et qu'alors le juge ne peut plus annuler sa procédure, dès qu'il y a un appel interjeté, parce que la cause est dévolue au supérieur.

119. A l'égard des jugemens définitifs, il faut encore distinguer entre les jugemens contradictoires et les jugemens par défaut.

Si le jugement est rendu par défaut, la partie qui avait été appelée peut se pourvoir par la voie de la simple opposition, devant les mêmes juges, ou par appel devant les juges supérieurs, après que les délais de l'opposition sont passés (2).

120. Mais si le jugement est contradictoire, les juges qui l'ont rendu ne peuvent le réformer; car ils cessent d'être juges, du moment où leur sentence est prononcée: *Judex posteaquàm semel sententiam dixit, posteà judex esse desinit. Et hoc jure utimur, ut judex qui semel, vel pluris, vel minoris condemnavit, ampliùs corrigere sententiam suam non pos-*

---

actori vel reo jusjurandum, tanquàm in causâ dubiâ, ut secundum eum qui juravit judicetur». Arg. loi 31, *ff de jurejurando*.

(1) Et cela est conforme à la raison. Le jugement interlocutoire, r exemple, qui a ordonné une enquête, un rapport d'experts, est finitif sur la question, si cette voie était nécessaire ou non, quoique juges puissent définitivement n'avoir point d'égard à l'enquête ou rapport.

(2) *Voy.* art. 443 du Code de procédure, et art. 149 et suiv.

sit : semel enim, malè seu benè officio functus e Ulpien, loi 55, *ff de re judic.*, 42. 1. *Junge leg.* 6 *ibid.*

121. Sous l'ancienne législation, on avait intr duit en Bretagne, au mépris de ces principes des règles les plus solides de l'ordre judiciaire, u jurisprudence vicieuse, qui non seulement pe mettait aux premiers juges, mais qui même ne pe mettait qu'à eux seuls, de réformer les jugeme définitifs qu'ils avaient rendus, faute à l'une d parties d'avoir prouvé sa demande, ou produit s pièces au soutien; car, quoique par un autre abu qui n'a cessé que par la loi du 24 août 1790, il fût pas d'usage de motiver les jugemens définiti lesquels, par cela même, étaient souvent obscu comme des oracles, il arrivait néanmoins ass souvent que les juges, ne trouvant point de pre ves suffisantes pour admettre ou rejeter, soit u demande, soit une exception, énonçaient ce ma que de preuve dans leur jugement, en condamna ou déboutant, *dans l'état, faute d'avoir prou faute d'avoir produit telle pièce, quant à présen etc....* C'est ce qu'on appelait en Bretagne des j gemens *comminatoires* ou *en forme comminatoir* dénomination impropre et même un peu ba bare.

Ces formules et autres semblables supposaie ou annonçaient que si telle pièce avait été produi telle preuve faite, l'affaire jugée dans d'autres ci constances, le jugement ou l'arrêt eût été dif

rent, et qu'il n'avait été rendu qu'en vertu de la règle *actore non probante, reus absolvi debet* (1).

En un mot, ces formules n'étaient pas autre chose que l'énonciation, au moins implicite, du motif qui avait déterminé le juge. Mais on en concluait, en Bretagne, que si, dans la suite, la partie repoussée par le premier jugement parvenait à se procurer la preuve ou à recouvrer la pièce qui lui avait manqué, elle pouvait, dans les trente ans requis pour faire concourir la péremption avec la prescription, revenir devant les mêmes juges, par une action qu'on appelait *en lief de comminatoire ;* et qu'alors le premier jugement était censé non avenu, les parties remises au même état qu'elles étaient auparavant, et l'affaire soumise de nouveau à la décision des mêmes juges.

122. Il paraît que ce fut au commencement du dernier siècle que s'introduisit cette jurisprudence si contraire aux règles. Un magistrat zélé pour la pureté des principes en avertit le chancelier d'Aguesseau, qui lui répondit, le 27 mai 1732 (2), qu'il avait raison de s'opposer aux progrès d'une jurisprudence dont l'effet eût été d'effacer la différence essentielle qui est, et qui doit être, entre les arrêts interlocutoires et les arrêts définitifs ;

---

(1) *Voy.* tom. VIII, n.° 40.

(2) Cette réponse est insérée dans le tom. X de ses Œuvres, pag. 373.

Qu'ordonner, avant faire droit, qu'une partie représentera le titre en vertu duquel elle se prétend héritière, donataire ou propriétaire à quelqu'autre titre que ce soit, des biens qui font le sujet de la contestation, faute de quoi elle sera déclarée déchue de ses prétentions, c'est rendre un arrêt interlocutoire;

Mais que la déclarer déchue ou non recevable, *faute par elle d'avoir rapporté son titre*, c'est prononcer un jugement définitif, pareil à ceux qui sont rendus sur une péremption d'instance, sur une ou sur d'autres fins de non-recevoir semblables, l'esprit et l'effet de ces sortes de jugemens étant d'éteindre l'action ou le procès, et non pas d'ordonner une instruction préalable;

Qu'ainsi, le sort des parties étant une fois fixé par une décision absolue, il faut en conclure qu'il ne reste d'autre ressource à celui qui a succombé, que *celle de la requête civile*, pour attaquer, sous prétexte de pièces nouvellement recouvrées, l'arrêt qui l'a condamné, s'il est dans le cas où l'ordonnance permet de se servir de ce moyen, pour faire rétracter les arrêts.

123. Cette réponse, pleine de sagesse et de raison, n'empêcha point le Parlement de Bretagne de consacrer sa jurisprudence erronée par un arrêt du 13 juillet 1740, qui décida « que lorsqu'un jugement ne déclare héritier pur et simple, *que faute d'avoir mis au procès les pièces* qui établissent la qualité d'héritier bénéficiaire, on ne peut pas en

» espérer la réformation, en produisant les pièces » dans l'instance d'appel, et la sentence doit être » confirmée, *sauf à lever le comminatoire* dans la » jurisdiction où elle a été rendue. » (1).

Ainsi, non-seulement celui qui avait été condamné faute de preuve pouvait, sans cause nouvelle, recommencer le procès devant les mêmes juges, pour lever ce qu'on appelait *le comminatoire*, seulement sous le prétexte de fournir la preuve qui lui avait manqué d'abord; mais encore il ne pouvait se pourvoir par appel, si le jugement était rendu en premier ressort, ni par la voie de la requête civile, si le jugement était rendu en dernier ressort, parce que la requête civile est une voie *extraordinaire*, qui ne peut être admise tant qu'il reste *une voie ordinaire*.

Ainsi, tous ces jugemens ou arrêts, rendus en forme dite *comminatoire*, ne pouvaient acquérir l'autorité de la chose jugée, et celui qui les avait obtenus demeurait malgré lui exposé à voir renouveler un procès déjà terminé par un jugement, ou même par un arrêt, sans avoir aucun moyen de sortir d'une incertitude qui ne cessait que par le tems nécessaire pour la prescription.

124. Cette jurisprudence vicieuse, frappée de réprobation dès son principe, par le chancelier

---

(1) *Voy.* le Journal du Parlement de Bretagne, tom. III, chap. 50, pag. 250.

d'Aguesseau, fut également réprouvée depuis les lois nouvelles, par la Cour de cassation. Le savant procureur général Merlin, portant la parole devant cette Cour, le 28 juin 1808, dans l'affaire des héritiers de la dame de Boisroussel, qui s'étaient pourvus contre un arrêt de la Cour de Rouen, demandait si c'était sérieusement qu'on avait dit devant la Cour d'appel que l'on peut toujours, même sans requête civile, revenir contre un jugement en dernier ressort, en produisant le titre *dont l'absence a motivé la disposition?* Les lois les plus positives, répondait-il (1), déclarent formellement le contraire. *Sub specie novorum instrumentorum posteà repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est*, dit la loi 4, *C. de re judicatâ*, 7. 52. Il cite encore la loi 35, *ff eod. tit.*, 42. 3.

Enfin, dit-il, l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, (consacré de nouveau par l'article 480, n.° 10, du Code de procédure), fait taire absolument tous les doutes, lorsque, pour faire résulter *de pièces décisives nouvellement recouvrées* un moyen de requête civile, il exige que les pièces *aient été retenues par le fait de la partie.*

Il ajoute que des arrêts sans nombre ont proclamé le principe consacré par ces différentes lois, et qu'il serait aussi long qu'inutile de les citer tous. Il se borne à un seul, rendu le 20 janvier 1806, dans l'espèce suivante :

---

(1) Nouveau Répertoire, v.° *Succession*, pag. 436 de la 3.e édition.

La dame Messenge soutenait que le pourvoi du sieur Vathaire, contre un arrêt rendu le 1^er^. fructidor an VIII, par la Cour de Paris, était non recevable, parce que le sieur Vathaire avait, prétendait-elle, acquiescé précédemment à cet arrêt; et pour le prouver, elle produisait différentes lettres qu'il lui avait écrites, mais qu'elle n'avait point fait enregistrer, et que, par cette raison, la Cour ne pouvait prendre en considération. En conséquence, par arrêt du 25 thermidor an XII, la Cour prononça en ces termes: « Considérant que les » lettres dont on veut induire un acquiescement de » la part de Vathaire ne sont point enregistrées, » ce qui ne permet pas de se livrer à leur examen, » la Cour rejette la fin de non-recevoir proposée par » Messenge et femme contre Vathaire, et ordonne » qu'il sera passé outre à l'instruction et au juge- » ment définitif de la demande en cassation. »

La dame Messenge fit enregistrer les lettres sur lesquelles elle fondait la preuve de l'acquiescement du sieur Vathaire, et les reproduisant sous cette forme légale, elle vint demander, comme on disait en Bretagne, *à lever le comminatoire*, et conclut de nouveau à ce que Vathaire fût déclaré non recevable dans son recours.

Mais, observe M. Merlin, on ne peut pas se jouer ainsi de la chose jugée. La fin de non-recevoir était jugée définitivement; on ne pouvait pas la faire revivre par une production régulière, à la vérité, mais tardive : c'était le cas d'appliquer les

lois qui décident que l'autorité de la chose jugée résiste même aux pièces décisives nouvellement recouvrées, qui n'ont pas été retenues par le fait de la partie. En conséquence, la fin de non-recevoir fut rejetée par arrêt du 20 janvier 1806, « attendu que la fin de non-recevoir, prise de l'acquiescement que l'on fait résulter des lettres, a été rejetée d'une manière absolue par l'arrêt du 25 thermidor an XII; et que l'admission actuelle de cette fin de non-recevoir serait inconciliable avec l'autorité de la chose jugée, à laquelle l'enregistrement ultérieur des lettres n'a pu rien changer. » (1)

125. Malgré les principes qui résistent si évidemment à la fausse doctrine des *comminatoires* prétendus, malgré les arrêts et les autorités qui la proscrivent, la Cour de Rennes a long-tems persisté à suivre l'ancienne jurisprudence bretonne; mais enfin elle a fini par reconnaître les vrais principes, et par les établir dans un arrêt du 2 mars 1818, qui juge que « si les mots *en l'état* pouvaient

(1) *Voy.* encore ce que dit le même M. Merlin, v.° *Requête civile*, pag. 688 de la 3.e édition du Répertoire. « Lorsque, dit-il, un jugement a déclaré un acte nul, *faute à la partie qui en soutenait la validité* d'avoir prouvé l'accomplissement *d'une formalité dont il devait être suivi*, cette partie peut-elle encore, en rapportant la preuve de l'accomplissement de cette formalité, demander, par action nouvelle, l'exécution du même acte? Ne doit-elle pas, au contraire, être déclarée non recevable, tant qu'elle n'attaquera pas le jugement par requête civile, sur le fondement que la preuve de l'accomplissement de la formalité a été détournée par le fait de son adversaire? »

» constituer un jugement comminatoire, *titre que* » *la loi nouvelle n'a point consacré*, cela n'obligerait » point les parties de se pourvoir au même tribunal » en lief de comminatoire, procédure qui n'est » commandée ni *autorisée* par aucun texte du Code, » lequel au contraire indique la voie d'appel, pour » tous les cas, et pour toutes les espèces de juge- » mens, les seuls préparatoires exceptés, etc. » (1)

Voilà les vrais principes et la vraie doctrine clairement exprimés et consacrés. Ce changement, dans la jurisprudence de la Cour royale de Rennes, est dû à notre savant collègue et ami M. Carré, qui le premier signala la fausse doctrine des *commina-toires*, et la combattit avec force et solidité dans son Analyse raisonnée des décisions et opinions sur le Code de procédure, quest. 1613.

Le préjugé était tellement enraciné que, malgré le changement de jurisprudence de la Cour royale de Rennes, on trouve encore des hommes instruits et de bonne foi qui restent attachés à la vieille erreur, et semblent la regretter comme plus conforme à *l'équité*; car c'est toujours ce phantôme respectable que l'on invoque pour attaquer la loi et pour s'en écarter. L'équité semble, en effet, exiger que l'autorité de la chose jugée, qui n'est qu'une présomption, cède à la preuve contraire,

---

(1) Depuis que ceci est écrit, nous avons appris, et nous nous sommes assuré que la même Cour, 3.e chambre, a rendu un second arrêt conforme, le 22 janvier 1821.

comme le dit fort bien le Conseil d'état, et par conséquent à une pièce décisive recouvrée, quoique non retenue par le fait de la partie.

126. Aussi la jurisprudence constante est que, si la partie condamnée par un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, a payé une somme et retrouve la quittance du paiement qu'elle a fait en tout ou partie, elle peut, en la représentant, faire tomber la condamnation, par exception à la chose jugée (1), dont son adversaire voudrait poursuivre l'exécution.

Et même, après avoir satisfait à la condamnation, elle peut répéter ce qu'elle a payé, *condi-tione indebiti*, parce que cette exception ni cette répétition n'attaquent point la chose jugée; elles supposent même que la condamnation a été justement prononcée; la pièce représentée prouve seulement que cette condamnation était exécutée d'avance. Or, la bonne foi ne permet pas au créancier d'exiger deux fois la même chose, de recevoir ou de retenir ce qui lui aurait été payé une première fois.

Ceci s'applique également à la compensation, qui peut être proposée après comme avant le jugement de condamnation (2). Il en est de même de tous

---

(1) *Voy.* Rodier, sur l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, § 11.

(2) *Voy.* tom. VII, n.° 388. *Eum qui convenitur compensationem sibi debitæ pecuniæ implorare, posse nemini dubium est.*

les moyens d'éteindre les obligations, qui tiennent lieu de paiement, *qui vicem solutionis obtinent.*

127. Mais il faut faire sur cela une remarque importante : c'est que l'exception de paiement, de compensation, etc., n'est plus recevable après le jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, lorsque cette exception a été proposée avant le jugement et rejetée. Dans ce cas, la partie condamnée rapporterait inutilement la quittance retrouvée après la condamnation. On ne doit plus l'écouter, parce qu'il est jugé non seulement qu'elle est débitrice, mais encore qu'elle n'a pas payé; que la chose due n'était pas compensée, et que la chose jugée ne peut être détruite par des pièces nouvellement recouvrées, à moins qu'elles ne fussent retenues par le fait de la partie. C'est ce qu'enseigne M. Merlin (1), et cette doctrine est une conséquence nécessaire des principes sur la chose jugée.

128. Les lois qui défendent aux juges de rétracter et de corriger les jugemens définitifs, après qu'ils les ont prononcés, et qui leur interdisent toute connaissance ultérieure de l'affaire qu'ils ont une fois jugée, sont depuis long-tems naturalisées en France, quoiqu'il n'y ait pas la même raison de le décider qu'à Rome, et depuis le XV^e. siècle, la

---

(1) *Voy.* nouveau Répertoire, v.° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 3, tom. XII, pag. 437 de la 3.e édition.

jurisprudence de tous les parlemens n'avait pas varié sur ce point (1). Le Code de procédure ne contient rien de contraire à cette ancienne jurisprudence, confirmée d'ailleurs par un arrêt de la Cour de cassation, du 24 ventôse an XIII, rapporté dans le Bulletin de cette Cour.

Voici l'espèce :

Le tribunal de commerce de Vire avait rendu, le 17 fructidor an XIII, un premier jugement par défaut, qui condamnait Laumonier, même par corps, de payer à Cahours une somme de 900f. Sur l'opposition de Laumonier, intervint, le 24 vendémiaire an XIV, un jugement qui annula celui du 17 fructidor précédent, et ordonna l'élargissement de Laumonier. Mais ce jugement était *nul*, parce qu'un des juges n'avait pas entendu les plaidoiries; de sorte que Laumonier s'en désista, et amena Cahours à une audience extraordinaire, pour voir prononcer de nouveau sur les conclusions d'opposition qu'il avait précédemment prises.

Cahours s'opposa à ce que la cause fût jugée une seconde fois; il accepta le désistement, donné par Laumonier, du jugement du 24 vendémiaire, et soutint que celui du 17 fructidor devait reprendre son effet.

Par jugement du 26 vendémiaire, le tribunal donna acte à Laumonier de sa déclaration de ne

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Jugement*, § 3, n.° 4.

point vouloir user du jugement du 24; il annula, au surplus, de nouveau, le jugement du 17 fructidor, et ordonna l'élargissement de Laumonier.

Cahours déféra ce jugement à la censure, pour contravention aux lois citées. Laumonier le défendit, en disant que les parties avaient de nouveau comparu à l'audience, et que le tribunal n'avait pas réformé sa première décision, mais l'avait seulement régularisée par une autre tout à fait semblable.

Mais la Cour de cassation, « vu les lois romaines, qui interdisent aux juges toute connaissance » ultérieure de l'affaire qu'ils ont une fois jugée, » notamment la loi 62, ff *de re judicatâ*, et la loi » 55, au même titre;

» Attendu que Cahours n'a comparu, le 26 ven» démiaire, que pour accepter le désistement; et » attendu que ce n'est que *par excès* de pouvoir, » et par contravention aux lois ci-dessus indiquées, » que les juges du tribunal de commerce de Vire » ont connu une seconde fois d'une affaire dans la» quelle ils avaient épuisé leur jurisdiction. — La » Cour casse et annule. »

L'arrêt est du 24 ventôse an XIII, antérieur par conséquent au Code de procédure, qui abroge, art. 1041, *toutes lois, coutumes, usages et réglemens relatifs à la procédure civile.* Néanmoins, les jugemens et arrêts qui prononceraient aujourd'hui une seconde fois sur une affaire déjà jugée, n'en seraient pas moins soumis à la censure; car, si la

contravention aux lois romaines n'est plus, dans notre nouvelle législation, un moyen de cassation, il n'y en aurait pas moins *excès de pouvoir*, comme le porte l'arrêt cité, et ce vice donne ouverture au recours en cassation.

129. Mais cette règle, que les arrêts et jugemens ne peuvent être rétractés, réformés ni corrigés par les juges qui les ont rendus, s'applique-t-elle aux cas où le jugement n'est pas encore signé ni mis au greffe?

Les opinions, sur ce point, étaient partagées avant les nouvelles lois. Un arrêt du Parlement de Bretagne, rendu le 7 mars 1577, rapporté par Dufail, liv. 1^er^, chap. 416 : « Enjoint aux juges du » ressort de faire prononcer, sans aucune remise, » les sentences qu'ils arrêteront, et icelles mettront » au greffe, sans qu'ils puissent en empêcher la » prononciation, ou donner autres sentences, ou » appointemens contraires, sur peine de tous dé- » pens, dommages et intérêts des parties. »

Lebrun, au contraire, dans son Procès civil, liv. 1^er^, §§ 47 et 48, enseignait que, tant qu'une sentence n'est pas mise au greffe, elle peut être corrigée par le juge, pourvu que ce ne soit pas dans sa substance, mais seulement par rapport à des incidens.

Davot, dans ses *Traités de droit français*, tom. IV, pag. 334, allait jusqu'à soutenir que le juge est maître absolu de sa sentence, tant qu'il ne l'a pas mise au greffe. Il se fondait sur un arrêt du Parle-

ment de Dijon. Suivant cette doctrine, un arrêt, un jugement, ne seraient considérés que comme des projets, tant qu'ils ne sont pas mis au greffe.

Mais elle ne peut plus être suivie aujourd'hui, que, suivant nos lois nouvelles, tous les jugemens doivent être prononcés à l'audience; ils acquièrent par là une publicité qui ne permet pas de rien changer à leurs dispositions, quelles qu'elles soient; et même, sous l'ancienne jurisprudence, Serpillon, Code criminel, pag. 1451, rapporte un arrêt du Parlement de Dijon, du 20 mars 1728, qui ordonne « que l'officier qui aurait présidé serait » tenu de signer le plumitif à l'issue des audiences, » ou au plus tard dans le même jour, *sans pouvoir* » *rien changer de ce qui aurait été prononcé*, sauf seu- » lement à corriger, lorsque le greffier n'aurait pas » rédigé les appointemens et sentences, comme » ils auraient été prononcés. »

150. Mais que faut-il décider à l'égard des jugemens qui ne sont pas encore prononcés publiquement, et qui ont seulement été arrêtés dans la chambre du conseil, à la suite d'un délibéré ordonné à l'audience?

Cette question et la précédente sont traitées avec beaucoup de solidité dans le Répertoire, v°. *Jugement*, § 3, n°. 4. Elle était jugée diversement avant la loi du 24 août 1790, qui, la première, assujétit à la publicité même les rapports des procès par écrit. Notre jurisprudence française n'était nullement fixée sur cette question; mais les motif qui

la faisaient ainsi vaciller n'existent plus, depuis que tous les jugemens doivent être rendus à l'audience.

D'où venait l'incertitude de la jurisprudence avant la loi du 24 août 1790? C'est parce qu'on n'était pas d'accord sur l'époque précise à laquelle un jugement, sur procès par écrit, était censé formé et parfait. Les uns voulaient que ce fût le moment de la signature, les autres soutenaient qu'on ne devait s'attacher qu'à la délibération. Il n'y avait pas de milieu à prendre entre ces deux partis; car, alors, les jugemens sur procès par écrit ne se prononçaient pas à l'audience; ils passaient immédiatement de la chambre du conseil au greffe.

Aujourd'hui, tout jugement délibéré dans la chambre du conseil doit être prononcé à l'audience; il doit même l'être à l'instant qui suit celui où il a été délibéré, et si, dans la pratique, il ne l'est pas toujours aussitôt, la loi n'en suppose pas moins qu'il n'a été délibéré qu'immédiatement avant sa prononciation. C'est ce que fait entendre l'art. 116 du Code de procédure : « Les jugemens » seront rendus à la pluralité des voix, et prononcés sur-le-champ. Néanmoins, les juges pourront se retirer dans la chambre du conseil, pour » y recueillir les avis; ils pourront aussi continuer » la cause à une des prochaines audiences, pour » prononcer le jugement. »

C'est parce que le jugement est censé ne pas exister avant sa prononciation, qu'il est nul si tous

les juges qui avaient entendu les plaidoiries ne sont pas présens au moment de la prononciation, quoiqu'ils aient assisté au délibéré arrêté dans la chambre du conseil. C'est ce que la Cour de cassation a décidé plusieurs fois.

Dès lors, il est clair que tant que le jugement n'a pas été prononcé, il est censé ne pas exister; et cette conséquence en amène une autre : c'est que tant qu'il n'est pas prononcé, il peut être changé.

Au reste, l'art. 138 du Code de procédure porte que « le président et le greffier signeront la minute » de chaque jugement, aussitôt qu'il sera rendu. » Il sera fait mention, en marge de la feuille d'au- » dience, des juges et des procureurs du Roi qui » y auront assisté. Cette mention sera également » signée par le président et le greffier. »

131. S'il se glissait quelque erreur dans la rédaction du jugement, elle ne pourrait être réformée que du consentement de tous les juges qui l'ont rendu, et, en cas de division entre eux, il faudrait suivre la règle générale, qui veut que la majorité fasse la loi à la minorité, et rédiger le jugement dans le sens que la majorité l'entendrait (1),

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Jugement*, § 4. *Voy.* aussi ce que nous avons dit tom. VIII, n.° 129, sur la manière dont fut corrigée une erreur échappée dans la rédaction d'un arrêt de la Cour de cassation. Cet exemple peut répandre beaucoup de jour sur la matière.

sauf aux parties intéressées à l'attaquer par les voies de droit, s'il y avait lieu.

L'art. 541 du Code de procédure, conforme sur ce point à l'ordonnance de 1667 (1), porte : « Il ne » sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf » aux parties, s'il y a erreurs ou omissions, faux » ou doubles emplois, à en former leurs demandes » devant les mêmes juges. »

152. De même que les arrêts des Cours souveraines, dont on ne peut appeler, les jugemens rendus par les tribunaux de première instance, sur les matières dont la connaissance leur appartient en dernier ressort, quand même ils auraient omis de les qualifier en dernier ressort, ou qu'ils les eussent qualifiés du premier ressort (art. 453 du Code de procédure), ont, lorsqu'ils sont définitifs, une autorité de chose jugée stable et perpétuelle, aussitôt qu'ils ont été rendus, lorsqu'ils l'ont été contradictoirement. Les voies extraordinaires, pour les attaquer, telles que la requête civile, le pourvoi en cassation, n'en suspendent point l'exécution : ils ont donc l'autorité de la chose jugée, jusqu'à ce qu'ils soient réformés ou annulés. La tierce-opposition même ne suspend pas l'exécution du

---

(1) Cependant, cette ordonnance donnait l'alternative, ou de former la demande en rectification d'erreurs devant les juges qui avaient rendu la sentence, ou d'interjeter appel ; alternative que n'admet plus le Code de procédure. *Voy.* le Traité et Questions de procédure civile de notre savant collègue Carré, art. 541.

jugement contre la partie condamnée. (Art. 478 du Code de procédure.)

Mais si la partie condamnée par un tribunal de première instance, interjetait un appel fondé sur ce que le jugement n'est pas rendu en dernier ressort, il ne pourrait être exécuté avant que l'appel fût jugé.

133. Quelques auteurs ont enseigné qu'il y a des exceptions à la règle que les nullités n'ont pas lieu de plein droit (1). Il est bien difficile de trouver des exemples de ces exceptions sous l'empire de notre législation nouvelle, pourvu, néanmoins, que le jugement ait les qualités constitutives d'un jugement proprement dit.

Il faut, par exemple, pour qu'un jugement soit valable, que la condamnation qu'il prononce soit déterminée, ou du moins que si elle est incertaine par sa teneur, elle se réfère à des actes, à des titres ou à des opérations, qui en lèvent ou peuvent en lever l'incertitude. Ulpien, dans la loi 59, ff *de re judicatâ*, 42. 1, s'explique sur ce point d'une manière très-positive : *In sententiis sufficiet, si expresserit judex summam in sententiâ, solvique jusserit, vel quo alio verbo hoc significaverit.*

Le § 1 ajoute : *Amplius est rescriptum, etsi in sententiis non sit summa adjecta, si tamen is qui petit, summam expresserit, et judex ait*, solve quod

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Nullité*, § 7, n.° 5.

petitum est, *vel* quantum petitum est, *valet sententia.*

§ 2 : *Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris ità pronunciant, usuræ; si quæ competunt, vel* quæ competunt, ut præstentur, *non rectè pronunciant; debent enim de usuris quoque cognoscere, et certam facere condemnationem.*

Il faut remarquer, sur cette loi, que la condamnation de payer l'intérêt comptant, *usuræ quæ competunt*, n'avait point à Rome d'objet certain, parce que le taux de l'intérêt n'était déterminé par aucune loi; il dépendait de la convention; seulement, il ne pouvait excéder douze pour cent. Ainsi, la condamnation de payer les intérêts demeurait incertaine, comme le dit Ulpien, si elle n'ajoutait pas le taux auquel il serait payé.

L'empereur Gordien répète, à cet égard, la décision d'Ulpien, dans la loi 3, *C. de sententiâ quæ sine certâ quantitate profertur*, 7. 46 : *Hæc sententia, omnem debiti quantitatem, cum usuris competentibus solve, judicati actionem præstare non potest, cùm apud judices ità demùm sine certâ quantitate facta condemnatio, auctoritate rei judicatæ censeatur, si parte aliquâ actorum certa sit quantitas comprehensa.*

Cette loi suppose, comme la suivante, que le montant de la dette, *debiti quantitas*, était incertain : *Hæc sententia* quæ bona accepisti solve : *cùm incertum esset quid accepisset, quantumque ab eo peteretur.*

Un pareil jugement ne passerait pas en force de chose jugée, et n'empêcherait pas la partie contre laquelle il aurait été rendu, de faire prononcer de nouveau sur la contestation (1). La loi en donne pour raison qu'une pareille condamnation ne peut être mise à exécution, ni produire d'action : *judicati actionem præstare non potest.*

La même loi nous indique que si l'incertitude de la condamnation peut être levée par la relation du jugement à l'un des actes de la procédure, *si parte aliquâ actorum certa sit quantitas*, ou à un titre qui détermine le montant de cette condamnation, le jugement est valable ; par exemple, la condamnation de payer la somme portée dans la demande, *solve quod petitum est, vel quantum petitum est, valet sententia. Loi* 1, § 1, *ff de re judic.*, 42. 1.

Par exemple encore, si le jugement condamne à payer ce qui est contenu dans tel billet, tel testament, etc, *si judex aliquem sic condemnaverit, ut quod habet ex testamento vel codicillis Mævii restitueret Titio, sic accipiendum est quasi quantitatem nominavit, quæ testamento vel codicillis relicta est* (2)

Par la même raison un jugement n'est pas nul, s'il condamne une partie à des dommages-inté-

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Jugement*, § 1, n.° 10.

(2) *Junge* § 32, *Inst. de actionibus*, et *ibi* Vinn.

rêts, ou à une indemnité à dire d'experts, quoique l'objet de cette condamnation ne soit pas liquide, car il deviendra liquide par l'estimation qu'en feront des experts. *Voy.* Pothier, n°. 20.

134. Les questions que peut faire naître l'incertitude d'une condamnation naîtront rarement, sous notre législation nouvelle, qui contient des dispositions très-précises sur la manière de rédiger les jugemens. L'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, portait :

« La rédaction des jugemens, tant sur l'appel » qu'en première instance, contiendra quatre par- » ties distinctes : — Dans la première, les noms et » les qualités des parties seront énoncés; — dans » la seconde, les questions de fait et de droit, qui » constituent le procès, seront posées avec préci- » sion ; — dans la troisième, le résultat des faits » reconnus ou constatés par l'instruction, et les » motifs qui auront déterminé le jugement, seront » exprimés ; — la quatrième, enfin, contiendra le » dispositif du jugement. »

Toute contravention à ces règles emportait nullité, suivant l'art. 2 de la loi du 4 germinal an II (1). Cette discussion faisait naître beaucoup de ques-

---

(1) Cet article porte : « A l'avenir, toute violation ou omission des » règles prescrites en matière civile, par les décrets émanés des repré- » sentans du peuple, depuis 1789, quand même ils ne prononceraient » pas expressément la peine de nullité, donnera ouverture à cassa- » tion ».

tions qu'il est inutile d'examiner aujourd'hui, puisqu'on ne les verra plus renaître sous l'empire du Code de procédure, qui a beaucoup modifié la loi du 24 août 1790; il porte, art. 141 :

« La rédaction des jugemens contiendra les noms » des juges, du procureur du Roi, s'il a été en- » tendu, ainsi que celui des avoués; les noms, » professions et demeures des parties, leurs con- » clusions, l'exposition sommaire des points de fait » et de droit, les motifs et le dispositif des juge- » mens. »

135. Remarquons que cet article ne prononce plus, comme l'avait fait la loi du 4 germinal an II, la peine de nullité contre toute violation ou omission des règles prescrites par les lois antérieures, pour la rédaction des jugemens, et que d'après la disposition générale de l'art. 1030 du même Code de procédure, cette peine ne saurait être suppléée (1).

---

(1) *Voy.* le nouveau Répertoire, v.° *Jugement*, § 2, n.° 1, vers la fin; l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 août 1808, Sirey, tom. VIII, pag. 505 et suivantes, « Considérant que les articles cités du Code de » procédure (les art. 141 et 470), ne prononcent point la peine de » nullité pour les cas d'infraction à leurs dispositions ».

Enfin, la seconde chambre de la Cour royale de Rennes a jugé, par arrêt du 6 janvier 1818, qu'un jugement qui énonçait les noms d'une partie seulement, en ajoutant *et autres*, qu'il ne dénommait pas, présentait bien une contravention aux art. 141 et 142 du Code de procédure, mais qu'il n'était pas nul, attendu que ces articles ne prononcent point de nullité des jugemens qui ne sont pas conformes à leurs dispositions.

La loi du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire, confirme cette dernière disposition. L'art. 7 porte que « les arrêts des Cours » souveraines, revêtus *des formes prescrites à peine* » *de nullité*, ne peuvent être cassés que pour con- » travention expresse à la loi. »

Ainsi, principe général : Point de *nullité de forme* dans la rédaction des jugemens, si la formalité omise n'est pas prescrite *à peine de nullité.*

136. Le même article énumère les formalités prescrites à peine de nullité, en ajoutant : « Les

---

On a dit que l'art. 1030 du Code de procédure ne s'applique pas formellement aux jugemens, mais aux exploits et *actes de procédure*, et qu'il est difficile de considérer un jugement comme *un acte de procédure.*

Cette objection, purement grammaticale, ne nous paraît pas fondée. Le jugement est le dernier acte de la procédure, celui qui termine la procédure et la discussion.

D'ailleurs, en admettant que l'art. 1030 ne puisse précisément s'appliquer aux jugemens, l'art. 1041 du Code de procédure abroge toutes les lois, tous les réglemens relatifs à la procédure civile, et par conséquent la loi ou décret du 4 germinal an II. Il reste donc toujours qu'aucune loi n'a prononcé de nullité contre l'infraction des dispositions de l'art. 141 du Code de procédure, pas même la loi du 20 avril 1810. Or, le principe général, confirmé par cette dernière loi, est que les nullités ne doivent pas être suppléées. Un jugement ne peut donc être annulé par cela seul qu'il contient quelques contraventions aux dispositions dudit art. 141, à moins que ces contraventions ne soient telles, que l'acte présenté comme un jugement ne renferme pas ce qui est nécessaire pour constituer un jugement proprement dit. C'est une question abandonnée, par sa nature, à la prudence des juges.

Voy. au surplus M. Carré, Analyse des conférences sur le Code de procédure, quest. 474; Traité et Questions de procédure civile du même auteur, n.os 816 et suivans.

» arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de » juges prescrit, ou qui ont été rendus par des » juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences » de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publi- » quement, ou qui ne contiennent pas les motifs, » sont déclarés nuls. »

Voilà donc les seules nullités de droit qu'on puisse invoquer aujourd'hui contre un jugement :

1°. S'il n'a pas été rendu par le nombre de juges prescrit ;

2°. Si des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences y ont concouru ;

3°. S'il n'a pas été rendu publiquement, c'est-à-dire prononcé à l'audience ;

4°. S'il ne contient pas les motifs.

137. Il est à remarquer que la loi du 20 avril 1810 ne parle ni de la position des questions de fait et de droit, ni de l'énonciation du résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction ; et que l'art. 141 du Code de procédure, dont la violation n'emporte pas la peine de nullité, se borne à dire que les jugemens contiendront *l'exposition sommaire des points de fait et de droit*, au lieu d'astreindre les juges, comme les y astreignait la loi du 24 août 1790, à poser avec précision, dans la seconde partie du jugement, les questions de fait et de droit qui constituent le procès, et dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction ; dispositions importantes, dictées par une profonde sagesse, et qui forçaient

les juges à voter séparément sur chacune de ces questions, à éclaircir et résoudre les difficultés, les oppositions qui peuvent s'élever entre eux, sur tous les points de fait et de droit; en un mot, à se mettre bien d'accord sur les objets qu'ils ont à décider; ce qui n'est pas si simple ni aussi facile qu'on le pense.

138. Si, au lieu de démêler, dans les conclusions des parties, les points accordés des points contestés, et entre ces derniers les points de fait et de droit, qui constituent véritablement le procès, les juges se bornent à considérer la cause en masse; si, au lieu de la décomposer en ses élémens, ils ne voient, ils n'examinent que cette seule question : *La demande est-elle fondée ?* Et s'ils se croient d'accord, pour l'avoir résolue unanimement dans le même sens, ils sont exposés à se tromper. Pour peu que l'affaire soit compliquée, on peut affirmer avec probabilité que, loin d'être d'accord, chaque juge a vu et décidé un objet différent; que leur apparente unanimité cache une divergence réelle, et même qu'il est possible que le jugement soit rendu contre le vœu de la majorité.

139. Un jurisconsulte, qui réunit à des connaissances profondes la philosophie du droit, l'habitude des affaires et de la pratique, M. Bellot, membre du Conseil représentatif de Genève (1),

---

(1) Dans *l'Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le*

le prouve démonstrativement par l'exemple suivant.

On demande la nullité d'un testament sur trois moyens : 1°. le défaut de signature du testateur; — 2°. la qualité d'étranger de l'un des témoins; — 3°. l'incapacité du testateur, tirée de ce qu'il était soumis à la direction d'un conseil judiciaire.

Voyons quels sont les points accordés et les points contestés entre les parties. Elles sont d'accord sur le droit, quant aux deux premiers moyens; elles reconnaissent que le défaut de signature du testateur, s'il a pu signer, et la circonstance d'un témoin étranger, entraînent la nullité du testament.

Elles diffèrent sur le fait : le demandeur soutient que le testateur a pu signer, et que l'un des témoins est étranger; le défendeur, que le testateur n'a pu signer, et que le témoin est régnicole.

Quant au troisième moyen, au contraire, les parties sont d'accord sur le fait : le testateur avait un conseil judiciaire; mais elles diffèrent sur le droit, sur la question de savoir si la loi accorde ou refuse la capacité de tester à celui qui est soumis à la direction d'un conseil judiciaire.

Quelles sont donc les questions élémentaires dans lesquelles se résout le procès, celles que les juges ont à décider?

---

canton de Genève, pag. 72 et 216, imprimé en 1821 à Genève, chez Paschond, et à Paris, même maison de commerce, rue de Seine, n.° 48.

Deux questions de fait : — *Le testateur a-t-il pu signer? — Tel témoin est-il étranger?*

Une question de droit : — *L'individu soumis à la direction d'un conseil judiciaire est-il incapable de tester?*

La cause est portée devant un tribunal de première instance, composé de trois juges (Art. 40 de la loi du 20 avril 1810).

Le premier juge admet l'affirmative de la première question; — le second de la deuxième; — et le troisième de la dernière. Chacun d'eux soutient la négative des deux autres.

Posez la question complexe : *Le testament est-il nul?* Soumettez-la aux votes, et comptez les suffrages. Le tribunal à l'unanimité prononcera la nullité.

Mais ce résultat est trompeur. Chaque juge a résolu une question différente. Chaque moyen n'a eu qu'un suffrage. Loin d'être d'accord, les juges sont donc partagés par les opinions les plus divergentes. Loin qu'il y ait unanimité, la minorité triomphera.

En voici la preuve. Posez les questions auxquelles nous avons vu que se réduit le procès; faites voter séparément sur chacune d'elles. Chaque question sera décidée négativement par la majorité de deux voix contre une. Les trois moyens de nullité seront écartés, et le testament déclaré valide.

Ce résultat, diamétralement opposé au précédent, est le seul exact, le seul vrai, puisqu'il réunit,

sur chaque question élémentaire de la cause, une majorité évidente et réelle, sans possibilité de confusion et de méprise.

Il serait facile de multiplier les exemples, en combinant diversement le nombre des questions et celui des juges. L'exemple choisi suffit pour démontrer le danger des questions complexes et la sagesse des règles introduites par la loi du 24 août 1790. Quoique leur importance ait été méconnue par les rédacteurs de notre Code de procédure, et par ceux de la loi du 20 avril 1810, les législateurs de Genève l'ont parfaitement sentie ; ils les ont rappelées et consacrées dans la loi sur la procédure civile, pour le canton de Genève ; ils les ont même perfectionnées, en ordonnant aux juges, non seulement d'énoncer le résultat des points accordés et des points contestés entre les parties, et de poser les questions de fait et de droit, mais encore de ne passer aux questions de droit qu'après avoir décidé les questions de fait ; ce qui est en effet conforme à la raison, puisqu'un jugement n'est pas autre chose que l'application de la loi à un fait, et qu'il ne peut y avoir d'application juste, tant que le fait n'est pas déterminé, soit par les parties elles-mêmes, si elles sont d'accord sur le fait, soit, à défaut des parties, par les jurés ou juges du fait, sous les législations qui les admettent, comme en Angleterre, soit, enfin, par les juges ordinaires, sous les législations où, comme en France, les fonctions de juges du fait, et celles de juges du

droit, sont confondues et cumulées, en matière civile.

140. Le Code de procédure et la loi du 20 avril 1810 n'empêchent pas les juges de suivre encore les règles sages, prescrites par la loi du 24 août 1790, quoique leur inobservation n'emporte plus la peine de nullité. C'est même pour eux un devoir rigoureux de ne point s'en écarter, dans les cas où l'oubli de ces règles pourrait, au moyen des questions complexes, conduire, sans y penser, à un résultat contraire au vœu de la majorité.

Nous sommes loin de penser qu'un pareil scandale soit fréquemment arrivé; mais il est démontré possible, et cette seule possibilité suffit pour rester religieusement attaché aux règles établies pour le prévenir, et pour s'en tenir à la salutaire nécessité de poser avec précision les questions de fait et de droit, et de voter séparément et successivement sur les unes et les autres.

141. La rédaction des jugemens, en ce qui concerne les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions et les points de fait et de droit, est faite, suivant le Code de procédure, sur les qualités que les parties se signifient respectivement, d'après l'art. 142, qui porte :

« La rédaction (des jugemens) sera faite sur les » qualités signifiées entre les parties; en consé- » quence, celle qui voudra lever un jugement con- » tradictoire, sera tenue de signifier, à l'avoué de » son adversaire, les qualités contenant les noms,

» professions et demeure des parties, les conclu-
» sions et les points de fait et de droit. »

Ces qualités, rédigées par un avoué, doivent être laissées, pendant vingt-quatre heures, entre les mains des huissiers audienciers (143). L'avoué qui veut s'opposer, soit aux qualités, soit à l'exposé des points de fait et de droit, le déclare à l'huissier (144); et pour régler les parties sur cette opposition, il faut recourir au président (145).

Cependant, le même Code veut que les jugemens contiennent *les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit*, les motifs et le dispositif (141); que la minute du jugement soit signée par le président et le greffier, *aussitôt qu'ils sont rendus* (138); enfin, que les jugemens soient prononcés à l'audience *sur-le-champ* (116).

Comment donc se peut-il que les qualités qui, suivant l'art. 142, contiennent la désignation et les noms des parties, les points de fait et de droit (déjà jugés), les conclusions (sur lesquelles le jugement a prononcé), ne soient néanmoins rédigées qu'après le jugement rendu, prononcé, signé du président et du greffier, et qu'il faille un nouveau procès pour régler tout cela?

142. Le vice de ces dispositions incohérentes, pour ne rien dire de plus, fut signalé par plusieurs Cours; celle de Rennes était du nombre. La raison ne fut point écoutée, et rien ne fut changé.

L'absurdité de ce système a été sentie par les

étrangers, qui ont trouvé les dispositions du Code de procédure, en ce point, inutiles, dangereuses, souvent inexécutables, toujours onéreuses par les frais qu'elles entraînent. Les législateurs genevois les ont corrigées dans leur nouvelle loi sur la procédure; ils ont distingué, dans la rédaction des jugemens, deux parties : l'une, qui est l'œuvre des plaideurs, de leurs avoués ou avocats, comprend les qualités des parties et leurs conclusions, telles qu'ils les ont fait signifier avant le jugement; l'autre, qui est l'œuvre des juges, embrasse les questions de fait et de droit, posées et résolues par eux, les motifs de leur décision et le dispositif (1).

Faisons des vœux pour qu'après avoir porté la lumière chez nos voisins, nous soyons assez sages pour corriger, à leur exemple, les vices de notre législation!

143. Après avoir vu quelle est la nature de la présomption que la loi attache à la chose jugée, quelle est son autorité, et quels sont les jugemens qui ont ou n'ont pas cette autorité, il faut voir quelles sont les conditions exigées par la loi, pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée; car, en établissant en sa faveur une présomption légale de vérité, le législateur n'a pas voulu donner au magistrat le pouvoir de déterminer arbitrairement les cas où doit exister cette présomption si souvent

---

(1) *Voy.* l'Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève, par Bellot, pag. 78 et suiv.

trompeuse, à laquelle néanmoins la loi attribue tant de force; il a voulu qu'elle n'existât que par le concours simultané de plusieurs conditions. Le défaut d'une seule fait évanouir la présomption, ou plutôt l'empêche de naître. Le magistrat ne pourrait donc l'admettre sans violer la loi. Son devoir l'oblige alors de repousser l'exception de la chose jugée, pour exiger de celui qui l'invoque d'autres preuves suffisantes, sans quoi sa demande doit être rejetée.

« L'autorité de la chose jugée, dit l'art. 1351, » n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du ju- » gement. 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 par- » ties, et formée par elles et contre elles, en la » même qualité. »

Ainsi, pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée, cet article exige le concours de quatre conditions :

1°. Identité de la chose demandée;

2°. Identité de la cause sur laquelle la demande est fondée;

3°. Identité des personnes ou des parties entre lesquelles la demande est formée;

4°. Enfin, identité de qualités dans les personnes par qui ou contre qui la demande est formée.

Ces dispositions, tirées du droit romain (1), et

(1) *Cùm quæritur, hæc exceptio noceat annè, inspiciendum est an idem corpus sit. Loi 12, ff de except. rei judic., 44. 2.*

adoptées depuis long-tems en France, sont fondées sur ce droit immuable, qui est le même dans tous les tems, et chez tous les peuples civilisés, sur la raison ; elles ne sont que des conséquences nécessaires de la nature des choses ; et cependant elles ont fait, et font encore naître des difficultés assez nombreuses, quelquefois même très-sérieuses sur leur application.

144. Quant à l'identité de la chose, il est évident qu'il n'y a point de *chose jugée* à opposer à la seconde demande, si l'objet en est différent, s'il n'est plus le même que celui de la première, puisque le magistrat n'avait entendu juger, comme les parties n'avaient entendu soumettre à sa décision, que l'objet de la première demande, et non celui de la seconde : *Quæ non est deducta in judicium..., quia neque litigatores, neque judex de alio quam de argento actum intelligant. Loi* 21, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

Il faut, suivant les jurisconsultes romains, que ce soit le même corps, la même quantité, s'il s'agit de choses corporelles, le même droit, s'il s'agit de choses incorporelles, *idem corpus, quantitas eadem, idem jus.*

Quantitas eadem, idem jus. Loi 13 *ibid.*

Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum. Quæ nisi omnia concurrunt, alia res est. Loi 14 *ibid.*

Voy. aussi la loi 27 *ibid. Cum de hoc an eadem res est quæritur, hæc spectanda sunt : personæ, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis.*

145. Les changemens survenus dans le corps qui faisait l'objet de la première demande, n'empêchent pas qu'il ne soit censé le même dans la seconde, quoiqu'il ait reçu des augmentations ou éprouvé des diminutions ; par exemple, un troupeau, dont le nombre a augmenté ou diminué, fût-il réduit à une seule bête, n'en est pas moins le même corps dans la seconde action, relativement à la chose jugée par le premier jugement (1).

146. Il est encore censé que l'objet de la seconde action est le même que celui de la première, si, après avoir demandé un tout par celle-ci, je demande par la seconde une chose qui faisait partie de ce tout; par exemple, si, après avoir demandé le troupeau entier, je demande spécialement une seule des bêtes qui le composent (2); si, après avoir demandé un fonds, je demande les arbres coupés sur ce fonds ; si, après avoir demandé une maison, qui depuis a été détruite, j'en demande l'emplacement, *aream* (3), les matériaux, etc.

C'est même un principe général que toutes les fois qu'on demande, par une seconde action, quel-

---

(1) *Si petiero gregem, et victus fuero, et vel aucto, vel minuto nummo gregis, iterùm eumdem gregem petam : obstabit mihi exceptio.*

(2) *Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem. Loi* 21, § 1, *ibid.*

(3) *Si quis petierit fundum, mox arbores excisas ex eo fundo petat ; aut insulam petierit, deindè arcam, vel tigna, vel lapides. Item si navem petiero, posteà singulas tabulas vindicem. Loi* 7, *vers. item si, ff de except. rei judic.*, 44. 2.

que partie d'un tout qu'on avait demandé par une première, la chose demandée est censée la même, soit qu'il s'agisse d'un corps certain, d'une quantité ou d'un droit incorporel. Dans tous ces cas, il y a lieu à l'exception de la chose jugée.

147. Les jurisconsultes romains ont érigé en règle de droit la maxime de logique, *in tato et pars continetur* (*loi* 113, *ff de R. J.*) (1), et ils en suivent les conséquences indistinctement, soit qu'il s'agisse d'un corps, d'une quantité ou d'un droit. En effet, il y a réellement chose jugée, lorsqu'on demande par une seconde action, mais sur la même cause, une partie du tout que l'on avait demandé par une première action qui a été rejetée.

Par exemple, j'ai d'abord demandé le fonds cornelien; j'en demande ensuite une partie déterminée ou même indivise : la seconde demande est repoussée par l'exception, parce qu'elle était implicitement contenue dans la première, déjà irrévocablement jugée.

J'ai échoué dans la demande de la propriété d'un fonds; j'en demande l'usufruit par une seconde action, fondée sur la même cause. Je suis repoussé par l'exception de la chose jugée. Ma seconde de-

---

(1) C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si quis cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur, et si pars petatur ejus, quod totum petitum est; nec interest utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure.* Loi 7, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

mande était renfermée dans la première; car l'usufruit est une partie du fonds. *Loi 4, ff de usuf.*, 7. 1.

148. Ma première demande d'une somme de 20,000[f] a été rejetée. Je prétends m'être trompé; j'en demande seulement 10,000 par une nouvelle action, fondée sur les mêmes causes. Cette dernière demande est renfermée dans la première : *Manifestissimum est vigenti decem inesse. Loi 1, § 4, ff de V. oblig.*, 45. 1. En demandant 20,000[f], je demande chaque franc, chaque unité dont cette somme est composée.

149. Après avoir demandé le droit de passer sur le fonds cornelien avec chevaux et bêtes de somme, *actum*, ou même celui de passer à toute occurrence, *viam*, je me borne, par une seconde action, à demander le passage à pied, *iter*. Mais ce droit est renfermé dans celui de passer avec chevaux et bêtes de somme, *actum*, et ce dernier dans celui de passer à toute occurrence, *via*. *Qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. Via.....iter et actum in se continet. Loi 1, ff de servit. prædrust.*, 8. 3.

Dans tous ces cas, la seconde demande est repoussée par l'exception de la chose jugée, parce qu'elle était contenue dans la première, comme la partie dans le tout.

150. Pour bien appliquer cette règle, il faut voir si la première demande ne contient qu'un seul corps, ou si elle en contient plusieurs.

Si elle en contient plusieurs, par exemple, si j'ai demandé deux chevaux, tel et tel cheval, deux champs, le champ A et le champ B, après cette demande collective rejetée, je n'en puis former une seconde individuelle de l'un des chevaux, de l'un des champs. *Idem erit probandum, si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur; nam nocebit exceptio. Loi 7; loi 21, § 2, ff de except. rei jud., 44. 2.*

151. Si la première demande n'est que d'un seul corps, tout ce qui en faisait partie au moment de la demande, quand même il en serait séparé lors de la seconde, tout ce qui en est provenu, comme les fruits, les arbres coupés, le croît des animaux, les enfans mis au monde par une esclave, tous les accessoires, tout ce qui en dépend par accession, alluvion ou autrement, est censé avoir été compris dans la première demande.

Il s'était élevé du doute sur la question de savoir si l'on pouvait, sans craindre l'exception de la chose jugée, demander, par une seconde action, l'enfant qui n'était pas conçu, les fruits qui n'existaient pas encore, lors de la première action, dont l'objet était la revendication de l'esclave mère de l'enfant, ou de la chose qui a produit les fruits. En effet; comment des choses qui n'étaient pas encore *in rebus humanis*, pouvaient-elles être censées comprises dans la première demande, comme la partie dans le tout?

Ulpien répond qu'il n'en est pas moins vrai que

ces fruits sont provenus de la chose demandée par la première action, *sed ex eâ re sunt quæ petita est*, et que, par conséquent, l'exception doit être admise : *Magisque est ut ista exceptio* (1) *noceat. Loi 7, § 3, ff de except. rei jud., 44. 2.*

152. Mais le même Ulpien n'étend pas cette décision aux pierres et autres matériaux provenus d'un édifice détruit depuis la première action, parce que ces matériaux pouvaient appartenir au demandeur à un autre titre que comme faisant partie de l'édifice : *Sed in cæmentis et tignis diversum est ; nam is qui insulam petit, si cæmenta vel tigna, vel quid aliud suum petat, in eâ conditione est ut videatur aliud petere. Etenim, cujus insula est, non utiquè et cæmenta sunt. Deniquè ea quæ junctu sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest. Eâd. lege, § 2.*

Cette décision d'Ulpien est donc fondée sur ce que les fruits de la chose appartiennent nécessairement au propriétaire, et qu'au contraire, les matériaux de l'édifice n'appartiennent pas nécessairement au propriétaire de l'édifice (2).

Par les exemples que nous venons de donner, on voit comment les jurisconsultes romains, qui créèrent la science du droit, suivaient, pour ap-

---

(1) Il y a ici une négation qu'il faut retrancher, comme l'observe très-bien Godefroi sur cette loi. *Voy.* aussi la note de Pothier sur le titre du Digeste *de except. rei judic.*, n.° 8.

(2) *Voy.* le titre du Digeste *de tigno junctо*, 47. 3 ; Bouchaud, Commentaire sur la loi des douze tables, liv. 6 de la 6.e table.

pliquer l'exception de la chose jugée, la maxime de raison que *la partie est contenue dans le tout.*

153. Par la raison des contraires, il semble qu'il faut dire que l'on peut, sans craindre l'exception de la chose jugée, demander, par une seconde action, le tout dont on avait demandé quelque partie par une première, parce que le tout n'est point contenu dans la partie.

On ne trouve point, à la vérité, cette règle formellement énoncée, comme la première, dans le droit romain; mais on en trouve l'application faite aux cas qui se sont présentés

Un droit de servitude foncière, par exemple, est un démembrement de la propriété; c'en est une partie, comme nous l'avons vu dans le tom. III de cet ouvrage. Or, il est certain, en droit romain, qu'après avoir échoué dans la demande d'un droit de servitude sur le fonds titien, j'en puis demander la propriété par une seconde action. Pourquoi cela? Parce que le droit de propriété n'étant point contenu dans le droit de servitude, qui n'en est qu'une partie ou un démembrement, il est évident que la question de propriété n'a été ni pu être implicitement décidée par le premier jugement, qui n'a prononcé que sur le droit de servitude. Ce sont deux choses, deux questions différentes : *Si ante viam, deindè fundum titianum petat, quia et diversa corpora sunt, et causæ restitutionum dispares, non nocebit exceptio. Loi* 17, *de exception. et præscript.*, 44. 1.

Cette décision, fondée sur la raison, doit être suivie en droit français.

Le droit de passer à pied, *iter*, est contenu dans celui de passer avec des bêtes de somme, *actus*. *Qui actum habet, et iter habet, etiam sine jumento.* *Loi* 1, *ff de servit. præd. rust.*, 8. 3. Mais le droit de passer avec des bêtes de somme n'est point contenu dans le droit de passer à pied. On peut donc, après avoir échoué dans le droit de passer à pied, demander, par une seconde action, le droit de passer avec des bêtes de somme : *Si quis iter petierit, deindè actum petat, puto fortiùs defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc : atque ideò exceptionem rei judicatæ cessare.* *Loi* 11, § 6, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

Cette décision est adoptée par Pothier.

Après avoir demandé la propriété du fonds cornelien, j'en demande l'usufruit par une seconde action, fondée sur la même cause. Elle doit être repoussée par l'exception de la chose jugée. Loi 21, § 3, *ibid.* L'usufruit est une partie de la propriété. Loi 4, *ff de usuf., etc.*, 7. 1. Je demande donc, par la seconde action, une chose que j'avais demandée par la première.

Mais après avoir échoué dans la demande de l'usufruit, je revendique la propriété par une seconde action. Celle-ci n'est point contenue dans la première, parce que la propriété n'est point contenue dans l'usufruit. La question de propriété n'a donc point été décidée par le premier jugement;

ainsi, point d'exception de la chose jugée contre la seconde demande.

154. Il est pourtant vrai que l'usufruit ou le droit de jouir, demandé par la première action, faisant partie de la propriété, je paraîtrai, si elle m'est adjugée, avoir, par le second jugement, quelque chose que me refusait le premier. Mais remarquez bien que ce ne sera plus au même titre : je ne l'aurai point comme objet de ma seconde demande, qui n'en parle point, ou en vertu de la disposition du second jugement, qui n'en parle pas davantage; mais seulement comme accessoire de l'objet principal et unique de ma seconde demande : ce qui fait que la chose demandée par la seconde action n'est plus la même; que l'objet du second jugement est différent de l'objet du premier.

Je vous avais demandé, d'abord, l'usufruit du fonds cornelien. C'était bien le droit d'en jouir que je demandais ; mais c'était à titre de servitude personnelle, puisque je ne demandais pas la propriété.

Je vous demande ensuite le fonds cornelien. Il est bien évident que ma seconde demande n'a plus le même objet que la première : *Potest dici alia esse.* Si elle est accueillie par le second jugement, j'aurai bien le droit de jouir du fonds cornelien ; mais ce droit ne sera pas une servitude; il ne sera que l'exercice de mon droit de propriété. Vous ne pouvez, pour m'en empêcher, invoquer le jugement qui a rejeté ma première demande, puisque ce jugement ne vous accorde rien à vous-même Le se-

cond m'adjuge la propriété : donc j'ai le droit de jouir. Où est votre titre pour m'enlever ce droit?

Éclaircissons ceci par un passage de Pomponius.

Il commence par dire, comme nous l'avons dit après lui, qu'après avoir demandé la propriété on ne peut demander l'usufruit (1). Mais, ajoute-t-il, si, ayant d'abord échoué dans la demande de l'usufruit, et ensuite acquis la propriété, je demande une seconde fois l'usufruit, on peut dire que ce n'est plus la même chose que j'avais demandée d'abord; car l'acquisition de la propriété a fait cesser le premier usufruit, et m'en a conféré un autre qui m'appartient à un nouveau titre, par droit de propriété (2).

155. Ce raisonnement est également applicable à un corps physique. J'ai échoué dans la demande du champ A, l'une des dépendances du domaine cornelien. Je vous demande, par une seconde action, le domaine entier et ses dépendances. Si ma demande est accueillie, j'aurai sans doute le champ A. Vous ne pouvez le retenir en vertu du

---

(1) *Si fundum meum esse petiero, deindè posteà usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illâ causâ, ex quâ fundus meus erat, meus sit : exceptio mihi obstabit. Quia qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest. Loi* 21, § 3, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

(2) *Sed si usumfructum, cùm meus esset, vindicavi, deindè proprietatem nanctus, iterùm de usufructu experiar : potest dici alia res esse. Quoniam, postquàm nanctus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova causâ rursùs meus esse cœpit. Ibid.*

jugement qui rejeta la demande particulière que j'en faisais; car ce jugement ne vous en attribue pas la propriété; il rejète seulement ma demande particulière. Ce champ m'appartient aujourd'hui à un autre titre, comme dépendance du domaine cornelien, qui m'est adjugé en entier contre vous.

Ces exemples font voir que si, par une juste conséquence de la maxime, la partie est contenue dans le tout, on oppose l'exception de la chose jugée aux demandes qui ont pour objet quelque partie du tout, qui était l'objet d'une première action, cette exception ne peut être opposée à celui qui demande, par une seconde action, un tout dont quelque partie était l'objet de la première, parce que, si la partie est contenue dans le tout, le tout n'est pas contenu dans la partie.

156. Voici encore un exemple de l'application de cette dernière maxime :

La propriété renferme essentiellement le droit de posséder (1); mais le droit de possession ne renferme pas le droit de propriété; il le fait seulement présumer. J'ai, par une première action, demandé la possession du fonds cornelien; je puis en réclamer la propriété par une seconde : *Si quis interdicto egerit de possessione, posteà in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio in actione proprietas vertitur. Loi* 14, § 3, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

---

(1) *Voy.* tom. III, n.° 79.

C'est aussi l'une de nos plus anciennes maximes, en droit français, qu'après avoir échoué dans l'action possessoire, on peut former l'action pétitoire, parce que la seconde n'est point renfermée dans la première. Cette maxime a été de nouveau consacrée par un arrêt de rejet, rendu par la Cour de cassation, le 17 février 1800, par la considération « qu'un arrêt rendu au pétitoire ne saurait violer » l'autorité de la chose irrévocablement jugée, par » des sentences qui n'ont prononcé que sur le pos- » sessoire » (1), parce qu'en effet, la question de propriété n'est et ne peut être jugée par des sentences qui ne prononcent que sur le possessoire.

Ainsi donc, règle générale : L'exception de la chose jugée ne peut être opposée à la demande d'un tout, dont quelque partie était l'objet d'une première demande, rejetée par un premier jugement.

157. Il peut se rencontrer des exceptions à cette règle ; quelle est la règle qui n'en a point ? Mais, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception de la chose jugée, les jurisconsultes les plus instruits posent en principe que, s'il y a du doute, s'il existe quelque raison plausible de dire que les choses ou les personnes ne sont pas les mêmes, les juges doivent rejeter (2) l'exception de la chose jugée, dont l'au-

---

(1) Sirey, tom. IX, pag. 327.

(2) Voët, sur le titre du Digeste *de except. rei judic.*, n.° 7.

Quod si alioqui sanâ ratione dici qucat, res aut personas non esse eas-

torité n'est fondée que sur une vérité fictive et présumée, trop souvent trompeuse.

158. Le doute cesse, si la nouvelle demande est fondée sur une autre cause que la première. L'exception de la chose jugée ne peut alors être opposée, quoique l'objet des deux demandes soit le même, et qu'il s'agisse du même corps, quoique la contestation soit entre les mêmes personnes; car, il est alors évident que la question jugée et la question à juger sont différentes. On peut dire, suivant Pomponius (1), que la chose elle-même est différente : *Potest dici alia res esse.*

Après avoir succombé dans la demande d'un usufruit que je prétendais m'appartenir à titre de servitude, j'ai acquis le fonds : je puis demander l'usufruit, qui fait partie de la propriété, et en vertu de mon droit de propriété. Cet usufruit n'est plus la même chose que la servitude que je demandais d'abord. *Voy. suprà*, n°. 147.

Nous avons vu qu'après avoir échoué dans la demande de la propriété d'un fonds, on n'en peut demander l'usufruit par une seconde action fondée sur la même cause. On le peut, si la cause est différente. Deux époux se font mutuellement don, par leur contrat de mariage, de l'usufruit de moitié de leurs biens. Pendant le mariage, ils se lèguent

---

dem, judices non debent, nec quæ solent esse difficiles in rejiciendâ exceptione rei judicatæ.

(1) Loi 21, § 3, *in fine, ff de except. rei judic.*, 44. 2.

cette même moitié de biens en pleine propriété. L'époux survivant peut demander l'usufruit de la moitié des biens du prédécédé, en vertu du don contenu dans son contrat de mariage, quoiqu'il ait échoué dans sa demande de propriété de la même moitié, *et vice versâ*. La cause n'étant plus la même, on ne peut lui opposer l'exception de la chose jugée (1).

159. Je vous ai demandé le fonds cornelien, sur le fondement que Titius me l'avait vendu. Un premier jugement a rejeté ma demande et annulé le contrat. J'en forme une seconde, fondée sur ce que votre père m'a légué le même fonds par son testament. La validité de ce legs n'a pas été jugée ni préjugée par le premier jugement ; car elle n'avait pas été soumise à la décision du magistrat.

Le fonds sempronien m'avait été légué par Titius, mais sous condition (2). En attendant, je l'achète d'une autre personne que l'héritier, auquel j'en fais la demande en vertu de mon contrat, parce que je le trouve en possession. Ma demande est rejetée. La condition sous laquelle le même fonds m'avait été légué vient à s'accomplir. Je forme une nouvelle action, fondée sur le legs que m'a fait Titius.

---

(1) Ainsi décidé par arrêt de la Cour de cassation, du 21 vendémiaire an XI ; Sirey, tom. III, 2.e part., pag. 586.

(2) Loi 11, § 4, *in fine*, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

La chose demandée est la même, les personnes sont les mêmes : cependant il n'y a pas lieu à l'exception de la chose jugée. La question que je présente à juger est très-différente de la première. S'il a été jugé que je n'étais pas propriétaire du fonds sempronien, en vertu de mon contrat, il n'a été ni pu être jugé, ni préjugé, que je ne le suis pas devenu par l'effet du legs et de l'accomplissement de la condition. Cette question n'a pas même été portée en jugement.

La règle générale est donc que l'exception de la chose jugée ne peut jamais être opposée à la seconde demande, si elle n'est pas fondée *sur la même cause* que la première, quoique, d'ailleurs, l'objet des deux demandes soit le même, et que la demande soit entre les mêmes parties. (Art. 1351 du Code civil).

160. Cette règle paraît fort simple, et cependant son explication, ainsi que son application, n'est point sans difficultés. Sans doute c'est par la comparaison du libelle des deux demandes qu'on peut juger si la seconde est fondée sur la même cause que la première. Nos lois anciennes, ainsi que nos nouvelles, exigent impérieusement que toute citation en justice, tout exploit d'ajournement, contienne l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens. (Art. 1 et 61, Code de procédure).

161. Mais il ne faut pas confondre la cause de la demande avec les moyens de la prouver. Cette confusion serait une grande erreur. Que faut-il donc

entendre par la cause de la demande, *causa petendi?* car le mot est un peu vague. Il importe beaucoup d'en déterminer le sens précis. C'est, dit Neratius, la cause prochaine de l'action, *causa proxima actionis* (1), et non pas l'espèce ou le genre d'action qu'un plaideur choisit pour demander en justice la chose qu'il réclame; car deux actions différentes peuvent avoir la même cause; la même cause peut produire plusieurs actions. Si la chose demandée est la même, la seconde action, quoique différente de la première, doit donc être repoussée par l'exception de la chose jugée, si elle est fondée sur la même cause : *De eâdem re agere videtur, et qui non eâdem actione agat, quâ ab initio agebat, sed etiam si aliâ experiatur, de eâdem tamen re..... Cæterùm cùm quis actionem mutat, et experitur, dummodò de eâdem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de eâ re agere.* *Loi* 5 *eod.* (2)

162. Cette différence, entre la cause de l'action et le genre ou l'espèce de l'action, va s'éclaircir par des exemples. En voici un premier, que nous tirons du droit romain, parce qu'il nous paraît l'un des plus propres à rendre notre pensée sensible :

---

(1) Loi 25, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

(2) Il faut voir aussi la loi 7, § 4, *eod.*

Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel (id est etiam) *alio genere judicii.*

Nous avons expliqué, tom. VI, n°. 13, les idées des Romains sur les pactes ou conventions, et sur les contrats. Nous y avons vu que les stipulations qu'ils appelaient contrats verbaux, *verborum obligationes*, n'étaient pas autre chose que la formule de l'interrogation et de la réponse, appliquée à une convention quelconque. Voulez-vous telle chose? Je le veux. Cette formule, très-indifférente à nos yeux, parut, aux anciens Romains, nécessaire pour s'assurer qu'une convention était faite avec réflexion, *serio et deliberato animo*. Elle avait l'effet important de produire une action particulière, *actio ex stipulatu*. On avait donc coutume de revêtir de cette formule la plupart des contrats, ceux même qui, tels que le contrat de vente, produisaient une action par eux-mêmes; car ce n'était pas un médiocre avantage, à Rome, d'avoir plusieurs actions pour demander la même chose en justice. Si donc on ajoutait à un contrat de vente la formule de la stipulation, il produisait deux actions, l'action *ex empto* ou *ex vendito*, et l'action *ex stipulatu*.

Cela posé, après avoir échoué, par un motif quelconque, dans l'action *ex empto*, intentée contre Titius, qui m'avait vendu le fonds cornelien, puis-je former contre lui l'action *ex stipulatu?*

La négative est incontestable, car je ne fais, suivant l'expression d'Ulpien, que changer d'action: *Actionem muto*. La cause de ma demande, *causa proxima actionis*, est dans la seconde demande,

comme dans la première, le consentement qu'a dû donner Titius à la vente du fonds cornelien, que je soutiens qu'il m'a consentie. C'est ce consentement qui est la cause prochaine de l'action *ex empto;* c'est ce même consentement qui est aussi la cause prochaine de l'action *ex stipulatu*. C'est une chose évidente. La formule de l'interrogation et de la réponse n'ajoute point une nouvelle cause à la vente; elle y ajoute seulement une nouvelle espèce ou un nouveau genre d'action (1). La question que présente à juger la seconde action, comme la première, est toujours la même, savoir : si Titius a valablement consenti à me vendre le fonds cornelien.

Ainsi, la question et la chose demandée sont les mêmes, les personnes sont les mêmes, la cause prochaine de l'une et de l'autre action est la même: la seconde doit donc être repoussée par l'exception de la chose jugée. *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem per-*

---

(1) Pothier s'est donc trompé, quand il a dit, dans ses Pandectes, *hoc titulo*, n.° 12, que l'action *ex causâ empti*, et l'action *ex causâ stipulationis*, forment une cause nouvelle : *Alia etiam petendi causa est, si qui rem sibi tanquàm ex certâ causâ debitam petiit, putà ex causâ empti, eam postea tanquàm ex aliâ causâ, putà ex causâ stipulationis sibi debitam petat.*

La stipulation n'était point une cause; ce n'était, comme nous l'avons déjà dit, qu'une simple formule, qui pouvait servir de lien commun à toutes les obligations, mais qui n'était point obligatoire, si elle n'avait pas une cause légitime. *Voy.* Heineccius, *Antiq. roman., lib.* 3, *tit.* 16, n.° 14.

sonas eadem quæstio revocatur, vel (1) *alio genere judicii. Loi 7, § 4, eod.*

163. La garantie des défauts cachés de la chose vendue nous offre un second exemple, commun au droit romain et au droit français, pour faire sentir la différence réelle qui existe entre la cause de l'action, et le genre ou l'espèce de l'action.

On appèle *vices redhibitoires* les défauts cachés de la chose vendue, qui l'empêchent d'être propre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'eût pas acquise, ou n'en eût pas donné le même prix, s'il les eût connus (1641).

Ces vices donnent lieu à deux actions :

1°. L'action redhibitoire proprement dite, par laquelle l'acheteur demande la résolution de la vente, la restitution du prix, et même, en certains cas, des dommages et intérêts;

2.° L'action que les Romains appelaient *quanti minoris*, par laquelle l'acheteur ne demandait pas la résolution de la vente, mais seulement la restitution d'une partie du prix, proportionnée à la moins value que les défauts cachés donnaient à la chose vendue.

L'art. 1644 du Code civil, de même que le droit romain, laisse à l'acheteur le choix d'exercer l'une ou l'autre de ces actions; mais s'il a choisi la der-

---

(1) *Id est*, etiam.

nière, et qu'elle ait été rejetée par un jugement, le droit romain décide nettement qu'il ne peut plus former l'action redhibitoire, pour faire condamner le vendeur à reprendre la chose. Cette seconde action, quoique d'une autre espèce, quoique les conclusions en soient différentes, n'en doit pas moins être repoussée par l'exception de la chose jugée; car l'acheteur ne fait que changer d'action, *actionem mutat.* La cause de la seconde action, *causa proxima actionis*, est la même que celle de la première. Ce sont les vices redhibitoires, les vices cachés de la chose vendue, que le vendeur est toujours censé avoir connus, et qu'il doit garantir. La question à juger dans la seconde action est donc la même que la question jugée dans la première. La chose vendue a-t-elle des vices cachés que le vendeur doive garantir? Cette question a déjà été jugée par le premier jugement : le demandeur ne fait donc réellement que changer d'action ; après avoir exercé l'action *quanti minoris*, il ne peut donc plus former l'action redhibitoire, *et vice versâ.*

Est in potestate emptoris, intra sex menses redhibitoriâ agere mallet, an eâ quæ datur quanti minoris homo, cùm væniret, fuerit; nam posterior actio etiam redhibitionem continet; si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Quare verè dicetur eum, qui alterutrâ earum egerit, si alterâ posteà agat, rei judicatæ exceptione summoveri. Loi 25, § 1, *ff eod.*

Notre Code n'a point de disposition qui défende

de revenir à l'une de ces actions, après avoir épuisé l'autre; mais comme elles sont empruntées du droit romain, et que la raison de décider est la même en droit français, c'est-à-dire l'identité de la cause prochaine des deux actions, la décision doit aussi être la même.

164. Nous trouvons, dans l'espèce d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 27 août 1817, l'exemple d'une seconde action formée entre les mêmes personnes, ayant le même objet qu'une première action rejetée par un jugement, et qui n'en fut pas moins admise, parce que la cause des deux actions, ni les questions à juger, n'étaient point les mêmes. Voici l'espèce de cet arrêt, qui peut répandre du jour sur plusieurs points relatifs à l'exception de la chose jugée :

Les mariés Sallenave et la demoiselle Hureaux, leur sœur et belle-sœur, étaient en procès sur le partage des biens dépendans de la succession de la mère commune, et sur la fixation de la légitime paternelle. La demoiselle Hureaux vendit, pendant la litispendance, à Chegaray, son avocat, deux maisons situées à Bayonne, et dépendantes des successions des père et mère communs.

Le 20 floréal an XIII, elle transigea avec sa sœur et son beau-frère, et leur abandonna, aux conditions convenues, les biens dépendans des successions des père et mère communs.

En 1806, Sallenave et son épouse, cette dernière procédant en qualité de *cohéritière* de la de-

moiselle Hureaux, dans la succession maternelle, et de *légitimaire*, dans la succession paternelle, prétendirent faire annuler le contrat de vente des deux maisons vendues à Chegaray, sur le fondement qu'il était acquéreur de droits litigieux, et sur ce qu'il était avocat et conseil de la demoiselle Hureaux pendant le litige. Ils demandaient qu'il fût condamné de leur abandonner les deux maisons vendues, sans indemnité ou remboursement du prix.

Condamné en première instance, Chegaray se rendit appelant. La demoiselle Hureaux intervint sous l'appel, et conclut, comme lui, à ce que la demande en nullité de la vente des deux maisons fût déclarée non recevable, en tous cas mal fondée.

Le 8 mars 1809, la Cour de Pau rendit un arrêt qui déclara les mariés Sallenave non recevables dans leur demande en nullité, sur le motif,

1°. que la dame Sallenave n'avait aucun droit de légitime paternelle sur l'une des maisons, qui, par la Coutume de Bayonne, était dévolue à la demoiselle Hureaux;

2°. Que la seconde maison était un acquêt de la communauté;

3°. Qu'ayant transigé avec la demoiselle Hureaux, sans réserver aucun droit sur les deux maisons, ils n'avaient pas le droit d'en critiquer la vente.

Les mariés Sallenave formèrent une seconde action contre Chegaray, et soutinrent que la vente

était simulée ; qu'elle n'était en réalité qu'un simple engagement. Ils offrirent le remboursement du prix de 20,000ᶠ, et demandèrent que Chegaray leur abandonnât la jouissance des deux maisons. Chegaray opposa l'exception de la chose jugée.

Mais, sans avoir égard à cette exception, qu'elle trouva mal fondée, la Cour de Pau condamna, en 1815, Chegaray au délaissement des maisons, avec restitution des fruits du jour du contrat, et les mariés Sallenave, suivant leurs offres, à la restitution des 20,000ᶠ avec les intérêts légitimes, frais et accessoires de la vente, et du prix des améliorations qui se trouveraient vérifiées.

Chegaray se pourvut en cassation ; mais, par arrêt du 27 août 1817, la Cour rejeta son pourvoi :

« Attendu que, lors du procès terminé par l'ar-
» rêt de 1809, la demande de la nullité de la vente
» faite à Chegaray, était fondée sur ce que les mai-
» sons vendues étaient litigieuses, et sur ce que
» Chegaray avait été, pendant le litige, l'avocat et
» le conseil de la demoiselle Hureaux ;

» Que dans le procès actuel, la demande en nul-
» lité a été, au contraire, fondée sur ce que le pré-
» tendu contrat de vente n'était qu'un simple en-
» gagement ;

» Que, par conséquent, *la même cause* n'a pas
» été le fondement des deux demandes ;

» Attendu en second lieu que, dans le premier
» procès, la dame Sallenave avait procédé *en qua-*

» *lité de cohéritière* et de *copropriétaire* des deux » maisons dont il s'agit;

» Que dans la cause actuelle, elle a procédé, au » contraire, comme *cessionnaire* de sa sœur, en » vertu de la transaction du 20 floréal an XIII;

» Que, par conséquent, il a été procédé dans les » deux procès en des qualités différentes;

» Attendu que la Cour royale de Pau a reconnu, » d'après les faits, d'après les actes de la procé- » dure et d'après toutes les circonstances de la » cause, que la vente desdites maisons avait été si- » mulée, et que le contrat n'était, dans la réalité, » qu'un simple engagement;

» Que la Cour de Pau, lors de l'arrêt de 1809, » n'a eu à décider et n'a réellement décidé que la » question de savoir si Chegaray, avocat et conseil » de la demoiselle Hureaux, avait pu acquérir les » maisons;

» Que, lors de l'arrêt de 1809, la simulation de » la vente n'ayant pas fait l'objet du litige, n'a été » ni pu être décidée par cet arrêt;

» Que c'est pour la première fois qu'il a été fait » droit, par l'arrêt de 1815, sur la nullité du con- » trat du 29 ventôse an VII, comme ne conte- » nant, dans la réalité, qu'un simple engage- » ment;

» Qu'en rejetant l'exception tirée de la préten- » due autorité de la chose jugée, la Cour royale de » Pau n'a, par conséquent, violé aucune loi. »

165. Mais si la seconde action, formée entre les

mêmes parties et pour la même chose, ne peut être repoussée par l'exception de la chose jugée, lorsqu'elle est fondée sur une cause différente, cette maxime ne doit s'entendre, comme nous l'avons dit, que de la cause prochaine de l'action, *causa proxima actionis*, dit Neratius.

Il en serait autrement, si la nouvelle action n'était fondée que sur un nouveau moyen de prouver la cause prochaine, commune aux deux actions; car le moyen de prouver la cause n'est pas la cause. Les demandes en rescision des contrats nous en offrent des exemples. La cause prochaine de l'action en rescision, est le défaut de consentement, et la nullité du contrat qui en résulte. Or les vices qui annulent le consentement sont l'erreur, la violence, le dol, etc. Ce sont des causes de nullité, disent les art. 1110, 1111, 1116 du Code civil. Je demande que tel contrat soit rescindé. Pourquoi? Parce qu'il est nul, faute de consentement valable. La cause première, la cause prochaine de ma demande, est donc la nullité qui résulte du défaut de consentement. Reste à prouver la cause qui annule mon consentement, sauf l'erreur, la violence, le dol, etc., qui sont les moyens de prouver le défaut de consentement.

Toute action en rescision est donc fondée sur ce raisonnement, implicitement, mais nécessairement renfermé dans la demande : Tout contrat est nul, s'il n'y a pas eu de consentement valable. Le consentement n'est pas valable, s'il a été donn

par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol.

Or, le consentement que j'ai donné à tel contrat n'a été donné que par erreur : donc le contrat doit être rescindé.

Cela posé, si, après avoir succombé dans la demande en rescision d'un contrat, fondée sur l'erreur, je forme une nouvelle action en rescision, fondée sur la violence ou la crainte, elle doit être repoussée par l'exception de la chose jugée; car elle n'est pas fondée sur une cause nouvelle, mais sur un nouveau moyen de prouver la cause prochaine, commune aux deux actions, le défaut de consentement valable, question déjà déduite en jugement. Or, je ne suis pas recevable à former une seconde action sur un moyen nouveau, mais seulement sur une nouvelle cause.

166. Appliquons ce principe à un genre de nullité autre que le défaut de consentement; par exemple, aux nullités de droit provenant des vices de forme. On m'oppose un contrat authentique, reçu par un notaire et deux témoins. Je l'attaque pour cause de nullité, fondée sur la minorité de l'un des témoins. Le jugement rejète ma demande. J'en forme une seconde, fondée sur ce que l'autre témoin est un étranger, qui ne jouit point en France des droits civils. Cette seconde demande doit être repoussée par l'exception de la chose jugée. Ce n'est point sur une nouvelle cause que j'ai fondé ma seconde demande, mais sur un nouveau moyen.

La cause prochaine, tant de ma première que de ma seconde action, est la nullité de droit de l'acte; nullité résultant d'un vice de forme. Cette nullité déduite en jugement et rejetée, n'y peut plus être remise une seconde fois sur un autre moyen de nullité, ou sur un vice de forme autre que celui que j'ai d'abord proposé.

Cette doctrine a été sagement appliquée, par la Cour de Colmar, dans l'espèce que nous venons de proposer. Erhard avait attaqué un acte d'obligation passé devant notaire, pour cause de nullité, parce que l'un des témoins était mineur. Un premier arrêt avait rejeté sa demande. Il en forma une seconde par exception, et la fonda sur ce que l'autre témoin était étranger.

Le tribunal de première instance, croyant voir une nouvelle cause dans le second moyen, admit l'exception; mais son jugement fut réformé par arrêt du 17 juillet 1816 (1), par le motif que la nullité prétendue de l'obligation notariée avait été rejetée par un premier arrêt; « qu'ainsi, l'obliga-» tion est défendue par l'autorité de la chose jugée, » et que l'intimé n'avait pu, sans y porter atteinte, » remettre en question cette nullité, sous prétexte » d'un autre vice de forme que celui qu'il avait » d'abord objecté; que la simple proposition d'un » nouveau moyen ne constitue pas une nouvelle

(1) Rapporté par Sirey, tom. XVII, 2.e part., pag. 409.

» cause de demande ou d'exception ; que les cas » rares où une partie peut, par des moyens qu'elle » aurait omis de produire, faire rétracter les arrêts » ou jugemens en dernier ressort, sont énoncés » parmi les ouvertures de requête civile, etc. »

Cet arrêt nous paraît du nombre de ceux qui doivent fixer la jurisprudence, parce qu'il est conforme aux vrais principes, et qu'en les appliquant, il les fixe. *Judicia sunt anchoræ legum.* Un moyen nouveau, quel qu'il soit, n'est jamais une cause suffisante pour renouveler une demande rejetée par un premier jugement. Une pièce décisive ne suffirait pas, quand même elle serait recouvrée depuis le jugement, si elle n'était pas retenue par le dol de l'autre partie : *Sub specie novorum instrumentorum, posteà repertorum, res judicatas restauri exemplo grave est. Loi 4, Cod. de re judic.*, 7. 52.

On trouve la confirmation de ces principes dans un arrêt de la Cour de cassation, dont voici l'espèce : Condamnés par un jugement arbitral, sur lequel avait été donnée une ordonnance *d'exequatur* par l'un des magistrats de la Cour de Grenoble, Prat et Gerard y formèrent opposition, et en demandèrent d'abord la nullité, uniquement sur ce que les arbitres avaient dû prononcer plus de trois mois après leur nomination. Ce moyen fut rejeté par un arrêt du 12 août 1816.

Prat et Gerard attaquèrent de nouveau le jugement arbitral, par une action fondée sur ce qu'il

aurait dû être déclaré exécutoire par le président du tribunal de Briançon, et non par un magistrat de Grenoble, qui était sans pouvoir pour donner l'ordonnance d'*exequatur*. Ce nouveau moyen fut accueilli par un arrêt de la même Cour de Grenoble, du 8 février 1818, par le motif que le moyen de nullité, fondé sur le défaut de pouvoir de l'auteur de l'ordonnance d'*exequatur*, n'ayant pas été agité ni proposé, lors du premier arrêt de 1812, on ne pouvait opposer l'autorité de la chose jugée.

Mais ce second arrêt fut annulé par la Cour de cassation, le 29 janvier 1821, par le motif que ces deux actions étaient fondées sur *la même cause*, sur la nullité de l'ordonnance d'*exequatur*.

Et que si, dans l'une, l'on avait fait valoir une nullité non opposée dans l'autre, et que par suite les deux arrêts jugent des questions différentes, tout ce qui en résulte, c'est qu'aux deux époques les parties n'ont pas proposé les mêmes moyens;

« mais qu'il est constant, en droit, que l'identité » de moyens n'est pas nécessaire pour constituer » l'exception de la chose jugée; qu'elle se compose » de trois élémens qui se rencontrent dans l'es- » pèce : d'où il suit que l'arrêt a violé les art. 1350, » 1351 et 1352 du Code civil. » (1)

---

(1) Sirey, tom. XXI, 1.re part., pag. 309. Un autre arrêt de la Cour de cassation, du 21 juin même année 1821, a décidé que deux actions, l'une sur la révocation d'une donation par survenance d'en-

167. Mais ces principes ne nous paraissent point applicables au cas de deux demandes successives, fondées l'une et l'autre sur des nullités d'un genre différent; par exemple, après avoir échoué dans l'action en nullité d'un contrat pour vice de forme, je puis former l'action en rescision. L'une de ces actions n'est point un moyen de prouver la cause de l'autre. Elles sont fondées sur des causes essentiellement différentes.

La cause de la première est la nullité de l'acte prononcée par la loi, pour l'inobservation de telle ou telle formalité.

La cause de la seconde est la nullité de la convention résultant du défaut de consentement, donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol, etc.

L'action en nullité, pour vice de forme, n'attaque que l'acte destiné à servir de preuve à la convention, acte qui peut être nul, quoique la convention soit valide.

L'action en rescision n'attaque que la convention; elle l'attaque dans son essence même, sans critiquer, sans attaquer l'acte destiné à lui servir de preuve, et qui peut être valide, quoique la convention soit nulle.

---

fans, l'autre en réduction de la même donation à la portion disponible, ont une cause différente, et que le jugement rendu sur la première action ne pouvait avoir l'autorité de la chose jugée dans la seconde. Sirey, *ibid.*, pag. 341.

L'action en rescision n'est donc pas, sans contredit, fondée sur la même cause que l'action en nullité; c'est une chose évidente; et dès lors, l'article 1351 ne permet pas de lui appliquer l'exception de la chose jugée par l'arrêt ou le jugement qui a rejeté l'action en nullité. Ce n'est plus la même question qu'il s'agit de juger. C'est une question tellement différente qu'elle ne pourrait pas être proposée en Cour d'appel, si elle ne l'avait pas été en première instance, quoiqu'on puisse, sous le cours de l'appel, proposer des moyens nouveaux, omis devant le tribunal de première instance (1); mais on n'y peut proposer une question nouvelle, parce que ce serait priver l'autre partie d'un degré de jurisdiction.

168. L'action en résolution d'un contrat quelconque, d'une vente, par exemple, en vertu d'une clause résolutoire, exprimée ou sous-entendue dans le contrat (1184); l'action redhibitoire, ou *quanti minoris*, pour vices cachés de la chose vendue (1641); la demande en résiliation d'un bail, faute de garnir la maison de meubles (1752), ou l'héritage rural de bestiaux et des ustensiles aratoires (1766), ou même pour dégradations, sont des actions différentes, qui n'ont point entre elles une cause commune. Elles n'ont point non plus

(1) Nous ne porterons pas plus loin, ici, la comparaison entre l'action en nullité et l'action en rescision; on peut voir ce que nous avons dit tom. VII, n.° 526, pag. 619 et suiv.

la même cause que la demande en nullité, ou que la demande en rescision, pour vices du consentement donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Cette rescision n'a point encore la même cause que la rescision d'une vente pour lésion des sept douzièmes, fondée sur la disposition expresse de l'art. 1674, et non sur les vices du consentement, quoique la vilité du prix puisse quelquefois aider à prouver la surprise.

Ainsi, après avoir échoué dans l'une de ces actions, on peut, lorsque deux ou plusieurs concourent dans la même personne, exercer l'une après l'autre, sans craindre de se voir repoussé par l'exception de la chose jugée sur la première demande formée, parce que c'est une nouvelle action, fondée sur une cause qui n'est plus la même; c'est une autre question, une autre demande qu'on présente à juger.

C'est en conséquence de ces principes, que la Cour de cassation a décidé qu'on ne peut, en cause d'appel, convertir la demande en nullité d'un bail, portée devant le tribunal de première instance, qui avait déclaré le bail *nul et comme non avenu*, en demande en résiliation, quoique d'ailleurs le demandeur eût fait valoir, mais sans y avoir *conclu*, des moyens qui étaient de nature à favoriser une demande en résiliation.

Et qu'une demande en *nullité* de partage, formée pour cause de dol en première instance, ne pouvait également être, sous l'appel, convertie en

demande en rescision, pour cause de lésion, parce que ce serait contrevenir à l'art. 464 du Code de procédure, conforme en cela à la loi du 3 brumaire an II, qui défend de former, en cause d'appel, aucune nouvelle demande.

La première question a été décidée par un arrêt du 8 frimaire an X, dont on peut voir l'espèce détaillée dans le Répertoire, v°. *Nullité*, § 9. Il suffit ici de rapporter les termes du considérant, relatif à la question qui nous occupe :

« Considérant qu'une demande en nullité est » toute autre chose qu'une demande en résilia- » tion ; que la première attaque l'acte en soi, dans » sa forme ou dans son essence, tandis que la deu- » xième, au contraire, le suppose originairement » valable, et ne tend qu'à le priver d'effets à l'ave- » nir, pour causes étrangères à son essence ou à sa » forme, et survenues depuis sa date ; qu'une de- » mande *en résiliation* est une demande *principale*, » qui doit être introduite selon les formes pres- » crites pour les demandes principales, et être ca- » ractérisée par des conclusions expresses ; que les » *moyens* sont essentiellement distingués des *con-* » *clusions*, par l'art. 1^er^. de l'ordonnance de 1667, » qui veut que *les ajournemens et citations, en toutes* » *matières et en toutes jurisdictions, soient libellés,* » *contiennent les* CONCLUSIONS, *et sommairement les* » MOYENS *de sa demande* (1) ;

(1) Le Code de procédure civile dit, art. 61 : « *L'objet* de la de- » mande, l'exposé sommaire des *moyens* ».

» Que, dans l'espèce, l'administration n'avait » jamais *conclu* à la *résiliation* du bail du 20 floréal » an IV; que, devant les premiers juges, elle s'é- » tait bornée à requérir que ce bail, et celui du 20 » mars 1792, fussent *déclarés nuls et comme non* » *avenus;* que le jugement du 12 brumaire an IX » avait prononcé conformément à ces conclusions » et dans les mêmes termes; que, sur l'appel, elle » avait requis purement et simplement l'exécution » de ce jugement; ce qui ne constituait, comme en » première instance, qu'une demande *en nullité;* » que si elle avait fait valoir des raisons qui étaient » de nature à être proposées à l'appui d'une de- » mande en résiliation, elle ne les avait toutefois » employées que comme moyens propres à faire » confirmer ce jugement, et que ce fait a été for- » mellement reconnu par le tribunal d'appel lui- » même;

» Que néanmois, dans son jugement du 8 fri- » maire an X, ce tribunal a dénaturé la cause qui » lui était soumise, en transformant les *moyens* en » *demande en résiliation*, et a déclaré en consé- » quence résolu le bail des mines de la Machine, » du mois de floréal an IV, en quoi il a commis un » excès de pouvoir..... La Cour casse et annule » pour excès de pouvoir, etc. »

La seconde question a été décidée par un arrêt du 5 novembre 1807, rapporté au même endroit, et dont voici l'espèce :

Le tribunal de première instance de Coulou-

miers avait déclaré non recevable la demande en nullité d'un acte de partage, formée par le sieur le Clerc, pour cause de dol. Sur l'appel, il conclut subsidiairement à ce que l'acte fût rescindé pour cause de lésion. La Cour de Paris déclara que, d'après l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an II (auquel est conforme l'art. 464 du Code de procédure civile), elle ne pouvait s'occuper de ces conclusions subsidiaires, et au principal, dit qu'il avait été bien jugé.

Le sieur le Clerc se pourvut en cassation ; mais, par arrêt du 5 novembre 1807, son pourvoi fut rejeté, « attendu que l'action en rescision, pour » cause de lésion d'outre moitié, étant une action » principale, essentiellement distincte de l'action » en nullité d'un contrat pour *cause de dol*, puis- » qu'au contraire, elle en suppose la validité, elle » aurait dû être proposée en première instance ; ce » que n'a pas fait le sieur le Clerc, qui n'en a dirigé » l'exercice qu'en cause d'appel (1) : d'où il suit

---

(1) Mais remarquez bien que, si une demande nouvelle ne peut être proposée en cause d'appel, il en est autrement des moyens nouveaux omis devant le tribunal de première instance. Les Cours doivent les admettre à l'appui de la demande qui leur est soumise par appel. Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation. *Voy.* le Répertoire de jurisprudence, 3.e édition, v.o *Curateur*, § 2, pag. 282. Il ne faut donc pas confondre les demandes nouvelles avec les moyens nouveaux.

Remarquez encore que ceux qui ont porté devant une Cour d'appel des demandes nouvelles, ne peuvent se plaindre que cette Cour y ait statué : ce droit n'appartient qu'à l'autre partie. *Voy.* le Répertoire, *ubi supra*.

» que la Cour d'appel, en se contentant de prononcer sur les seules conclusions prises en première » instance, n'a pu contrevenir à aucune loi. La » Cour rejette, etc. »

De ce que l'exception de la chose jugée ne peut être opposée quand la seconde demande n'est pas fondée sur la même cause, il suit encore qu'après avoir échoué dans la plainte en faux, dirigée contre un acte, on est reçu à l'attaquer pour cause de nullité. C'est une maxime ancienne, sur laquelle il n'existe plus de doute. *Voy.* ce que nous avons dit, tom. VIII, n°. 33, p. 53.

169. Il y a un cas où, dans le concours de plusieurs actions, fondées sur des causes différentes, appartenant à la même personne, pour la même chose, elle ne peut former la seconde action après avoir échoué dans la première.

C'est lorsque ces actions, séparées dans leur origine, et appartenant à des personnes différentes, ont été, par l'adition d'hérédité, identifiées et confondues dans la personne de l'une d'elles, devenue héritière de l'autre. En voici un exemple :

Je vends successivement à Primus et à Secundus le fonds cornelien. Chacun d'eux a une action contre moi, pour m'obliger à le lui livrer. Mais, avant la demande en délivrance, Primus meurt, laissant pour seul héritier Secundus, qui accepte la succession purement et simplement. Par cette adition d'hérédité, tous les droits et actions, tant actifs que passifs de Primus, sont confondus avec

les droits et actions de Secundus, pour ne plus former, avec ses autres biens, relativement à lui, qu'un seul et même patrimoine; en sorte qu'il ne peut plus former séparément l'action que Secundus avait contre moi, et celle qu'il avait de son chef, pour la délivrance du fonds cornelien. Ces deux actions confondues n'en forment plus qu'une seule, et si elle était rejetée par un premier jugement, il ne pourrait plus en former une seconde, sans être repoussé par l'exception de la chose jugée.

Il en serait autrement s'il avait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, parce que l'effet du bénéfice d'inventaire est d'empêcher la confusion des droits et des actions.

Ulpien, de qui nous empruntons cet exemple (1), conseille en ce cas, à l'héritier, de former l'action qu'il a contre moi, de son chef, avant l'adition d'hérédité, pour former, après l'adition, l'action qu'il a comme héritier de Primus; mais cette mar-

---

(1) *Loi* 10, *ff de actionibus empt.*, 19. 1. *Non est novum ut duæ obligationes in ejusdem personâ, de eâdem re concurrant. Cùm enim is qui venditorem obligatum habebat, ei qui eumdem venditorem obligatum habebat, heres extiterit; constat duas esse actiones in ejusdem personâ concurrentes, propriam et hereditariam. Et habere heredem institutum, si velit separatione duarum actionum commodè uti, ante aditam hereditatem propriùm venditorem convenire, deindè aditâ hereditate hereditarium. Quòd si priùs adierit hereditatem; unam quidem actionem movere potest, sed ità ut per eam utriusque contractûs sentiat commodum. Ex contrario quoque, si venditor venditori heres extiterit; palàm est, duas evictiones eum præstare debere.* Voy. Cujas sur cette loi, et les Pandectes de Pothier, tom. III, liv. 46, tit. 3, n.° 126, pag. 375.

che n'empêcherait pas la confusion dans notre législation, où « l'effet de l'acceptation remonte au » jour de l'ouverture de la succession » (777).

Ainsi, la confusion ne pourrait être empêchée que par le bénéfice d'inventaire. Secundus pourrait alors exercer successivement les deux actions, et après s'être fait livrer le fonds cornelien, en vertu de la première, s'en faire payer le prix, et des dommages et intérêts, par la seconde.

Si Primus et Secundus avaient l'un et l'autre payé comptant le prix, au moment du contrat, il est bien évident que Secundus, héritier de Primus, pourrait demander la tradition et la restitution du prix payé par Primus.

170. Ceci nous conduit à un examen nécessaire, pour achever d'éclaircir et de développer la doctrine de la cause des actions; c'est l'explication du fameux brocard de droit, *electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram.* Dans le concours de plusieurs actions, celui qui en a choisi une ne peut plus revenir à l'autre.

Ce brocard est présenté, par les interprètes, comme une règle ou comme une maxime générale, et ils l'appliquent, tant aux actions déjà jugées, lorsque celui qui n'a pas obtenu les conclusions de sa demande voudrait former une seconde action, pour la même chose, qu'aux actions formées, mais non encore jugées, et que le demandeur voudrait abandonner, pour en former une autre.

Cependant, en examinant avec quelque attention les lois qu'invoquent les interprètes, pour en tirer par induction le brocard dont il s'agit, on n'y trouve que des cas particuliers, dont la décision est tirée, soit du grand principe, en matière de chose jugée, qu'on ne peut, après un premier jugement, recourir pour la même chose à une seconde action, même d'un autre genre que la première, à moins qu'elle ne soit fondée sur une autre cause, soit d'une disposition spéciale et particulière qu'on ne doit pas généraliser, sans manquer aux règles les plus sûres de l'interprétation.

171. Remarquons d'abord, comme l'a fort bien observé M. Merlin (1), que cette maxime n'est écrite ni présentée dans aucun texte, comme une règle générale. La loi 43, § 1, *ff de R. J.*, dit bien : *Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, unâ quis experiri debet.* Dans le concours de plusieurs actions pour la même chose, il faut en choisir une.

172. Mais cette loi, tirée du Commentaire d'Ulpien, sur l'édit du préteur, n'ajoute pas qu'après ce choix, on ne peut revenir à une autre action. Au contraire, la loi 130, *ff de R. J.*, aussi tirée du

---

(1) Dans une dissertation sur la maxime *electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram*, imprimée au mot *Option*, dans la 3.e édition de ses Questions de droit. Cette savante dissertation nous a été très-utile, et nous en avons beaucoup profité, comme nous profitons toujours des autres ouvrages de l'auteur, qui répand la lumière sur toutes les matières qu'il traite. Il instruit, lors même qu'on n'est pas de son avis.

même ouvrage d'Ulpien, dit positivement : *Nunquàm actiones, præsertìm pœnales, de eâdem re concurrentes alia aliam consumit.* Jamais, dans le concours de plusieurs actions, sur-tout pénales, pour la même chose, l'une ne consume l'autre, c'est-à-dire n'empêche de l'exercer.

La loi 41, *ff de obl. et act.*, tirée du Commentaire de Paul, sur l'édit du préteur, dit aussi : *Quoties lex obligationem introducit, nisi nominatìm caverit ut solâ eâ actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.*

Cette loi ajoute même : *Si eodem facto duæ competunt actiones, posteà judicis potiùs partes esse, ut quò plus sit in reliquâ actione, id actor ferat, si tantùmdem aut minùs consequatur.*

Ainsi, loin qu'on puisse induire de la loi 43, § 1, *ff de R. J.*, qui, dans le concours de plusieurs actions, ordonne ou conseille d'en choisir une, qu'on ne peut après ce choix recourir à une autre action, la proposition contraire paraît établie, comme règle générale, par la loi 130 : *Nunquàm actiones, de eâdem re concurrentes, alia aliam consumit.*

173. D'ailleurs, n'est-il pas évidemment contraire aux règles de la saine logique, de conclure que celui à qui la loi donne plusieurs actions *de eâdem re*, renonce aux autres actions, en choisissant l'une d'entre elles pour la former d'abord? Si la loi m'a donné deux actions différentes, pour obtenir une chose qui m'est due, c'est pour me

donner plus de moyens de l'obtenir. L'un de ces moyens ne m'a pas réussi, soit parce que le juge a rendu une sentence inique, soit parce que je me suis mal défendu, soit par toute autre raison. Pourquoi ne pourrais-je pas user du second moyen que la loi me donne pour obtenir ce qui m'est dû? Pourquoi, avant le jugement, me serait-il défendu d'abandonner ma première action, au succès de laquelle je prévois des obstacles, pour former la seconde, qui me paraît plus solide, puisqu'en payant les dépens préjudiciaux, je ne cause aucun tort à mon adversaire, je n'attaque aucun droit qui lui soit acquis?

La question de savoir si le demandeur, qui avait plusieurs actions, peut, après avoir échoué dans une première, en former une seconde, ou s'il peut varier avant le jugement, et abandonner un premier choix pour un second, ne dépend donc point, si l'on n'écoute que la raison, de la nécessité de faire un choix entre deux actions, qu'on ne peut exercer simultanément. Cette question se résout par des principes positifs, et par des distinctions sagement établies sur des motifs avoués par la raison.

Qui ne sent en effet le vice de ce raisonnement? La loi me donnait deux actions pour me faciliter les moyens de recouvrer ce qui m'était dû. J'ai choisi l'une de ces actions, que je ne pouvais exercer simultanément avec l'autre : donc je ne suis plus recevable à former l'autre. Mon choix est une

renonciation formelle à l'autre action que j'ai négligée ; j'en suis irrévocablement déchu.

Je réponds qu'en formant d'abord la première action, je l'ai crue plus propre à me faire rendre justice. Je me suis trompé ; mais mon action même prouve que, loin d'avoir l'intention de renoncer à ce qui m'est dû ou à mes droits, j'ai manifesté la ferme volonté de les exiger. Il serait donc contre toute raison, il serait absurde de supposer que j'aie renoncé à quelques-uns des moyens de me faire rendre justice, et si je n'ai pas renoncé à ces moyens, je puis en user, à moins qu'une loi spéciale ne me le défende en certains cas, et pour des motifs particuliers.

Si vous prétendiez, contre raison, que le choix de ma première action contient une renonciation à mes autres actions, je vous répondrais qu'aucune renonciation ne peut lier celui qui l'a faite, avant qu'elle ait été acceptée. Or, loin d'accepter la prétendue renonciation à mes autres actions, vous n'avez fait que contester ma créance, ou peut-être proposé des fins de non-recevoir contre ma première action.

Ainsi, sous quelque point de vue qu'on envisage la question, il est raisonnablement impossible d'admettre que le choix d'une première action, entre plusieurs, contienne une renonciation valable aux autres actions ou droits du demandeur, et sur-tout dans nos usages, où l'on insère le plus souvent, dans le libelle de l'action, une protestation

contraire à cette renonciation, par la clause de style, *sauf tous autres droits, actions et conclusions*, qui est toujours sous-entendue, quand elle n'est pas exprimée; protestation qui, pour le dire en passant, paraît imaginée par nos anciens praticiens, pour éluder la conséquence qu'un adversaire subtil voudrait tirer du brocard, *electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram.*

Si l'on peut, après le jugement, former une seconde action, on peut, à plus forte raison ce semble, varier avant le jugement, et abandonner sa première action, pour en former une autre. Il impliquerait contradiction de dire qu'on ne peut faire avant le jugement ce qu'on peut faire après.

Disons donc qu'en général, si l'on n'écoute que la raison, le choix d'une première action, fait par celui qui en a plusieurs, pour la même chose, n'emporte point la renonciation aux autres, et ne l'empêche point d'en former une seconde, à moins qu'il n'y ait expressément renoncé, ou qu'une loi spéciale ne le lui défende.

174. Mais la faculté illimitée de renouveler des demandes rejetées par un jugement définitif, porterait le trouble dans la société C'est par ce grand motif d'intérêt public que les lois accordent l'exception de la chose jugée, contre toute demande formée entre les mêmes personnes, pour la même chose, et fondée sur la même cause. C'est dans ce cas qu'il est exactement vrai de dire que la première action exclut le recours aux autres actions

qui pouvaient compéter au demandeur : *Electâ unâ viâ, non datur regressus ad alteram.*

Mais si la seconde action est fondée sur une autre cause, l'exception de la chose jugée cesse : *At si aliâ ex causâ..., non nocebit exceptio. Loi* 11, § 4, *ff de except. rei judic.* Rien ne s'oppose alors à la seconde action, parce qu'elle présente une question nouvelle qui n'a point été jugée.

Pour rendre la maxime des interprètes parfaitement exacte, il faut donc y ajouter cette modification : *Electâ unâ viâ, non datur regressus ad alteram, nisi ex aliâ causâ.*

Cette distinction, entre les cas où la seconde action est ou n'est pas fondée sur une cause nouvelle, nous semble contenir le germe de solution de toutes les difficultés, comme nous espérons le faire voir, en examinant successivement les lois d'où les interprètes ont tiré, par induction, l'adage ou la maxime que nous examinons. Entre ces lois, on en trouve même qui avertissent de recourir à cette distinction.

175. Par exemple, la loi 9, § 1, *ff de tribut. act*, 14. 4, tirée du Commentaire d'Ulpien, sur l'édit perpétuel, porte : *Eligere quis debet quâ actione experiatur, utrum de peculio an tributoriâ, cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum.*

Mais il est évident que, loin de prétendre énoncer ici une maxime générale, Ulpien ne fait qu'appliquer aux actions appelées en droit *de peculio* et *tributoriâ*, le grand principe sur la chose jugée,

savoir : qu'on ne peut, après un premier jugement former une seconde action pour la même chose, à moins que cette seconde action ne soit fondée sur une autre cause; et comme s'il eût craint que l'on se méprît sur le sens de cette proposition, *cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum*, il ajoute immédiatement après : *Planè si quis velit ex aliâ causâ tributoriâ agere, ex aliâ causâ de peculio agère, audiendus erit.* Mais si quelqu'un veut exercer l'action tributoire, en vertu d'une cause, l'action *de peculio*, en vertu d'une autre, il y doit être reçu.

Pourquoi cela? Parce que la seconde action, fondée sur une cause nouvelle, ne peut être repoussée par l'exception de la chose jugée, tandis qu'après avoir exercé l'action *de peculio* sur une cause, on ne peut, sur la même cause, exercer l'action tributoire; car il faut bien remarquer que la cause de ces deux actions est ordinairement la même. Ainsi, la chose demandée par l'une et l'autre étant la même, les personnes étant les mêmes, Ulpien en conclut, avec raison, que le demandeur doit bien faire son choix, parce qu'après avoir choisi l'une des actions, il ne peut revenir à l'autre sans une nouvelle cause : *Cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum....., nisi ex aliâ causâ.*

Pour faire voir que ces deux actions ont la même cause, il suffit de rappeler quels étaient leur nature et leur objet. Les maîtres, à Rome, étaient tenus

des obligations contractées par les esclaves qu'ils avaient en leur puissance ; mais ils en étaient tenus de différentes manières (1) ; par exemple, si le contrat passé avec l'esclave l'avait été de l'ordonnance du maître, celui-ci en était tenu *in solidum*. C'était sa foi qu'avait suivie celui qui avait contracté avec l'esclave.

Si, sans ordre, l'esclave commerçait sur son pécule, sans que le maître, qui en avait connaissance, s'y opposât, le créancier qui avait contracté avec l'esclave, avait, contre le maître, l'action *tributoire*, dont le but était d'être payé de ce qui lui était dû, sur le pécule de l'esclave, par contribution au marc la livre, non seulement avec les créanciers, mais avec le maître lui-même, qui faisait entrer dans la masse ce qui lui était dû personnellement.

Enfin, si l'esclave faisait quelques affaires à l'insu de son maître, celui-ci n'était tenu, envers les créanciers, qu'à leur abandonner le pécule de l'esclave, après en avoir déduit en entier ce qui pouvait lui être dû à lui-même. Sa créance n'entrait point en contribution. Tel était le but de l'action *de peculio*.

On voit évidemment, par cette explication, que la cause des deux actions, tributoire et *de peculio*,

---

(1) *Voy.* le titre des Institutes *quod cum eo, qui in alienâ potestate est negocium gestum esse dicitur, lib. 4, tit. 7.* Donean, *Commentaria juris civilis, lib. 15, cap. 2.*

était la même ; c'était le contrat passé avec l'esclave. Le créancier pouvait opter entre les deux actions ; mais après avoir échoué dans l'une, il ne pouvait recourir à l'autre ; car alors il n'eût fait que changer d'action, *actionem mutabat* : ce qu'il ne pouvait faire sans une nouvelle cause, comme Ulpien l'observe fort bien.

On pouvait, en effet, être créancier de l'esclave pour plusieurs causes ; par exemple, pour cause de prêt, pour cause de vente, etc. Alors, on pouvait demander les deux créances successivement l'une après l'autre ; l'une par l'action tributoire, l'autre par l'action *de peculio*, parce qu'en ce cas, les deux actions étaient fondées sur des causes différentes.

La seule conséquence qu'on doive tirer de cette loi est donc celle-ci : *Electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram, nisi ex aliâ causâ.* Ainsi modifiée, la maxime est exacte.

Ce que nous venons de dire s'applique aux actions *quod jussu* et *de peculio.* Le créancier de l'esclave, après avoir exercé l'action *de peculio* contre le maître, ne pouvait plus exercer l'action *quod jussu*, et réciproquement (1), parce que la cause des deux actions est la même. La cause de l'action *de peculio* était, aussi bien que celle de l'action *quod jussu*, le contrat passé entre le fils de famille, ou

---

(1) *Is qui de peculio egit, cùm posset quod jussu, in eâ causâ est ne possit quod jussu postea agere. Loi 4, § 5, ff quod cum eo qui in alienâ potestate est, tit 5.*

l'esclave, et le demandeur. Passant de l'une à l'autre, celui-ci ne faisait donc que changer d'action (1).

176. Nous avons déjà vu, n°. 163, que c'est parce que les actions redhibitoires et *quanti minoris* sont fondées sur la même cause, que l'acheteur, après avoir échoué dans celle qu'il a choisie, ne peut recourir à l'autre; car il ne ferait que changer d'action. L'exception de chose jugée s'opposait donc à la seconde action : *Nam posterior actio etiam redhibitionem continet*, dit le jurisconsulte Julien (2). Et comment y est-elle renfermée? C'est qu'elles ont la même cause, le vice redhibitoire dont la chose vendue est infectée. Ce vice est la cause prochaine des deux actions, qui ont pour objet de faire déclarer que ce vice existe. Le jugement qui décide qu'il n'existe pas, éteint donc nécessairement les deux actions.

177. C'est encore l'identité de cause qui fait repousser la seconde action, dans le cas de la loi 38, § 1, *ff pro socio*, 17. 2. Deux associés sont copropriétaires d'un bien social, sur lequel l'un a fait des impenses auxquelles l'autre n'a point contribué, et a néanmoins recueilli tous les fruits. Le droit romain donne au premier deux actions pour contraindre l'autre de contribuer aux impenses

---

(1) *Voy.* M. Merlin, Questions de droit, v.° *Option*, pag. 580, notes 1 et 2, et le président Favre, qu'il cite.

(2) Loi 25, § 1, *ff de except. rei judic.*, 44. 2.

utiles, et de rendre compte des fruits qu'il a seul recueillis, l'action *pro socio*, et l'action *communi dividendo*. Mais il doit choisir entre les deux. Après avoir échoué dans l'une de ces actions, il ne peut plus recourir à l'autre, *et alterâ alteram tolli Proculus ait;* car la cause des deux actions est la même : il ne ferait que changer d'action; l'exception de la chose jugée ne le lui permet pas (1).

178. Le droit romain accordait au légataire, pour se faire payer de son legs, trois espèces d'actions contre l'héritier, l'action personnelle, l'action hypothécaire, et l'action réelle ou en revendication; mais il fallait choisir entre ces trois actions. Après avoir échoué dans l'une, il ne pouvait plus recourir aux autres; car toutes ces actions avaient le même objet et la même cause : l'exception de la chose jugée s'opposait donc à la seconde action; c'est une chose évidente.

179. Par tout ce qui précède, et par les espèces des différentes lois que nous venons d'examiner, et dont plusieurs sont citées par les interprètes, comme sources où ils ont puisé, par induction, le brocard *electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram*, on voit que les décisions qu'elles contiennent ne sont que des conséquences directes des prin-

---

(1) *Si tecum societas mihi sit, et res ex societate communes, quam impensam in eis feceris, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel communi dividendo me consecuturum, et altera actione alteram tolli Proculus ait.* Loi 38, § 1, ff *pro socio*, 17. 2.

cipes établis sur l'exception de la chose jugée. Cette exception n'est donc point fondée sur « le » principe qu'en thèse générale (1), la variation » n'est plus admise, après le choix que le deman- » deur a fait entre deux actions qui lui apparte- » naient ; » mais plutôt c'est des décisions fondées sur l'application des principes relatifs à l'exception de la chose jugée, que les interprètes ont cru pouvoir tirer, par induction, le brocard dont il s'agit, et dont l'application, comme l'exception de la chose jugée, cesse, lorsque la seconde action est fondée sur une autre cause que la première.

180. On trouve cependant des textes qui défendent, après un premier choix, de former une seconde action, même fondée sur une autre cause que la première, et même contre d'autres personnes; mais ces textes sont évidemment des exceptions au principe général. Aussi sont-elles établies par des dispositions spéciales, relatives à des cas particuliers.

Il serait donc contraire à la raison et à la saine logique de généraliser ces dispositions, pour en faire des règles applicables à tous les cas.

---

(1) Comme paraît le croire M. Merlin, Questions de droit, 3.e édition, v.° *Option*, pag. 589, n.° 8. « Du principe, dit-il, qu'en thèse » générale, la variation n'est plus admise, après le choix que le de- » mandeur a fait entre deux actions qui lui appartenaient..... il s'en- » suit tout naturellement que si le demandeur vient à échouer dans » l'action qu'il a intentée, il ne peut plus revenir sur ses pas, et re- » prendre l'action dont il s'était d'abord abstenu ».

181. La loi 22, § 1, *C. de furtis*, 6. 2, nous offre un de ces exemples, où, par exception aux principes généraux en fait de chose jugée, le législateur a expressément défendu au demandeur, dans le cas particulier de la loi, de varier dans son premier choix, quoique la seconde action fût fondée sur une autre cause que la première, et qu'elle dût même être dirigée contre une autre personne. Cette loi est l'une des cinquante décisions (1) par lesquelles Justinien termina des contestations qui s'étaient élevées, entre les anciens jurisconsultes des différentes sectes ou écoles. Voici l'espèce :

Il s'agit de savoir si, dans le cas d'un effet volé par la faute de l'emprunteur, celui-ci, contre qui le prêteur a l'action de commodat, peut agir contre le voleur, *actione furti?* Les uns donnaient cette action au prêteur, propriétaire de la chose volée, les autres à l'emprunteur. Cette question n'était pas sans intérêt, dans le droit romain; car le voleur était obligé de payer le double, quelquefois le quadruple de la chose volée. *Voy. Inst. de actionibus*, §§ 23 *et* 25.

Les différentes sectes étaient presque d'accord pour accorder l'action de vol à l'emprunteur, pourvu qu'il fût solvable; mais de là naissait un autre

---

(1) *Voy.* sur cette loi Edmond Merille, *Expositiones Emundi Merillis, in* 50 *decisiones Justiniani*, chap. 13, et le Commentaire de Ragueau, *Raguelli Commentarius ad constitutiones et decisiones Justiniani, etc.*, pag. 396 et suiv.

doute : à qui l'action de vol devait-elle appartenir, si l'emprunteur, solvable au moment du vol, avait cessé de l'être avant que l'action fût formée ? Etait-elle ambulatoire ? Passait-elle au prêteur, après avoir été acquise à l'emprunteur ?

Enfin, que décider, si l'emprunteur n'était pas entièrement solvable, en sorte qu'il ne pût payer le prêteur qu'en partie, et non en totalité ?

Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ces différens points, qui, avec raison, nous paraissent aujourd'hui des subtilités. Mais il faut se souvenir que les jurisconsultes qui créèrent la science de la jurisprudence, s'efforçaient d'en faire une science, qui procédât de principes en conséquence, et que lorsqu'il se présentait une question difficile ou nouvelle, ils tâchaient de la résoudre par les conséquences qu'ils tiraient d'un principe reçu, et non par la jurisprudence des arrêts.

Justinien, pour faire cesser ces doutes et ces obscurités, décida qu'il fallait donner au prêteur la faculté d'agir à son choix, soit contre l'emprunteur, par l'action de commodat, soit contre le voleur, par l'action de vol, *actione furti ;* mais, en même tems, il ordonna expressément qu'après son choix fait, le prêteur ne pourrait plus varier ; que s'il agissait contre le voleur, l'emprunteur fût entièrement déchargé de son obligation, et *vice versâ ;* que s'il agissait contre l'emprunteur, l'action de vol appartiendrait irrévocablement à ce dernier, pour l'exercer à ses risques, périls et fortunes.

Cette défense de varier était néanmoins subordonnée à la distinction suivante :

Si le prêteur avait connaissance du vol lorsqu'il a dirigé son action contre l'emprunteur, il ne pouvait plus varier. Si, au contraire, il n'en avait pas connaissance, ou s'il en doutait, *nescius et dubitans*, il pouvait, après avoir découvert la réalité du vol, abandonner l'action de commodat, pour former son action contre le voleur.

L'action *commodati* et l'action *furti* ne sont pas fondées sur la même cause; ces deux actions ne doivent pas être dirigées contre la même personne. Ajoutez à cela qu'entre ces deux actions, l'une est pénale et l'autre ne l'est pas. Or, suivant la loi 130, *ff de R. J., nunquàm actiones, præsertim penales, de eâdem re concurrentes, alia aliam consumit.*

Il est donc évident, sous quelque point de vue qu'on envisage la question, qu'après avoir échoué dans l'une de ces actions, le prêteur, propriétaire de la chose volée, eût pu, suivant la règle générale, former l'autre action, sans qu'on pût lui opposer l'exception de la chose jugée. Il est donc encore évident que la loi de Justinien qui le lui défend, est une exception à la règle générale. C'est une disposition spéciale et particulière, contraire au droit commun, et qui ne doit pas être tirée à conséquence : *Quod contra juris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias*, dit fort bien le jurisconsulte Paul, dans son Commentaire sur l'édit du préteur, loi 14, *ff de legibus*, l. 3.

182. Il serait donc aussi contraire aux règles du raisonnement qu'à celles de l'interprétation, qui doivent être les mêmes, d'étendre la décision de Justinien au-delà de son objet particulier, pour en faire une maxime générale ou une règle de droit.

C'est cependant sur ce texte que les interprètes fondent principalement leur prétendue maxime, que dans le concours de plusieurs actions, l'exercice de l'une éteint les autres : *In concursu actionum alternativo, si actio semel in judicium sit deducta, statìm submovetur altera.* C'est la conséquence que Brunneman tire de la décision de Justinien. Nous croyons avoir prouvé que cette conséquence est d'une fausseté évidente.

183. Il n'est pas étonnant que Brunneman, qui reçoit toujours sans examen ce qu'il trouve dans les anciens interprètes, ait admis ce faux raisonnement.

Le subtil président Favre, *audacissimus interpretum*, dit Gravina, a cru aussi devoir admettre la maxime, que dans le concours de plusieurs actions, le choix de l'une éteint les autres ; mais il s'est bien gardé de la fonder sur la fausse induction de la loi 22, *Cod. de furtis ;* il a cru lui trouver pour fondement un principe de raison, savoir : que celui qui a renoncé à ses actions ne peut plus les exercer. Or, suivant lui, le choix entre plusieurs actions qui nous appartiennent est une renonciation nécessaire, quoique implicite, aux autres : *Qui ex pluribus sibi competentibus actionibus, unam eligit,*

aliam, quam non eligit, repudiare intelligitur, in consequentiam necessariam.

184. Or, ajoute-t-il, le regrès n'est plus permis à celui qui a renoncé à ses actions : *Repudiantibus autem, et remittentibus actiones suas, dandus non est regressus.* Et il prouve cette dernière proposition par la loi 14, § 9, *de ædilitio edicto*, 21. 1, où l'on trouve écrit, en effet : *Remittentibus actiones suas, dandus non est regressus ;* on ne doit pas accorder le regrès à ceux qui ont fait remise de leurs actions.

Mais il faut remarquer qu'il s'agit ici d'une renonciation ou remise expresse, et non d'une remise présumée. Voici l'espèce de la loi : L'édit des édiles ordonnait à ceux qui exposaient des esclaves en vente, d'en déclarer ouvertement les vices ou les défauts, *palàm pronuncianto.* Le vendeur répondait des vices qu'il n'avait point déclarés ; mais s'il avait, en vendant, excepté certaine maladie des défauts qu'il était obligé de garantir, il fallait s'en tenir à la convention, parce que, dit Ulpien, on ne doit pas accorder le regrès à ceux qui ont fait remise de leurs actions : *Si venditor nominatìm exceperit de aliquo morbo, et de cætero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est eo quod convenit; remittentibus enim actiones suas, non est regressus dandus.*

En effet, il est évident qu'en achetant, malgré l'exception faite dans les conditions de la vente, de certain vice ou de certaine maladie, l'acheteur

consentait à renoncer aux actions que la loi lui donnait, à raison de ces vices ou de cette maladie. Il ne pouvait donc revenir à ces actions, contre la convention; car, comme l'enseigne le même Ulpien, il est permis de faire indistinctement des conventions contraires à l'édit des édiles, soit au moment même de la vente, soit depuis : *Pacisci contra edictum ædilium, omni modo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive posteà. Loi* 31, *ff de pactis*, 2. 14.

Cette loi, ainsi que la loi 14, *de ædilitio edicto*, est tirée du Commentaire d'Ulpien, sur l'édit des édiles. Elles ont, l'une avec l'autre, une connexité évidente, ou plutôt, l'une est la conséquence nécessaire de l'autre. Voici le raisonnement d'Ulpien : Il est permis de faire des conventions contraires aux dispositions de l'édit des édiles : donc il est permis de stipuler que le vendeur ne garantira pas certaine maladie ou certain vice de l'esclave, exposé en vente, et puisque cette convention est licite, il faut l'observer; car on ne doit pas accorder le regrès à ceux qui ont fait remise de leurs actions.

A cette remise expresse et conventionnelle, dont parle Ulpien dans les lois citées, le président Favre compare le choix fait par un demandeur entre plusieurs actions qui lui appartiennent. Pour que la comparaison fût exacte, il faudrait qu'en faisant son choix, le demandeur eût nommément, *nominatim*, fait remise de ses autres actions, et si cette

remise n'est pas exprimée, on ne peut plus tirer d'induction de la loi 14, § 9, *de ædilitio edicto.*

185. Mais, dit-il, cette remise est présumée par une conséquence nécessaire du choix fait par le demandeur, *per consequentiam necessariam.* C'est ce que nous ne pouvons accorder, malgré le respect dû aux opinions de ce grand jurisconsulte. Nous croyons avoir prouvé, n°. 173, qu'il est absolument faux, en bonne logique, que le simple choix de l'une des actions que la loi accorde au demandeur, contienne la renonciation nécessaire aux autres actions, à moins qu'en faisant son choix, il ne s'en soit formellement expliqué, ou que la loi ne l'ait ainsi ordonné expressément, dans un cas particulier, comme l'a fait la loi 22, *C. de furtis.*

C'est dans son Commentaire, *rationalia*, sur la loi 9, § 1, *de tributoriâ actione*, que le président Favre prétend que le choix fait par un demandeur, entre plusieurs actions que la loi lui donne, contient, par une conséquence nécessaire, la remise des autres actions. Cette loi dit que le demandeur qui a contracté avec un esclave, doit choisir entre l'action tributoire et l'action *de peculio*, parce qu'après son choix, il ne pourra plus revenir à l'autre action, *cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum;* mais nous en avons dit la raison, en expliquant cette loi, n°. 175. Ce n'est point la prétendue maxime, *electâ unâ viâ*, etc., qui s'y oppose; ce n'est point parce que son choix contient la remise de ses autres actions, mais plutôt parce que

les deux actions, l'action tributoire et l'action *de peculio*, étant fondées sur la même cause, l'autorité de la chose jugée ne permet pas, après avoir échoué dans l'une, de revenir à l'autre. C'est par application du principe sur l'exception de la chose jugée, qu'Ulpien dit, dans cette loi, qu'après avoir exercé l'une des actions, il ne pourra revenir à l'autre, *cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum.*

Et, comme s'il avait craint qu'on ne se méprît sur le motif de cette proposition, il ajouta que si la seconde action était fondée sur une autre cause, le demandeur pourrait l'exercer : *Planè si quis velit ex aliâ causâ tributoriâ agere, ex aliâ causâ de peculio agere, audiendus erit.*

Ce qui nous paraît détruire complètement le raisonnement du président Favre, sur la prétendue remise des autres actions, présumée par le choix d'une première; car, si le choix contenait la remise nécessaire de l'autre action, le demandeur ne pourrait plus l'exercer, quoique fondée sur une autre cause.

186. Personne n'est présumé renoncer à ses droits, s'il ne s'en est expliqué sans équivoque. Il n'appartient point aux juges d'interpréter, contre le demandeur, un fait, un choix, qui, de sa nature, n'entraîne point nécessairement la remise de ses autres actions; car le magistrat ne peut asseoir son jugement sur des présomptions, que dans les cas où la loi le lui permet. Nous en avons

un exemple dans le choix fait par un fils de famille exhérédé, mais à qui son père a fait un legs que l'héritier institué est chargé de délivrer, comme une condition de son institution.

Le fils a deux actions contre l'héritier institué; il peut attaquer le testament comme inofficieux; il peut aussi se borner à recevoir ou à demander son legs.

Si donc, connaissant le testament, il reçoit volontairement le legs, *si sciens accipit*, Ulpien demande, dans la loi 8, § 10, *ff de inoffic. testam.*, 5. 8, s'il est exclu de l'action d'inofficiosité, *videndum est ne ab inofficiosi querelâ excludatur.*

La raison de le penser est qu'en recevant le legs, il paraît avoir approuvé le jugement du père de famille, *agnovit enim judicium.* Ulpien se décide en faveur de cette présomption; mais, il ne se décide qu'en témoignant du doute : *Et potest dici excludi eum;* on peut dire qu'il est exclu.

Il y a donc aussi des raisons pour dire qu'il ne l'est pas.

Néanmoins, dans la loi 12, § 1 du même titre, Ulpien étend cette présomption au cas du choix fait par le fils de famille exhérédé, entre les deux actions que lui donnait la loi : *Si à statu libero* (l'esclave institué héritier), *exheredatus pecuniam petere cæperit, videtur agnovisse parentis judicium.*

Cette présomption, qui n'était que la simple opinion d'un jurisconsulte, ce qu'on appèle une présomption de l'homme, fut érigée en présomption

légale (1) par Justinien, qui inséra cette loi dans ses Pandectes.

Cette présomption, introduite avec tant de circonspection par Ulpien, était fondée sur des motifs très-plausibles; car la qualité de légitimaire et celle de légataire sont incompatibles. En recevant le legs, ou en le demandant, le fils de famille paraissait donc renoncer, en effet, à la légitime. Aussi voit-on que sa volonté seule, manifestée par la demande du legs, quoiqu'il ne l'eût pas encore reçu, suffisait pour faire prononcer sa déchéance de la légitime : *Si pecuniam petere cæperit.* Dès ce moment, l'héritier institué avait un droit acquis, que le changement de volonté du légitimaire ne pouvait lui ôter.

187. Il n'en est pas ainsi du choix que fait un demandeur, entre plusieurs actions qui ne sont

---

(1) Mais ce n'est plus aujourd'hui une présomption légale, la loi du 30 ventôse an XII ayant ôté au droit romain sa force obligatoire. C'est ce qui nous a porté à dire, tom. V, n.° 165, *in fine*, « que si » l'héritier légitimaire, et en même tems légataire, se trouvant en » concours avec un légataire universel, laissait celui-ci s'emparer de » la succession, pour recevoir de sa main le paiement du legs que le » défunt lui a fait, la question de savoir s'il est exclu par là de la de- » mande en réduction dépendrait des circonstances, et de la manière » dont serait conçue la quittance qu'il aurait donnée à l'héritier ins- » titué ou légataire universel ».

Il faudrait, en effet, que les circonstances et les termes de la quittance fussent tels, que l'on en pût induire, sans équivoque, la renonciation au moins tacite du légitimaire, à la demande en réduction. Les juges ne pourraient en prononcer la déchéance sur une simple présomption; car ils ne peuvent juger sur des présomptions que dans les cas où la preuve testimoniale serait admissible.

point incompatibles de leur nature. Ce choix de l'une n'annonce point la volonté de renoncer aux autres, s'il ne peut, par la première, obtenir ce qu'il demande. Aussi, ne trouve-t-on aucun texte qui établisse que ce choix fasse présumer une renonciation aux autres actions. Nous persistons donc à penser que le raisonnement du président Favre n'est appuyé sur aucune loi, et que ce n'est qu'un paralogisme qu'il est bon de faire remarquer ; car ce sont sur-tout les erreurs des grands esprits qu'il faut noter; celles des autres ne sont pas contagieuses.

188. Notre législation nouvelle, loin d'admettre des renonciations présumées, contre lesquelles ne peut revenir celui à qui on prétend les attribuer, permet, au contraire, à celui qui a fait une renonciation expresse, de revenir contre, jusqu'à ce que ceux à qui elle ouvrait un droit ne l'aient exercé. Nous en avons un exemple dans la renonciation faite au greffe, par un successible, à une succession à laquelle il était appelé.

Rien de plus exprès qu'une semblable renonciation ; elle ouvre aux héritiers du degré subséquent le droit d'accepter la succession répudiée. C'est un droit qui leur est acquis ; et cependant, tant qu'ils n'ont point exercé ce droit, le renonçant peut se repentir et accepter la succession qu'il avait répudiée. « Tant que la prescription du droit d'accepter » n'est pas acquise contre les héritiers qui ont re- » noncé, ils ont la faculté d'accepter encore la suc-

» cession, si elle n'a pas déjà été acceptée par d'au-» tres héritiers, etc. »

189. Bannissons donc sans retour le raisonnement du président Favre, qui prétend qu'en exerçant l'une des actions qui lui sont déférées pour la même chose, le demandeur renonce nécessairement aux autres, et qu'il ne lui est plus permis de revenir sur ses pas. Nous avons vu que les interprètes appuient cette doctrine sur de fausses inductions, qu'ils tirent des lois citées, et notamment de la loi 22, § 1, *Cod. de furtis*, qui ne contient que la décision particulière d'un cas spécial, sur lequel il s'était élevé des doutes. Nous devons remarquer ici que cette décision n'était même pas suivie en France, ainsi que l'atteste Raviot, sur Perrier, tom. II, pag. 289.

A plus forte raison n'y suivait-on pas le brocard que Brunneman donne comme une règle générale, et qu'il induit de cette loi : *In concursu actionum alternativo, si actio semel in judicium sit deducta, statim submovetur altera.*

190. Cependant, un jurisconsulte qui a rendu et rend encore de si grands services à la jurisprudence française, adopte le raisonnement du président Favre, puis il ajoute : « Il n'est pas douteux » que cette règle, énoncée par Brunneman, n'ait » encore lieu dans notre jurisprudence, pour les » cas où différentes actions dérivant de la même » source, sont offertes alternativement à une par-» tie, pour atteindre son objet. »

Il nous est impossible de partager cette opinion, que l'auteur entreprend de prouver par deux articles, d'où il tire une conséquence qui ne nous paraît pas exacte.

« Par exemple, dit-il, l'art. 1638 du Code civil » porte « que si l'héritage vendu se trouve grevé, » sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servi» tudes non apparentes, et qu'elles soient de telle » importance qu'il y ait lieu de présumer que l'ac» quéreur n'aurait pas acheté, s'il en avait été ins» truit, il peut demander la résiliation du contrat, » si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité. »

L'auteur conclut de cet article « qu'il est clair » que si, dans ce cas, l'acquéreur demande une » indemnité, il renonce au droit de faire résilier » le contrat, et que s'il demande la résiliation du » contrat, il ne peut plus réclamer une indemnité. »

Cela n'est pas douteux, si l'acquéreur persiste dans sa première demande; et s'il la fait juger par le tribunal où il l'a portée, de quelque manière qu'elle y soit jugée, il ne pourra plus revenir à l'autre action qu'il avait négligée; car, s'il a demandé et obtenu une indemnité, la bonne foi ne lui permet pas de demander la résolution du contrat: *bona fides non patitur, ut idem bis exigatur; loi 57, ff de R. J.;* et s'il n'a pas obtenu l'indemnité qu'il demandait, l'exception de la chose jugée s'oppose à ce qu'il exerce l'action en résolution du contrat, qui, étant fondée sur la même cause prochaine que la demande en indemnité,

savoir, sur le défaut de déclaration des servitudes non apparentes, n'est plus recevable, après que la première action a été rejetée ; et, dans ce cas, la déchéance de la seconde action n'est pas fondée sur la prétendue règle de Brunneman, mais sur l'autorité de la chose jugée.

Mais si l'acquéreur, changeant de volonté, se désiste avant le jugement de l'action en indemnité, pour former sa demande en résolution du contrat, il en a sans doute le droit, à moins que sa demande en indemnité n'ait été acceptée ; car alors il ne peut plus varier.

L'auteur fait le même raisonnement sur l'article 1644 du Code civil, qui porte que « dans le cas » des art. 1642 et 1643 (c'est-à-dire lorsque la chose » vendue est infectée de vices redhibitoires), l'ache- » teur a le choix de rendre la chose, et de se faire » restituer le prix, ou de garder la chose, et de se » faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera » arbitrée par experts. »

« Il est également clair, dit l'auteur, que par le » choix qu'il fait de l'un de ces deux partis, l'ache- » teur renonce à l'autre. » Pag. 573.

Oui, sans doute ; mais peut-il changer de volonté avant que ses offres soient acceptées ? Peut-il se désister de l'action en indemnité, pour en revenir à l'action en résolution ? C'est une question que ne décide point l'art. 1644, et qui doit être résolue par ce que nous venons de dire sur l'art. 1638.

191. Il nous semble d'autant plus étonnant que

l'auteur ait élevé du doute sur ce point, sous l'empire du Code civil, que, contre les principes adoptés par plusieurs interprètes du droit romain, il a prouvé, et fort bien prouvé, pag. 582, n°. 10, qu'en droit français, la demande en paiement du prix d'une vente, formée par le vendeur, après l'expiration du délai fixé par le pacte commissoire, n'élève aucun obstacle à l'exercice de l'action en résolution de la vente.

C'est une question importante, et sur laquelle nous avions commis une erreur que nous rétractons (1), d'après la solide discussion de M. Merlin.

Dans le cas du pacte commissoire, l'acquéreur, en droit romain comme en droit français, avait le choix de demander le prix de la vente, ou la résiliation du contrat; mais, dans le droit romain, plusieurs interprètes d'un grand nom, et M. Merlin avec eux, pensent qu'après avoir demandé le prix de la vente, l'acquéreur est déchu de la demande en résolution du contrat.

M. Merlin observe que nous ne pouvons, sur ce

---

(1) Tom. VI, n.° 570, où nous disions, d'après Pothier et Voët, « que si, dans le commandement ou sommation, le créancier, le ven» deur, par exemple, s'était borné à sommer l'acquéreur de payer le » prix du contrat ou les intérêts, il serait censé avoir renoncé à la ré» solution, etc. »

Il est évident, par la disposition de l'art. 1656, que cette sommation est un préliminaire nécessaire pour faire prononcer la résolution du contrat de vente. Or, si elle en est un préliminaire, il s'ensuit nécessairement qu'elle n'opère pas la déchéance de la demande en résolution.

point, prendre en France les lois romaines pour guides. « L'ancienne jurisprudence française, dit-» il, s'écartant, avec beaucoup de raison, dés sub-» tilités du droit romain, avait mis en principe, » comme le fait également le Code civil, que la » clause résolutoire était toujours sous-entendue » dans le contrat de vente. »

C'est, en effet, ce qui résulte de l'art. 1184, qui porte : « La condition résolutoire est toujours sous-» entendue dans les contrats synallagmatiques, » pour le cas où l'une des parties ne satisferait point » à son engagement, etc. »

L'art. 1654 applique ce principe général aux ventes : « Si l'acheteur ne paie pas le prix, le ven-» deur peut demander la résolution de la vente. »

Mais, pour y parvenir, il est obligé de sommer préalablement l'acquéreur de payer; et s'il n'y a pas eu de stipulation expresse que le contrat serait résolu faute de paiement du prix dans le délai convenu, le juge peut, après la sommation de payer, accorder un délai, suivant les circonstances.

Au contraire, « s'il a été stipulé, lors de la vente » d'immeubles, dit l'art. 1656, que, faute de paie-» ment du prix dans le terme convenu, la vente » serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut » néanmoins payer, *tant qu'il n'a pas été mis en de-» meure par une sommation ;* mais après cette som-» mation, le juge ne peut pas lui accorder de délai. »

« Cela posé, dit fort bien M. Merlin, il est d'abord certain que, dans le cas où la clause résolu-

toire n'est que sous-entendue, l'action en résolution de la vente peut encore être exercée après que le vendeur a vainement tenté, par l'action en paiement du prix, de forcer l'acheteur à remplir ses engagemens. Cela résulte de ce que j'ai dit plus haut, sur les dispositions de l'art. 1184, qui sont communes à tous les contrats synallagmatiques, et plus spécialement encore de l'art. 1655, qui, lorsque la résolution de la vente n'a pas été expressément stipulée par le contrat, n'autorise le juge à la prononcer qu'après que le vendeur a épuisé les moyens qu'il avait de se faire payer.

» C'est, d'ailleurs, ce qu'ont jugé formellement deux arrêts de la Cour royale de Paris, l'un du 11 mars 1816, rapporté par M. Sirey, tom. XVII, part. 2, pag. 1, l'autre dont je ne connais pas la date précise, mais qui a été rendu en novembre ou décembre 1819, et par lequel a été confirmé un jugement contradictoire du tribunal de première instance du département de la Seine, du 20 mai 1818, entre les syndics de la faillite de Jean Dony, cessionnaire du sieur Contamine, et le sieur Bourdin, créancier du sieur de Montaignac. »

Mais, ajoute M. Merlin, ne faut-il pas aller plus loin, et dire que, même dans le cas où il y a eu, par le contrat, stipulation expresse de la résolution de la vente, faute de paiement du prix dans le terme convenu, le vendeur peut encore, après avoir inutilement poursuivi l'acheteur afin de paiement, revenir à l'action résolutoire, non seule-

ment contre l'acheteur personnellement, mais même contre un tiers acquéreur?

On sent en effet que, dans ce cas, on ne peut plus opposer au vendeur, comme on le faisait sous le droit romain, que par sa demande en paiement du prix, il a renoncé à son action résolutoire, puisqu'aux termes de l'art. 1656, son action résolutoire a dû nécessairement être précédée d'une sommation en paiement.

C'est, au surplus, ce qu'a jugé bien positivement un arrêt de cassation, du 2 décembre 1811, rapporté, avec les conclusions sur lesquelles il a été rendu, dans le Répertoire de jurisprudence, au mot *Résolution*, tom. XV de la 4°. édition.

Cette démonstration nous paraît complète, et nous regardons comme un point de droit incontestable que, même dans le cas d'une clause résolutoire expressément stipulée, le vendeur de l'immeuble, après en avoir demandé le prix, peut encore revenir à l'action résolutoire, *même contre un tiers acquéreur*.

192. Le Code n'admet donc ni la prétendue règle de Brunneman, ni la présomption sur laquelle le président Favre l'appuie, et nous avons été surpris de voir un jurisconsulte aussi savant que M. Merlin, enseigner qu'il n'est pas douteux que cette règle n'ait encore lieu dans notre jurisprudence, et vouloir en faire l'application aux art. 1638 et 1644 du Code.

Elle ne nous paraît pas plus applicable à l'arti-

cle 1610, qui porte que, « Si le vendeur manque » à faire la délivrance dans le tems convenu entre » les parties, l'acquéreur pourra, *à son choix*, de- » mander la résolution de la vente, ou sa mise en » possession, si le retard ne vient que du fait du » vendeur. »

Nous pensons que, dans ce cas, comme dans tous les autres où la loi donne plusieurs actions au demandeur, il peut, après avoir formé l'une des actions, s'en désister pour revenir à l'autre; en un mot, que la règle *electâ unâ viâ, non datur regressus ad alteram*, n'a lieu, chez nous, que dans les cas où l'exception de la chose jugée s'oppose à la seconde action, conformément aux dispositions de l'art. 1351.

193. Nous pensons encore, avec M. Merlin, pag. 577, que le vendeur d'un immeuble qui, pour conserver son privilége, a pris une inscription hypothécaire qu'il croyait valable, mais qui se trouve nulle, peut encore, après s'être présenté à l'ordre comme créancier dûment inscrit, et avoir demandé sa collocation sur le prix de l'immeuble, lorsqu'il est averti de la nullité de son inscription, conclure à ce que le contrat de vente soit résolu, suivant le droit qu'en donne à tout vendeur non payé l'article 1654 du Code civil.

C'est une conséquence nécessaire des principes que nous avons exposés. Il y a même, dans cette espèce, un motif de plus pour en faire l'application; car, en se présentant à l'ordre en vertu de

son inscription, qu'il croyait valide, le créancier s'est trompé. On ne peut pas dire qu'il ait fait un choix, en prenant une voie qui ne lui était pas ouverte, un moyen qui réellement n'existait pas, puisque son inscription était nulle aux yeux de la loi. Or, les interprètes mêmes qui, tels que Brunneman et le président Favre, établissent en règle générale le brocard, *in concursu actionum alternativo, si actio semel in judicium deducta sit, statìm submovetur altera*, enseignent qu'il est sans application, et que la variation est admise sans difficulté, toutes les fois qu'à la voie qu'on a choisie, il s'oppose un obstacle de droit qui devait en paralyser l'effet : *Si sint duæ viæ*, dit Brunneman sur la loi 12, *ff de inoff. testam., quarum una alterius electione tollitur, si prima electa non poterit de jure sortiri effectum, potest secundâ viâ ambulari.....et hæc regula est valdè utilis, quotiescunquè electio unius remedii est inutilis et effectum habere non potuit, restat alterum remedium, licèt aliàs electione unius alterum tollatur.* Le président Favre en donne la raison subtile que nous avons indiquée; c'est qu'on ne peut pas dire qu'il existe un choix réel entre deux actions, dont l'une seule nous appartient.

M. Merlin, qui développe ce point avec sa sagacité ordinaire, n°. 6, pag. 575 et suiv., en conclut avec beaucoup de raison que la Cour de cassation s'est écartée des principes, en maintenant, le 16 juillet 1818, un arrêt qui avait jugé qu'un sieur

Rachais, vendeur d'un immeuble saisi sur l'acquéreur, et revendu sur lui par expropriation forcée, s'était rendu non recevable à demander la résolution de la vente par lui faite au saisi, en se pourvoyant dans l'ordre, en vertu d'une inscription hypothécaire nulle, qu'il croyait valide.

Voici les considérans de la Cour de cassation : « Attendu que le sieur de Rachais, au lieu d'in-» tenter l'action en résiliation, étant intervenu dans » l'instance de saisie immobilière, sans demander » la distraction, s'étant pourvu dans l'ordre, pour » être colloqué sur le prix de son adjudication, » ayant ainsi approuvé la vente, s'est rendu non re-» cevable dans sa demande en résolution de la » vente par lui faite; la Cour rejette le pourvoi. »

La censure que fait de cet arrêt M. Merlin, pag. 578, est tellement solide et tellement lumineuse, que nous croyons devoir y renvoyer le lecteur, sans y rien ajouter, nous bornant à observer que, dans nos principes, il existe une raison de plus contre cet arrêt, puisque nous croyons avoir prouvé que la fausse maxime des interprètes, *electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram*, n'est point reçue en France, à moins que ce ne soit en conséquence de l'autorité de la chose jugée.

Cette prétendue maxime ne peut donc être opposée, comme fin de non-recevoir, contre la seconde action, même fondée sur la même cause que la première, qui n'a point encore été jugée, et dont le demandeur s'est désisté pour en former une au-

tre, ni à la seconde action, formée après le jugement de la première, mais sur une autre cause.

194. La troisième condition requise, pour admettre l'exception de la chose jugée contre une nouvelle demande, est qu'elle soit *entre les mêmes parties, et formée par elles et entre elles, en la même qualité* (1351).

Cette troisième condition, encore tirée du droit romain, n'est pas moins conforme à la raison que les deux précédentes. C'est une conséquence nécessaire du grand principe, du principe invariable dont on ne doit jamais s'écarter sous aucun prétexte, dont on ne s'est jamais écarté dans l'ordre judiciaire : On ne doit jamais condamner personne sans l'avoir entendu. *Ne inauditus condemnetur.*

Un jugement où je n'ai été ni partie, ni appelé, ne peut donc m'être opposé sans injustice. Que la question à juger soit la même, qu'elle soit fondée sur la même cause, il n'importe : si je n'ai pas été appelé au jugement, si je n'ai pas été entendu, rien n'est jugé contre moi.

195. De là cette maxime de raison, si souvent répétée, que la chose jugée entre d'autres personnes, ne peut ni nuire ni profiter à des tiers : *Res inter alios judicatæ, neque emolumentum afferre lis, qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare. Loi 2, Cod. quibus res judicat. non nocet*, 7. 56.

J'ai déposé un meuble précieux entre les mains de Titius, qui laisse en mourant Primus et Secun-

dus, ses deux fils, pour seuls héritiers. Je cite Primus en justice, pour lui demander, en qualité d'héritier de son père, la restitution du dépôt. Le juge décide qu'il n'a pas été fait, et qu'il ne m'est rien dû. Je puis, par une seconde action, former la même demande contre Secundus, sans qu'il puisse la repousser par l'exception de la chose jugée. Loi 22, *ff de re judicatâ*, 44. 2.

Primus et Secundus ont trouvé, dans la succession de leur père, un billet par lequel j'ai promis de lui rendre 4,000^{f} qu'il m'a prêtés. Primus me demande cette somme, ou du moins la moitié qui lui appartient Je dénie ma signature, et après la vérification ordonnée, le jugement définitif rejète la demande, par le motif que le billet n'est pas de mon écriture.

Secundus me forme la même demande, en vertu du même billet. Je ne puis lui opposer l'exception de la chose jugée, parce qu'il n'a été ni partie ni appelé (1) au premier jugement (2).

196. Cette décision, sur laquelle les jurisconsultes n'élèvent aucun doute, peut cependant conduire à voir rendre, sur une demande dont l'objet est le même, et qui est fondée sur la même cause,

---

(1) Il en serait autrement s'il avait été appelé au premier jugement et qu'il eût laissé défaut. *Voy.* l'art. 153 du Code de procédure.

(2) *Voy.* un arrêt de la Cour de cassation, du 2 vendémiaire an XI, Sirey, tom. III, 2.e part., pag. 538.

Un arrêt de cassation, du 12 janvier 1814, a décidé qu'un jugement

sur le même titre, deux jugemens diamétralement contraires, l'un qui déclare le billet nul, l'autre qui le déclare valide : d'où résultera nécessairement que l'un des deux est injuste, soit en refusant ce qui était dû, soit en accordant ce qui ne l'était pas. Les juges éprouveront le sentiment pénible que donne une décision inique dans le fait, quoiqu'elle ne le soit pas dans l'intention. Le respect pour les tribunaux en sera affaibli; car, si l'opinion publique est blessée, lorsque, dans des causes analogues, les tribunaux prononcent d'une manière opposée, que sera-ce quand cette contrariété aura lieu dans la même cause, sur le même objet, sur des questions identiques, sur le même titre? C'est un véritable scandale, qui cependant ne peut être qu'apparent.

Mais apparent ou vrai, ce scandale ne peut être une raison suffisante pour violer la première règle de justice, pour me condamner sans m'entendre, en m'appliquant la décision d'un jugement où je n'ai été ni partie ni appelé, pour s'exposer, si l'on peut ainsi parler, à fermer la porte à la vérité. Ne puis-je pas avoir, ne doit-on pas même présumer

---

rendu contre un héritier personnellement, n'a aucun effet à l'égard de ses cohéritiers, et que ceux-ci ne sont pas recevables à y former tierce-opposition;

Que la tierce-opposition n'a pas l'effet de remettre en question ce qui a été déjà jugé entre les parties, à moins que la matière ne soit indivisible. *Voy.* Sirey, tom. XIV, pag. 246.

que j'ai des moyens nouveaux, de nouvelles preuves omises dans la première instance, puisque j'ose braver le préjugé qu'élève contre moi la première décision, en présentant aux mêmes juges la même question à juger une seconde fois? En un mot, personne ne doit être condamné sans avoir été entendu. On ne peut donc, sans violer la première règle de justice, opposer l'exception de la chose jugée à celui qui n'a été ni partie ni appelé au jugement rendu contre un tiers.

197. L'application de ce principe peut faire naître des doutes qui se dissipent avec un peu de réflexion. En voici un exemple, tiré de la loi 16, *ff qui potiores*, etc., 20. 4. Cet exemple est d'autant plus remarquable qu'il peut se présenter sous notre nouvelle législation.

Claudius Felix avait successivement hypothéqué le même fonds à trois créanciers différens. Une contestation de préférence s'éleva entre le troisième et le premier. Celui-ci perdit son procès, *superatus est*, et n'appela point du jugement, qui acquit contre lui l'autorité de la chose jugée.

Le second créancier, au contraire, qui avait aussi succombé dans une autre contestation de préférence contre le troisième créancier, avait conservé son droit par un appel.

On demandait donc si le troisième créancier, qui avait fait exclure le premier par un jugement passé en force de chose jugée, devait l'emporter sur le second? Les opinions furent partagées; les

uns disaient que le troisième créancier devait être préféré, comme s'il avait été subrogé aux droits du premier, en le payant *de suâ pecuniâ* (1).

Le jurisconsulte Paul, au contraire, trouva cette opinion injuste, par le motif que l'effet du jugement rendu en faveur du troisième créancier, n'avait pas été de le subroger aux droits du premier, mais d'exclure celui-ci, et que la chose jugée ne peut nuire ni profiter à un tiers : *Nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet.* Il en conclut que, sans préjudice du premier jugement, le droit du second créancier reste entier : *Sine præjudicio prioris sententiæ, totum jus alii creditori (nempè secundo), integrum relinquitur.*

Paul se borne à cette décision très-juste, sans en développer le résultat, que les conséquences du principe qu'il établit font assez apercevoir, si l'on écarte les nuages dont les glossateurs l'ont entouré (2)..

Si le droit de Secundus reste entier, il ne peut être primé par Tertius; mais aussi Secundus ne

---

(1) Ils se gardaient bien, dit Cujas sur cette loi, de s'appuyer de la maxime, *si vinco vincentem te, à fortiori vincam te;* maxime fausse, *si non sit eadem ratio vincendi Primi et Secundi;* ce qui n'existe pas dans l'espèce de la loi. Cujas s'étend beaucoup sur cette maxime, dont il fait voir le ridicule abus par l'exemple du sophisme d'Androcide à Alexandre : *Si vinum cicutæ venenum est, et cicuta hominis, multò magis vinum homini venenum est.*

(2) *Voy.*, outre Accuse, Barthole et Bachovius, *de pign. et hyp., lib. 3, cap. 15.*

peut prétendre la préférence sur Primus, parce qu'il ne peut invoquer, à son profit, la chose jugée en faveur de Tertius.

D'un autre côté, ce jugement doit conserver sa force contre Primus, en faveur de Tertius. C'est sans préjudice de ce jugement que Secundus conserve son droit en entier. Qu'en résultera-t-il donc? Une chose fort juste : on prendra, sur le prix du fonds hypothéqué, d'abord ce qui est dû à Primus; 2°. ce qui est dû à Secundus, dont le droit reste entier. Mais Tertius, en vertu du jugement rendu en sa faveur, prendra ce qui revient à Primus, jusqu'à concurrence de sa créance seulement; Primus conservera le surplus, s'il y en a. Si, au contraire, sa créance est moindre que celle de Tertius, celui-ci ne recevra le surplus de ce qui lui reste dû qu'après le paiement intégral de la créance de Secundus, dont le droit ne peut être ni augmenté ni diminué, par le jugement qui exclut Primus en faveur de Tertius.

C'est de cette manière simple et juste qu'explique la loi citée un jurisconsulte consommé, qui réunissait à une théorie éclairée de la science du droit, un grand usage des affaires pratiques et du barreau (1).

La décision de la loi citée peut encore trouver aujourd'hui son application, en adaptant l'espèce à notre nouvelle législation.

---

(1) Huberus, *Prælectiones juris civilis, lib.* 20, *tit.* 4, *n.os* 30 *et* 31.

Caïus hypothèque le même fonds à trois créanciers, à Primus pour 4,000f, à Secundus aussi pour 4,000f, à Tertius pour 8,000f. Tous les trois font successivement inscrire leurs créances au bureau des hypothèques. Caïus tombe en déconfiture. Le fonds hypothéqué est saisi et vendu. Dans l'instance d'ordre, Primus et Secundus, sans critiquer mutuellement les inscriptions l'un de l'autre, demandent à être colloqués, l'un au premier, l'autre au second ordre. Tertius conteste la validité des inscriptions des deux premiers créanciers, et les fait juger nulles. Primus néglige d'être appelant dans le délai prescrit, et le jugement passe, par conséquent, en force de chose jugée. Mais Secundus fait réformer le jugement, en ce qui le concerne, et conserve ainsi son rang d'hypothèque.

Comment doivent être distribués les deniers de la vente?

Le jugement qui annule l'inscription de Primus empêche celui-ci de primer Tertius, parce qu'à son égard il n'est plus créancier hypothécaire.

Mais Secundus ne peut invoquer ce jugement, pour se placer au premier rang : *Res judicata alii prodesse non potest.* Il n'a point été décidé en sa faveur que l'inscription de Primus soit nulle; il ne l'a point attaquée : elle doit donc subsister à son égard. Cependant le jugement obtenu par Tertius doit conserver sa force contre Primus, et l'exécution en est facile : on prendra en premier ordre les 4,000f dus à Primus; cette somme reviendra à

Tertius, en vertu du jugement qu'il a obtenu. Secundus prendra ensuite, au deuxième ordre, les 4,000^{f} qui composent sa créance intégrale, et Tertius aura, au troisième ordre, les 4,000^{f} qui lui restent dus, si le prix de la vente est suffisant.

Il résulte de ce que nous venons de dire que, dans cette espèce, Primus n'est que créancier chirographaire à l'égard de Tertius, et qu'il est hypothécaire relativement à Secundus. Il n'y a rien en cela d'incompatible; c'est une conséquence de la règle, *res judicata alii prodesse non potest.* Nous reviendrons sur ce point.

198. Il est assez évident que l'autorité de la chose jugée a lieu pour et contre ceux qui, sans avoir été personnellement parties au jugement, y étaient représentés par un mandataire ou procurateur, par leurs tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs légitimes; pour et contre les femmes représentées par leurs maris, lorsqu'il s'agit de l'administration des biens, ou des actions mobilières ou possessoires, qui appartiennent à leurs épouses (1428). Il y a, dans tous ces cas, identité morale des parties.

199. L'autorité de la chose jugée a encore lieu, par la même raison, pour ou contre les successeurs de celui qui était partie ou dûment appelé au jugement.

On n'en peut douter, à l'égard des héritiers ou successeurs à titre universel, *qui hæredum loco habentur*, puisqu'ils représentent la personne de

leur auteur, et succèdent à tous ses droits actifs et passifs, quels qu'ils soient.

Mais de plus, dans les matières réelles, le jugement rendu pour ou contre le propriétaire d'un immeuble, a également l'autorité de la chose jugée pour ou contre *ses ayant-cause* (1), c'est-à-dire ceux qui lui succèdent, quoiqu'à titre singulier, dans la propriété de l'immeuble qui a fait l'objet du procès. C'est une conséquence de la règle *quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit*, que nous avons expliquée ailleurs (2).

Par exemple, si vous avez succombé dans la revendication du fonds cornelien formée contre Pierre, le jugement rendu en sa faveur aura contre vous, en faveur de son acquéreur, l'autorité de la chose jugée. Loi 11, § 3, *ff de except. rei jud.*

Si j'ai demandé à mon voisin la destruction d'un ouvrage qui faisait refluer les eaux sur mon héritage, le jugement, quel qu'il soit, aura, en faveur de l'acquéreur de l'un des deux héritages, l'autorité de la chose jugée. D. L., § 9.

Les lois citées sont dans l'espèce d'un successeur ou ayant-cause à titre onéreux; mais il n'est pas douteux qu'elles s'appliquent également aux successeurs singuliers à titre gratuit; par exemple,

---

(1) *Exceptio rei judicatæ nocebit ei qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est. Loi* 28, *ff de excep. rei jud.*, 44. 2.

(2) *Voy.* l'addition sur la transmission des droits et obligations aux successeurs à titre singulier, *ad calcem* de ce volume.

aux donataires, car ils sont *les ayant-cause* du donateur. Pothier, n°. 67.

Par exemple, si j'ai fait juger contre vous que le fonds cornelien ne vous appartenait pas, et que vous renouvelliez votre demande contre celui auquel je l'ai donné depuis, mon donataire, comme étant mon ayant-cause, pourra vous opposer l'exception de la chose jugée.

La raison en est, suivant Pothier, que comme dans une convention relative à une chose qui nous appartient, nous sommes censés stipuler et promettre, tant pour nous que pour nos héritiers, successeurs et ayant-cause, et qu'en conséquence, le droit qui résulte de cette convention passe, avec la chose, à tous nos héritiers, successeurs et ayant-cause. De même, quand nous plaidons une question relative à un immeuble qui nous appartient, nous sommes censés plaider, tant pour nous que pour nos ayant-cause ou successeurs à cet immeuble, quels qu'ils soient; et, par conséquent, le droit qui résulte du jugement rendu sur cette contestation, doit passer à tous nos successeurs et ayant-cause. *Eadem enim causa debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum*, dit fort bien Pothier, n°. 55, section de l'autorité de la chose jugée.

Si l'ayant-cause peut opposer le jugement rendu en faveur de son auteur, dans les matières réelles, on peut aussi, réciproquement, lui opposer le jugement rendu contre ce même auteur, lorsque ce

jugement est antérieur à l'époque où l'ayant-cause a acquis les droits de son auteur, mais non s'il est postérieur.

Pierre avait revendiqué contre vous le fonds cornelien ; son action a été repoussée ; et nonobstant ce jugement, il me l'a spécialement hypothéqué pour sûreté d'une somme de 3,000^{f}. Si je veux exercer contre vous l'action hypothécaire, vous pourrez la repousser par l'exception de la chose jugée contre Pierre, avant qu'il m'ait consenti une hypothèque, et je ne serai pas reçu à prouver que Pierre était propriétaire, et qu'il m'a conséquemment valablement constitué une hypothèque.

Mais s'il me l'avait constituée avant le jugement rendu en votre faveur, vous ne pourriez repousser mon action hypothécaire par l'exception de la chose jugée, et je serais reçu à prouver que Pierre était propriétaire à l'époque de la constitution de mon hypothèque, quoiqu'il ait cessé de l'être depuis. Loi 11, § 10; loi 29, § 1, *ff de except. rei judic.*; loi 3, *ff de pign. et hyp.*, 20. 1. Pothier, section de l'autorité de la chose jugée, n°. 56.

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quòd suam non probat, æquè servanda erit creditori actio serviana, probanti res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse. Loi 3, *ff de pign. et hyp.*, 20. 1.

Si je ne puis faire cette preuve, mon hypothèque s'évanouira avec le droit de celui qui l'avait constituée ; car, suivant l'art. 2125 du Code, ceux qui

n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, ou à la même rescision et résolution.

200. Quoique l'exception de la chose jugée passe de la personne du vendeur à celle de l'acquéreur, elle ne peut réciproquement passer de la personne de l'acquéreur à celle du vendeur; car, si l'acquéreur représente le vendeur, à la propriété duquel il succède, le vendeur ne peut plus représenter l'acquéreur : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ à personâ autoris ad emptorem transire solere; retrò autem ab emptore ad autorem reverti non debere. Loi 9, § 2, ff de except. rei judic., 44. 2.*

Voici l'exemple qu'en donne cette loi : Vous avez vendu un fonds de l'hérédité, *hereditariam rem;* je le revendique contre l'acquéreur, et je l'en évince. Si vous venez le revendiquer contre moi, je ne pourrai vous opposer l'exception de la chose jugée contre votre acquéreur.

Si donc l'acquéreur, au lieu d'appeler le vendeur en garantie, soutient seul le procès, par l'issue duquel il est évincé, le vendeur, en sa qualité d'héritier, pourra revendiquer le fonds dont son acquéreur a été évincé, sans qu'on puisse lui opposer, ni l'exception de la chose jugée, parce qu'il n'était point partie au procès, ni la vente qu'il avait consentie : ce serait excepter du droit d'autrui.

Si, au contraire, j'ai succombé dans la demande que j'ai formée contre votre acquéreur, et que je forme une seconde action contre vous, en votre qualité d'héritier, vous ne pourriez m'opposer la chose jugée en sa faveur : *Item si victus fuero, tu adversùs me exceptionem non habebis.* *Loi* 10, *ff de except. rei judic.*

Ce jugement est, à votre égard, *res inter alios judicata, quæ tertio non nocet neque prodest.*

201. Ce principe, que l'autorité de la chose jugée n'a point lieu à l'égard des personnes qui n'ont pas été parties au jugement, et qui ne sont pas les successeurs de l'une des parties, concourt souvent avec le principe précédemment expliqué, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de la chose même sur laquelle le jugement a statué.

Dans l'exemple d'un père de deux enfans, qui trouvent dans sa succession un billet de 4,000^{f} qu'il m'avait prêtés, le jugement rendu contre l'aîné, qui m'avait demandé la restitution de cette somme ou de la moitié, ne peut être opposé au puîné, qui forme contre moi la même demande, parce qu'il n'était point partie au jugement; mais on peut dire aussi que la chose demandée n'est pas la même; car la division de la créance de 4,000^{f} s'étant faite de plein droit entre les deux frères, ce sont désormais deux créances différentes, quoique fondées sur le même titre. Le premier frère ne demandait que la moitié de l'ancienne créance, qui lui était devenue propre. Le jugement rendu

contre lui ne peut donc être opposé à l'autre frère, non seulement parce qu'il n'y était point partie, mais encore parce que la somme qu'il demande n'est plus la même. *Mutatio personarum cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit*, dit fort bien, à ce sujet, le jurisconsulte Paul, *loi 22, ff de except. rei judic.*

Pareillement; lorsqu'un créancier a laissé plusieurs héritiers, le débiteur qui a obtenu congé de la demande formée par l'un d'eux, pour sa part, ne peut opposer ce jugement aux demandes formées par les autres héritiers, pour leurs parts; c'est, à leur égard, non seulement *res inter alios judicata*, mais de plus, la chose demandée par chacun d'eux n'est plus la même.

202. Mais, dans le cas d'une dette solidaire entre plusieurs débiteurs. le jugement rendu contre le créancier qui s'était adressé à l'un d'eux, a-t-il l'autorité de la chose jugée en faveur des autres? Peuvent-ils repousser, par l'exception de la chose jugée, la nouvelle demande qu'il voudrait leur former? L'affirmative nous paraît une conséquence directe des principes reçus en matière de solidarité; la dette solidaire n'est qu'une seule et même dette (1); elle est due en totalité par chacun des débiteurs; elle provient de la même cause : *Ex*

(1) Pothier, n.os 272 et 273. *Voy.* aussi ce que nous avons dit, tom. VI, n.o 729.

unâ stirpe, unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa apparuit. Leg. ult., Cod. de duobus reis, 8. 40.

D'un autre côté, lorsque plusieurs personnes s'obligent solidairement, par un seul et même contrat, à une seule et même dette, elles entrent par là même en société, pour ce qui concerne cette dette. Elles se chargent mutuellement, par un mandat tacite, mais réel, de payer les unes pour les autres, ou, comme porte la disposition finale de l'art. 1216, elles sont *cautions* les unes des autres. Celui des débiteurs qui paie seul pour les autres agit donc tant pour lui que pour ceux dont il paie la part. S'il reconnaît seul la dette, il la reconnaît tant en son propre nom que dans celui de ses codébiteurs, en vertu de leur mandat tacite. Ainsi, en agissant contre un seul, le créancier agit contre le mandataire de tous. C'est même pour n'être pas obligé d'agir contre chacun d'eux séparément, que le créancier a stipulé la solidarité. Le jugement qui intervient doit donc produire son effet contre tous, comme en faveur de tous. Ici se trouvent les trois conditions exigées pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée : identité de chose, identité de cause, enfin, identité de personnes.

203. Si le jugement rendu contre l'un des débiteurs solidaires a son effet contre tous les autres codébiteurs, comme il ne paraît pas qu'on en puisse douter, il en résulte qu'il est exécutoire contre

tous, et contre chacun d'eux; mais nous pensons, par argument de l'art. 877, que le créancier doit le faire signifier, huit jours au moins avant l'exécution, à ceux contre lesquels il entend la poursuivre.

Et, par une conséquence ultérieure, on doit dire que le délai de trois mois, accordé pour l'appel qu'ils ont, sans contredit, le droit d'interjeter, ne commence à courir contre eux que du jour de la signification qui leur a été faite à personne ou domicile, conformément à l'art. 443 du Code de procédure, quand même le jugement aurait acquis la force de chose jugée, à l'égard de celui contre lequel il a été rendu.

Car l'acquiescement même formel de l'un des débiteurs solidaires au jugement rendu, même contradictoirement, contre tous, ne peut pas plus priver les autres du droit d'en appeler, que la reconnaissance de la dette, faite par l'un d'entre eux, ne peut ôter aux autres le droit de faire annuler ou rescinder l'acte ou le contrat qu'on leur oppose, pour prouver la dette solidaire. Cette reconnaissance ne peut lier que celui qui l'a faite.

204. Si le créancier dont la demande a été poussée par le jugement avait des cocréanciers solidaires, le jugement rendu contre lui pourrait leur être opposé, car il avait droit et qualité d'agir pour tous, de recevoir pour tous, quoiqu'il n'eût le droit de faire remise que de sa part. (1197. 1198.)

Mais les créanciers solidaires peuvent appeler du

jugement rendu contre l'un d'eux, pourvu qu'ils soient encore dans les délais de l'appel. Néanmoins, si le cocréancier condamné n'était pas lui-même appelant, ou avait acquiescé au jugement, les autres ne pourraient obtenir de condamnation que déduction faite de sa part, qui ne peut leur revenir par droit d'accroissement.

205. La disposition de la loi, lorsqu'elle prononce la solidarité, opère les mêmes effets que la stipulation de solidarité.

206. Ce que nous venons de dire s'applique aux cas où la solidarité de la dette et de la créance a été stipulée expressément par les parties, ou prononcée par la loi. Mais si la dette ou la créance est du nombre de celles qu'on appèle *indivisibles*, ou, pour parler plus clairement et plus exactement, dont le paiement ne peut être divisé, c'est-à-dire fait partiellement (1); ce qui arrive, suivant l'article 1221, n°. 5, « lorsqu'il résulte, soit de la na-» ture de l'engagement, soit de la chose qui en fait » l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le » contrat, que l'intention des contractans a été que » la dette ne pût s'acquitter partiellement; »

Dans ces cas, la loi ne prononce point littéralement la *solidarité* contre les débiteurs, en faveur des créanciers; mais la disposition finale de l'article cité dit *expressément* que « chaque héritier (du

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. VI. sur les obligations divisibles et indivisibles, et sur-tout n.os 774 et suiv., 796.

» débiteur) peut être poursuivi pour le tout, sauf » son recours contre ses cohéritiers. »

Or, pour qu'une dette soit solidaire, il n'est pas nécessaire que le mot de *solidarité* soit écrit en toutes lettres (1). Ce n'est point une expression sacramentelle, qui ne puisse être remplacée par des équivalens. En disant que chaque débiteur peut être poursuivi *un seul pour le tout*, l'article cité fait plus, il désigne la solidarité par ses effets; il met le défini à la place de la définition; car la solidarité n'est pas autre chose que le droit de poursuivre un seul des débiteurs *pour le tout*. Prenons donc pour constant que, dans les cas dont parle le n°. 5 de l'art. 1221, il y a solidarité entre les débiteurs, et solidarité entre les créanciers. Les jugemens rendus pour ou contre l'un des premiers doivent donc avoir l'autorité de la chose jugée contre ou pour tous les autres, et *vice versâ*.

207. Ainsi l'enseigne Pothier (2). « Lorsque, dit-» il, la chose due à plusieurs.... est quelque chose » d'indivisible, tel qu'*un droit de servitude*, cette » chose n'étant pas susceptible de part, chacun est » créancier du total, ou copropriétaire du total; » c'est pourquoi le jugement rendu sur la demande » que l'un d'eux a faite de cette chose, a eu pour » objet la même chose que la demande qu'en fai-

---

(1) *Voy.* tom. VI, n.° 721.

(2) Traité des obligations, section de l'autorité de la chose jugée, n.° 59.

» saient les autres ; c'est *eadem res.* On peut dire » aussi que ce jugement n'est pas *res inter alios ju-* » *dicata*, à l'égard des autres créanciers ou pro- » priétaires de cette chose ; car l'indivisibilité de » leur droit avec le sien les fait regarder comme » étant avec lui *une même partie ;* c'est pourquoi ce » jugement, à leur égard, a l'autorité *de la chose* » *jugée.* Lorsqu'il a été rendu en faveur de leur co- » propriétaire ou cocréancier, ils peuvent, de même » que lui, s'en servir contre la partie contre qui il » a été rendu, et s'il a été rendu contre leur copro- » priétaire ou cocréancier, il peut être opposé contre » eux, comme contre lui. »

Pothier n'a pris ici pour exemple que le cas où la chose due est un droit de servitude (1) ; mais la disposition finale de l'art. 1221 doit faire étendre cette décision à tous les cas où, suivant le n°. 5 de cet article, le paiement ne peut être fait partiellement. Nous les avons développés, tom. VI, n°. 774 et suivans.

208. Pothier observe avec raison que si le jugement avait été rendu par collusion, ceux à qui on voudrait l'opposer pourraient renouveler le procès. Il cite, à ce sujet, la loi 19, *ff si servitus vind.*, §. 5, dont la décision doit être étendue à tous les cas où celui à qui un jugement est opposé n'aurait

---

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. VI, n.° 796, sur les changemens qu'apporte à cet exemple le principe du Code, qui veut que la propriété soit transférée par le seul effet des conventions.

pas été partie lui-même, mais seulement représenté par une autre personne.

209. L'obligation de la caution ou du fidéjusseur ne peut exister sans l'obligation principale (2012). Le cautionnement ne peut même excéder ce qui est dû par le débiteur principal, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (2013). Il suit de là que tous les jugemens obtenus par le débiteur contre le créancier ont l'autorité de la chose jugée, en faveur de la caution.

On a donc considéré la caution comme étant la même partie que le débiteur, à l'égard de tous les jugemens qui déclarent l'obligation principale acquittée, ou qui la rendent moins onéreuse (1).

Le créancier à qui la caution opposerait l'exception de la chose jugée, avec le débiteur, ne pourrait pas répliquer que c'est *res inter alios judicata;* car l'obligation de la caution ne pouvant être plus onéreuse que celle du principal obligé, il s'ensuit qu'elle peut opposer toutes les exceptions que celui-ci peut opposer, et par conséquent, l'exception de la chose jugée en sa faveur. S'il en était autrement, il en résulterait un circuit vicieux d'ac-

---

(1) Ainsi, le jugement qui, conformément à l'art. 1244 du Code, accorderait des délais au débiteur principal, aurait l'autorité de la chose jugée en faveur du fidéjusseur; car si le créancier avait la faculté de contraindre ce dernier avant l'expiration des délais accordés, ils deviendraient illusoires, par le recours qu'exercerait la caution contre le principal obligé.

tions; car, si le créancier, après avoir échoué contre le principal obligé, actionnait la caution, elle pourrait mettre en cause le principal débiteur, qui viendrait prendre la garantie pour elle, et repousser le créancier par l'exception de la chose jugée.

210. *Vice versâ*, le jugement rendu contre le débiteur, en faveur du créancier, peut être opposé à la caution et déclaré exécutoire contre elle; mais elle peut s'en porter appelante. La loi 5, *ff de appell.*, 49. 1, met les fidéjusseurs au nombre des personnes qui peuvent appeler d'un jugement, *fidejussores pro eo pro quo intervenerunt.* Les délais de l'appel ne courent que du jour où le créancier leur a fait notifier le jugement.

211. Mais, si le jugement est passé en force de chose jugée, ou rendu en dernier ressort, la caution pourra-t-elle l'attaquer par la voie de la tierce-opposition, qui n'est accordée qu'aux personnes qui n'ont été ni parties ni appelées, et à ceux qui les représentent, à ceux, en un mot, qui se trouvent lésés par un jugement rendu contre d'autres personnes, et dont, par cette raison, ils ne pouvaient se porter appelans?

Car la règle générale est qu'on ne peut appeler d'un jugement rendu entre des tiers: *A sententiâ inter alios dictâ appellari non potest. Loi* 5, *ff de appell.*, 49. 1. On peut seulement y former une opposition fondée sur ce principe d'équité, si souvent rappelé: *Res inter alios judicata, tertio neque nocet, neque prodest*, fondé lui-même sur cette pre-

mière règle de justice, que personne ne doit être condamné sans avoir été entendu.

Mais on ne peut faire rétracter que par la voie de requête civile, les jugemens où l'on a été partie, et ceux où figuraient en nom les personnes dont on est *l'ayant-cause*, ou que l'on représente.

L'ordonnance de 1667, tit. 28, art. 1, portait que « les arrêts et jugemens en dernier ressort ne » pourront être rétractés que par lettres en forme » de requête civile, à l'égard de ceux qui auront été » parties ou dument appelés, de leurs héritiers, » successeurs ou ayant-cause. »

L'art. 474 de notre Code de procédure dit la même chose, en d'autres termes : « 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 été appelés. »

La question de savoir si la caution peut former une tierce-opposition aux jugemens rendus contre le principal obligé, dépend donc du point de savoir si elle est son *ayant-cause*, si elle *le représente*.

Cette question se présenta, en 1811, à la Cour de cassation, relativement à un arrêt rendu en 1786, sous l'empire de l'ordonnance de 1667. Elle fut, sur les conclusions du savant M. Daniels, résolue par une distinction sage :

Ou la caution emploie, au soutien de sa tierce-opposition, des exceptions réelles inhérentes à la cause, et que le débiteur principal lui-même a déjà employées, ou pouvait employer;

Ou elle emploie des exceptions qui lui sont purement personnelles.

Au premier cas, la caution est véritablement *l'ayant-cause* du débiteur principal; elle le *représente*, puisqu'elle se met à sa place, et ne fait qu'user des droits qui lui appartiennent. La caution ne peut alors, sur le fondement de pareilles exceptions, faire rétracter par tierce-opposition le jugement qui condamne le débiteur. C'est la voie de la requête civile qu'il faut prendre.

Au second cas, si la caution se sert d'exceptions personnelles, de moyens que n'avait pas le débiteur, et qui n'ont pu être appréciés avec lui, bien évidemment la caution ne demande point d'être mise au lieu et place du débiteur; elle ne peut même aucunement s'y trouver, puisqu'elle réclame au contraire de son chef: donc alors, elle n'est point *l'ayant-cause* du débiteur principal, elle ne le *représente* point; et ni l'art. 1^er^. du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, ni l'art. 474 du Code de procédure civile, ne repoussent, en cette espèce, la tierce-opposition de la caution.

Dans l'espèce, l'exception employée par la caution, loin de lui être personnelle, était inhérente à la cause; elle avait été proposée par le débiteur principal, appréciée et jugée contradictoirement avec lui. L'arrêt qui l'avait admise fut donc cassé le 27 novembre 1811, « attendu que la caution, » en tant qu'elle emploie les exceptions réelles du » débiteur principal, et déjà jugées contradictoi-

» rement avec lui, ne peut être considérée que » comme son *ayant-cause*, puisque, par cela seul, » elle se met à sa place et qu'elle veut se prévaloir » de son droit; que, par conséquent, elle doit éga- » lement souffrir toutes les exceptions qui les écar- » tent, etc....., casse (1). »

212. Les légataires ne sont point les *ayant-cause* ni les représentans de l'héritier institué; ils tiennent, comme lui, leur droit directement du testateur. Cependant, dans le droit romain, les jugemens qui déclaraient nulle l'institution d'héritier pouvaient être opposés aux légataires, parce que tout ce qui était contenu dans le testament, dépendait de l'institution d'héritier, par une conséquence de la maxime : *Nemo potest partim testatus, partim intestatus decedere.*

Mais les jugemens rendus contre l'un des légataires ne pouvaient être opposés aux autres. C'était à leur égard *res inter alios judicata.* (2)

Dans notre législation, le droit des légataires ne dépend point de l'institution d'héritier, qui peut être nulle, quoique les legs soient valides; par exemple, l'institution d'un incapable ne vicie point les legs faits, dans le même testament, à des personnes capables de recevoir. Ainsi, le jugement rendu contre l'héritier institué ne peut être opposé

---

(1) L'arrêt est rapporté par Sirey, tom. XII, 1.re part., pag. 125 et suiv.

(2) *Voy.* Pothier, section de la chose jugée, n.° 62.

aux légataires, quand même le moyen qui a fait rejeter l'institution serait de nature à faire rejeter les legs, si les légataires avaient été appelés ; par exemple, un vice de forme. Il n'y a ni identité de personnes, ni identité de choses.

213. Pour admettre l'exception de la chose jugée contre la seconde demande, ce n'est point assez qu'elle soit *entre les mêmes parties*; le Code exige de plus qu'elle soit formée par *elles et contre elles, en la même qualité;* disposition encore tirée du droit romain, qui exige aussi *ut sit eadem conditio personarum.*

Si donc j'ai formé contre vous une demande en qualité de tuteur de Titius, le jugement qui l'a rejetée ne m'empêchera point de la renouveler en mon propre et privé nom, *et vice versâ.*

Après avoir échoué dans une action formée comme mandataire de Titius, je puis la renouveler en mon nom propre.

Le mari qui a succombé dans une action formée au nom de sa femme, peut renouveler la même demande en son nom personnel, *et vice versâ.*

214. Mais si les deux qualités, sous lesquelles un demandeur prétendrait agir successivement, s'étaient confondues dans sa personne avant la première demande, formée dans l'une de ces qualités, il ne pourrait plus les séparer pour former une seconde demande en l'autre qualité. Nous en avons donné un premier exemple, tiré d'Ulpien, *suprà*, n°. 169. En voici un second :

Titius, fils unique, héritier pur et simple de son père et de sa mère, forme contre moi, en qualité d'héritier de son père, une demande, qui est rejetée par un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée. Il ne peut la renouveler en qualité d'héritier de sa mère. Ces deux qualités se trouvaient irrévocablement confondues en sa personne, par l'adition d'hérédité. Il ne peut plus les séparer. Ces successions ne forment plus qu'un seul et même patrimoine. Ce n'est plus désormais le droit de son père, le droit de sa mère qu'il peut réclamer; c'est son droit personnel, c'est sa propriété particulière; qu'elle lui soit venue de son père ou de sa mère, il n'importe : elle est devenue sienne; c'est elle qui est la cause prochaine de son action. Il peut sans doute, il doit même, pour établir sa propriété, indiquer comment il l'a acquise, chercher des documens dans les papiers de son père, de sa mère, de ses aïeuls et bisaïeuls; mais tous ces titres, tous ces documens ne sont point la cause prochaine de son action; ce sont seulement des moyens de prouver son droit; moyens qu'il pourrait proposer et faire valoir en cause d'appel; mais qui, s'il les a omis ou négligés, ne peuvent pas plus être un prétexte de renouveler sa demande, ou d'en former une seconde pour le même objet, que la découverte de pièces nouvelles : *Sub specie novorum instrumentorum posteà repertorum, res judicatas restaurari, exemplo grave est. Loi 4, Cod. de re judic.*, 7. 52.

Inutilement prétendrait-il que, dans la première demande, il n'agissait qu'en qualité d'héritier de son père, et non en qualité d'héritier de sa mère, puisque ces qualités étaient confondues sans retour. Il ne peut pas plus les séparer, pour renouveler une action déjà jugée, qu'il ne pourrait séparer les qualités d'héritier de son aïeul, de son aïeule, d'un oncle, d'un frère, etc.; et si l'on admettait de pareilles séparations fictives, quel serait le terme du procès? La loi ne donne qu'un seul moyen de tenir ces qualités séparées, l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire. C'est ce qui nous paraît incontestable.

215. Cependant on trouve, dans la compilation de Sirey, tom. I, pag. 222, un arrêt de la Cour de cassation du 7 messidor an VII, qui, si l'on ne s'arrêtait qu'au titre qu'y a mis l'arrêtiste (1), paraîtrait contraire à nos principes; mais qui les confirme, au contraire, quand on en examine l'espèce; car la confusion des qualités n'existait pas lors des premiers jugemens.

Hugues Lostauges, comme mari de Marguerite Caussanet, avait vendu à l'aïeul de Bessière le domaine de Combecave. Après la mort de ses père et mère, le fils Lostauges *renonça à la succession de son père*, et réclama le domaine de Combecave, comme héritier de sa mère, contre Bessière, héri-

(1) Le voici : « A celui qui agit en qualité d'héritier de son père, peut-on opposer des jugemens rendus contre lui, en qualité d'héritier de sa mère? Résolu négativement ».

tier de l'acquéreur. Repoussé injustement par le bailliage de Figeac, en 1787, il releva appel au Parlement de Toulouse, où les parties convinrent d'un arrêt d'expédient, sous la date du 2 mai 1788, suivi, le lendemain, d'une transaction par laquelle le domainede Combecave fut délaissé à Lostauges.

Remarquez qu'à cette époque, il ne s'était fait, il n'avait pu se faire confusion, dans la personne de Lostauges, des droits de son père et de sa mère, puisqu'il avait renoncé à la succession du premier.

Mais, en 1793, Lostauges avait repris l'hérédité de son père, et Bessière, instruit de cette reprise, renouvela contre lui, *en qualité d'héritier de son père*, la demande en délaissement du domaine de Combecave.

Le tribunal civil du département de Lot-et-Garonne repoussa cette demande, sous prétexte que l'arrêt du 2 avril 1788 était passé en force de chose jugée, et que la transaction du lendemain ne pouvait être attaquée que pour dol.

Mais la Cour de cassation, par son arrêt du 7 messidor an VII, décida, avec raison, que ce tribunal avait fait une fausse application des lois romaines, et des dispositions de l'ordonnance de 1667, relatives à la chose jugée, ainsi que de l'ordonnance de 1560, sur les transactions.

En effet, la demande de Bessière avait, à la vérité, le même objet que la première action de Lostauges, *eadem res;* elle était fondée sur la même

cause que sa défense à la première action, savoir, sur le contrat de vente consenti par le père Lostauges; mais elle n'était pas formée contre Lostauges fils, en la même qualité; elle était formée contre lui dans une qualité nouvelle, dans une qualité qu'il n'avait pas, lors de l'arrêt et de la transaction de 1788. Bessière, par sa demande, exerçait aussi un droit qu'il n'avait pas à la même époque, un droit qu'il n'avait acquis que par la reprise faite par Lostauges fils, en 1793 : il ne pouvait donc être repoussé par l'exception de la chose jugée et transigée, en 1788.

216. On ne trouve, dans le droit romain, aucune exception au principe que la chose demandée doit être la même, pour qu'il y ait lieu, contre la seconde demande, à l'exception de la chose jugée; mais on en trouve une bien importante au principe que la seconde demande doit être *entre les mêmes parties*. Cette exception, également reçue dans notre droit français, et fondée sur de puissantes considérations d'ordre et d'intérêt public, est relative aux causes d'état, que l'on appèle par excellence *préjudicielles*, *prædicia*, *actiones prædiciales*; ainsi nommées, non parce que leur jugement doit précéder le jugement d'une autre action (1), ni sur ce que le jugement peut

---

(1) *Dicuntur hæ actiones prædiciales, et uno verbo prædicia..... dicto nomine non ex eo, quod aliis causis prædicium quandòque afferunt, aut quia harum judicium præcedere debeant : hoc enim commune*

quelquefois influer sur un autre; c'est un point commun à beaucoup d'autres actions, que cependant on n'appèle point *préjudicielles*;

Mais parce qu'elles jugent d'avance toutes les autres actions qui pourront en dépendre, et s'élever dans la suite sur le même sujet, entre quelques personnes que ce soit, et que le but qu'elles se proposent, le but qui leur est propre, est de les préjuger toutes, c'est-à-dire de les juger d'avance, même avant qu'elles soient nées.

Ces actions sont celles qui concernent l'état des personnes, et que nous appelons ordinairement questions d'état. Le § 13, aux Institutes *de actionibus*, en indique trois espèces, qui sont relatives,

1°. A l'état de liberté : Un homme est-il libre ou esclave?

2°. A l'ingénuité : Est-il *ingénu*, c'est-à-dire né libre, ou est-il affranchi, *libertinus?*

3°. A l'état de famille : Est-il légitime ou bâtard? né de tel père ou de telle mère? Existe-t-il un mariage légitime entre telles ou telles personnes?

---

est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est.

Sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causâ ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ità et sine exceptione omnibus præjudicium, etiam inter alias personas, inter quas posteà de eodem statu quæstio inciderit. Leg. antepen., ff de statu hominum. Loi 3, de agnosc. lib. Quamvis aliàs res inter alios judicata aliis non noceat. Vinnius, *in* § 13, *Instit. de actionibus*, n.° 1. *Voy.* aussi Huberus, sur les Institutes, *de actionibus*, n.° 15. *Præjudicium per excellentiam vocatur judicium statûs.*

Il faut y ajouter les questions relatives au droit de cité : Est-il citoyen ou étranger?

Les deux premières questions ne peuvent plus s'élever en France, où l'esclavage, cette institution barbare si contraire à la nature, est depuis long-tems aboli. Les autres y sont assez fréquentes.

217. Les questions qui concernent l'état des hommes sont d'une telle importance, dans la société civile, qu'elles ne peuvent demeurer dans l'incertitude. Une fois portées devant les tribunaux, le jugement qui intervient les fixe irrévocablement, pourvu qu'il soit rendu avec un contradicteur légitime. Il devient loi pour toute la société : *Placet enim ejus rei judicem* JUS FACERE....., *eoque jure utimur*, dit Ulpien, loi 3, *ff de agnoscendis liberis*, 25. 3. Ce principe sage était naturalisé en France long-tems avant la révolution.

Les questions d'état une fois jugées ne peuvent plus être remises en jugement. C'est à elles que s'applique éminemment la maxime : *Res judicata pro veritate habetur* (1). Quand même le jugement serait mal rendu, il a force de chose jugée contre tous; c'est désormais une loi; ainsi l'exigent l'ordre public et la paix de la société.

C'est à l'état de l'homme, dans la société, que sont attachés ses droits, les droits de famille sur-

---

(1) *Ingenuum accipere debemus eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur*, dit Ulpien, loi 25, *ff de statu hom.*, l. 5.

tout, dont l'usage est si fréquent, les conséquences si importantes et si étendues. Combien sa condition serait misérable, si, à chaque occasion qui se présente d'exercer ses droits, on pouvait renouveler des contestations sur son état! Rien donc de plus sage que cette règle : Les jugemens rendus en matière d'état fixent irrévocablement le sort de celui pour ou contre lequel ils sont rendus. Ils ont contre tous, et pour tous, l'autorité de la chose jugée; en un mot, ils deviennent lois de la société : *Jus faciunt.*

Ainsi, le jugement qui prononce qu'un enfant, à qui l'on contestait son état, est né de tel père et de telle mère unis en légitime mariage, le rend frère-germain des autres enfans nés et à naître du même mariage (1), parent de tous les parens collatéraux nés et à naître, tant de son père que de sa mère, habile à leur succéder jusqu'au douzième degré, à recueillir, non seulement les successions échues depuis sa naissance, mais encore celles qui écherront à l'avenir dans quelque tems que ce soit.

218. A la différence des jugemens ordinaires, dont la disposition ne s'étend et ne peut s'étendre que sur le passé, les jugemens, en matière d'état, s'étendent à l'avenir, de même que les dispositions de la loi. Ils ne règlent pas seulement ce qui est arrivé, mais encore ce qui arrivera; ils décident

---

(1) Loi 2, *ff de agnosc. lib.*, 25. 3.

d'avance des questions futures, dont l'existence est incertaine et contingente; et voilà pourquoi, dans la langue énergique des Romains, on ne les appelait pas *jugemens*, mais *préjugemens*, et les actions sur lesquelles ils étaient rendus, *préjudicielles.*

219. Mais, pour que les jugemens, en matière d'état, *præjudicia*, obtiennent force de loi contre tous, il faut qu'il soient rendus avec *un contradicteur légitime.*

Cùm non justo contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perindè inefficax est decretum atque si nulla judicata res intervenisset, dit Ulpien, *loi* 3, *ff de collus. detegendâ*, 40. 16. Dans l'espèce de cette loi, le légitime contradicteur était celui qui se disait le patron de l'affranchi, dont l'ingénuité était litigieuse : *Eum qui patronum tuum esse dicit. Loi* 1, *Cod. de ingenuis manumissis.*

Mais, dans les autres causes préjudicielles, dans celles, par exemple, où il s'agit de l'état de famille, et ce sont les plus ordinaires, quel est le légitime contradicteur? D'Argentré (1) dit que c'est la personne qui a *le premier et principal intérêt*, celle à qui appartient *le primitif et proche intérêt* dans la cause. Ceci est un peu vague. D'ailleurs, il peut arriver, il arrive même très-fréquemment, que plusieurs personnes ont un intérêt principal

(1) Avis sur les partages des nobles, quest. 29, n.° 7.

dans la cause, un intérêt indépendant et séparé les unes des autres, quoique de même nature. Tâchons donc d'expliquer ce point d'une manière nette et précise.

220. En matière de filiation, par exemple, lorsqu'un enfant réclame son état, et se prétend issu de tel, et de son épouse légitime, il est bien évident que deux personnes, le mari et la femme, ont, dans le procès, un intérêt direct et principal. Il ne suffit donc pas d'appeler le mari; il faut aussi appeler la femme, qui a, dans l'affaire, un intérêt propre et particulier, un intérêt distinct et séparé de celui du mari;

Car celui-ci ne peut exercer seul que les actions mobilières de la femme, qui entrent dans la communauté, et il ne peut répondre qu'aux actions de la même nature. Or, il s'agit, dans le cas proposé, d'un droit universel, quoiqu'éventuel, non seulement aux biens mobiliers de la femme, mais encore à tous les immeubles qu'elle possède ou pourra posséder un jour. Elle doit donc nécessairement être mise en cause; autrement, l'arrêt qui interviendrait n'aurait pas contre elle l'autorité de la chose jugée.

221. De plus, s'il existe, au tems du procès, des enfans vivans issus du précédent mariage de l'un des deux époux, ils ont un intérêt né et actuel, un intérêt pressant et réel de ne pas voir un intrus entrer dans leur famille, et devenir leur frère légitime, en exercer tous les droits, et leur

enlever un jour, à eux ou à leurs enfans, partie des droits qui pourront leur échoir.

Il faut donc aussi nécessairement les mettre en cause; autrement, le jugement qui serait rendu contre le père ou la mère n'aurait pas, contre les enfans, l'autorité de la chose jugée. *Ils resteraient sur leurs pieds*, dit d'Argentré, *ibid.*, n°. 3, *pour se défendre de nouveau.*

Cette décision conforme à la raison, qui ne permet pas de condamner personne sans l'entendre, ni, par conséquent, de donner aucun effet au jugement contre des tiers qui n'y ont pas été appelés, est consacrée par le droit romain, à l'occasion des enfans d'une femme que l'on prétend esclave. Les enfans suivent la condition de leur mère, sans doute; mais les enfans nés avant le procès doivent tous être appelés dans une cause où il s'agit du plus précieux des droits de l'homme, de leur liberté, de leur ingénuité (1).

222. Au contraire, si le jugement où n'ont pas été appelés les enfans déjà nés était favorable à leur père ou à leur mère, il aurait en leur faveur l'autorité de la chose jugée, comme l'observe très-bien d'Argentré, *ibid.*, parce que ces enfans héri-

---

(1) *Placuit eos, qui nascuntur, matrum conditionibus uti, quarum nox visceribus experiuntur.*

Antè verò litem nati suo nomine omnes in quæstionem vocentur : quoniam hos solos qui in lite nati erunt, omnem fortunam matrum complecti oportet, aut justis tradi dominis, aut libertate cum lucis auctoribus frui. Leg. ult., C. de liberali causâ, 7. 16.

tent, à titre universel, de tous les droits de leurs père et mère.

223. Quant à l'enfant qui n'était pas né au tems où le procès a commencé, le jugement rendu contre ses père et mère a nécessairement, à son égard, l'autorité de la chose jugée; car il ne peut avoir des droits plus étendus qu'ils n'en avaient eux-mêmes au moment de sa naissance.

224. Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent également au cas du mariage d'une femme, attaqué par le mari ou par ses ascendans, par les enfans issus d'un précédent mariage de l'un des deux époux, ou par des collatéraux. La femme est seule intéressée principalement et primitivement; elle a le premier et principal intérêt dans la cause, s'il n'existe pas d'enfans vivans issus du mariage attaqué; mais s'il en existe, il est évident qu'ils sont directement et principalement intéressés dans la cause, puisque l'action tend à leur ravir l'un des droits les plus précieux de l'homme en société, le droit de légitimité, dont ils sont en possession, comme étant nés sous le voile sacré du mariage.

Bien est-il vrai que le jugement qui prononce la nullité d'un mariage ne fait pas perdre aux enfans le droit de légitimité, lorsque leurs père et mère, ou même seulement l'un d'eux, ont été de bonne foi; car cette bonne foi, jointe à la publicité de la célébration du mariage par le ministère de l'officier public, à la bénédiction du ministre de la religion, lorsque le mariage a été béni, donne

aux enfans nés d'un mariage putatif, tous les droits de la légitimité, quoique dans la suite il se découvre quelque empêchement dirimant, quel qu'il soit, qui fasse annuler le mariage (1). Mais il n'en est pas moins vrai que les enfans nés d'un mariage attaqué pour cause de nullité ont un intérêt réel, un intérêt formé dans la cause à soutenir la validité du mariage (2). Ainsi, dans ce cas, comme dans le précédent, et dans une infinité d'autres, les enfans nés avant le commencement du procès doivent tous y être appelés, *omnes vocentur*. Autrement, le jugement qui ne serait pas rendu contradictoirement avec eux, n'aurait pas contre eux l'autorité de la chose jugée. Ils pourraient de nouveau soutenir leurs droits devant les tribunaux, soit en demandant, soit en défendant.

Le jugement rendu contre leur père ou mère élèverait sans doute, contre eux, un préjugé fâcheux, s'il était rendu en pleine connaissance de cause; mais enfin, ils auraient le droit d'en demander la réformation par la voie de la tierce-opposition. L'on a tant d'exemples de jugemens surpris et mal rendus, soit par le peu d'attention des juges, soit par la faute des défenseurs, soit parce que certains moyens péremptoires, certaines pièces dé-

---

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. I, n.os 653 et suiv.; Pirrhing, *in tit. Ẍ qui filii sint legitimi*, 4. 17; tom. IV, pag. 143, n.° 52.

(2) D'Argentré, *ubi supra*, n.° 4, *in fine*.

cisives, n'étaient pas connus lors du précédent jugement, qu'il est sage et conforme à la raison d'écouter ceux qui n'y ont été ni appelés, ni entendus, quoiqu'ils eussent intérêt de l'être.

225. Si les enfans étaient majeurs ou émancipés, il serait nécessaire de les appeler en leur propre et privé nom; s'ils étaient mineurs, il faudrait appeler leur père ou leur mère en qualité de tuteurs naturels. Il ne suffirait pas que ceux-ci fussent parties principales au procès, s'ils ne déclaraient pas agir aussi en qualité de tuteurs de leurs enfans. Il pourrait même, en certaines circonstances, devenir nécessaire de leur nommer un tuteur *ad hoc*.

Ces principes sont conformes à l'esprit et aux dispositions du Code, qui veut que l'on nomme un tuteur *ad hoc* (1) à l'enfant dont la légitimité est contestée, quoiqu'il ait une mère tutrice naturelle, intéressée pour son propre compte à le défendre. Ils ont été consacrés par un arrêt de la Cour de cassation, le 6 janvier 1809 (2), dans l'espèce suivante :

Le sieur Voyneau, habitant de la Vendée, émigra, laissant en France une femme, une fille, et un fils nommé Louis-René-Auguste. Cet enfant

---

(1) *Voy.* ce que nous avons dit sur le désaveu et la contestation de légitimité, tom. II, n.os 530 et suiv.

(2) Il est recueilli par Sirey, tom. IX, pag. 49 et suiv., où les moyens respectifs sont rapportés avec beaucoup de détail.

fut perdu pendant les troubles de la Vendée. Des parens le reconnurent, ou crurent le reconnaître à Nantes, chez la veuve Clavier, où il avait été amené par des commissaires aux subsistances, qui avaient parcouru la Vendée. La dame Voyneau refusa de le reconnaître pour son fils. Le père étant émigré, on fit nommer à l'enfant un curateur et un conseil de tutelle. La dame Voyneau fut appelée seule et en son propre et privé nom, et elle plaida en cette seule qualité, sans prendre celle de tutrice de sa fille; et après une instruction très-approfondie, l'enfant fut, par le tribunal de Nantes, déclaré fils du sieur Voyneau, émigré, et de Marie Marsorbier, sa femme.

Ce jugement fut, par les juges de Fontenay, où l'appel en fut porté, confirmé le 6 fructidor an VII, et la dame Voyneau fut condamnée de payer à l'enfant une pension de 700^{f}.

Rentré en France, à la faveur de l'amnistie accordée aux émigrés, le sieur Voyneau attaqua ces jugemens par la voie de la tierce-opposition. L'affaire fut portée à la Cour d'appel de Poitiers, où l'on opposa à la tierce-opposition une fin de non-recevoir, résultant de ce que le sieur Voyneau avait été représenté par son épouse, qui, pendant qu'il était émigré, réunissait les droits de la paternité et de la maternité. On ajoutait qu'en sa qualité d'émigré amnistié, il ne pouvait attaquer des jugemens souverains, rendus pendant son émigration.

Le 23 juillet 1806, arrêt par lequel, « considé-
» rant que, lorsqu'Auguste a réclamé l'état et le
» nom d'enfant légitime du sieur Voyneau et de la
» dame son épouse, et qu'il s'est fait maintenir en
» possession de cet état, le sieur Voyneau était
» émigré, et par conséquent mort civilement; —
» que pendant l'émigration et la mort civile de Voy-
» neau, les droits de la paternité résidaient dans
» la personne de son épouse, comme ceux de la
» maternité; qu'Auguste ne pouvait réclamer son
» état que contre la dame Voyneau, qui était alors
» *la représentante* de son mari, et *seule partie ca-*
» *pable*, pour défendre à la question d'état dont il
» s'agissait; — que la voie de la tierce-opposition
» est interdite à ceux qui ont été représentés.....,
» et que le jugement attaqué par la tierce-oppos-
» tion est du nombre des actes qu'il doit respecter
» après son amnistie, aux termes du sénatus-con-
» sulte du 6 floréal an X, et de l'avis du Conseil
» d'état du 11 frimaire an XII.....; déclare le sieur
» Voyneau non recevable dans sa tierce-oppos-
» tion. »

Pourvoi en cassation, fondé, 1°. sur ce qu'on a contrevenu à la loi qui autorise la tierce-opposition, et faussement appliqué le principe qui en ferme la voie à celui qui a été représenté dans le procès;

2°. Sur ce qu'on a mal entendu et faussement appliqué le sénatus-consulte de l'an X, et contrevenu aux dispositions par lesquelles il a rendu

aux émigrés tous les droits qu'il n'avait pas exceptés.

Ces deux moyens furent accueillis par la Cour de cassation, qui, par arrêt du 6 janvier 1809, « con» sidérant que le droit du sieur Voyneau de défen» dre l'état d'un enfant né de son mariage, et, par » conséquent, de repousser un individu auquel il » impute d'avoir cherché et de chercher encore à » se faire substituer à cet enfant, a précédé son » émigration; que ce droit ne peut être mis hors » la classe de ceux qui lui ont été restitués par son » amnistie. — Considérant qu'un tel droit ne peut » se trouver anéanti par un arrêt rendu pendant » son émigration, à la charge de son épouse, *seule* » *en cause*, sans qu'il ait été appelé, ni personne » représentant, *soit lui-même, soit sa famille* : d'où » il suit que la Cour d'appel de Poitiers, en admet» tant la fin de non-recevoir avancée contre le » sieur Voyneau, a faussement appliqué le séna» tus-consulte du 6 florétl an X, et violé l'art. 2 » du tit. 5 de l'ordonnance de 1667. — Par ces » motifs, la Cour casse, etc. etc. »

Cet arrêt, parfaitement rendu, est fondé, comme on voit, sur les vrais principes. Indépendamment de la question transitoire, relative au sénatus-consulte, et sur laquelle il devient de plus en plus inutile de s'arrêter, il est évident que, du moment où l'enfant fut présenté, comme fils du sieur Voyneau et de son épouse, il y alla de l'intérêt des deux familles, de celle du père et de celle de la

mère : il fallait donc que l'une et l'autre fussent représentées. La femme présente ne pouvait représenter ni son mari ni la famille de ce dernier; la fille issue de leur mariage pouvait seule représenter la famille de son père; elle avait à cet égard le premier et principal intérêt dans la cause; elle seule, sur ce point, était le légitime contradicteur. Or, elle n'avait été ni partie ni appelée au procès; on ne lui avait point nommé de tuteur *ad hoc;* sa mère n'avait ni convoqué le conseil de famille, ni même pris la qualité de tutrice, que peut-être elle n'avait pas; car alors la mère n'était pas de plein droit tutrice de ses enfans. Le jugement rendu contre elle seule ne pouvait donc faire loi contre son mari, ni contre sa fille, ni contre la famille du mari. C'était donc véritablement le cas d'appliquer la maxime d'Ulpien, dans la loi 3, déjà citée, *ff de collus. deteg.*, 40. 16, que le jugement rendu sans contradicteur légitime est comme non avenu: *Cùm non justo contradictore, perindè inefficax est decretum, atque si nulla res intervenisset.*

Et si le sieur Voyneau n'était pas rentré en France, il n'est pas douteux que sa fille eût pu, de son chef, former la tierce-opposition contre l'arrêt rendu contre sa mère seule.

226. C'est par une conséquence du principe que les jugemens rendus en matière d'état, sans contradicteur légitime, n'ont point de force contre les tiers, que l'art. 100 du Code civil ordonne que « le » jugement de rectification (des actes de l'état ci-

» vil) ne pourra, dans aucun tems, être opposé » aux parties intéressées, qui ne l'auraient point » requis, ou qui n'y auraient pas été appelées. »

Cependant, ces jugemens sont rendus sur les conclusions du ministère public; mais, quoique chargé de veiller à la stricte exécution des lois et aux intérêts des absens, il ne les représente pas; il n'est que le mandataire du gouvernement, et non celui des citoyens.

227. Si le contradicteur légitime, après s'être présenté, laisse défaut, le jugement qui intervient n'a l'autorité de la chose jugée que contre le défaillant, et non contre ceux qui n'ont été ni parties ni appelés : « *Si ea persona desit cognitioni, quæ alicui statûs controversiam faciebat, in eâdem causâ est, qui de libertate suâ litigat, quâ fuit, priusquàm de libertate controversiam patiatur. Sanè hoc lucratur, quòd is qui eam statûs controversiam faciebat, amittit suam causam. Nec ea res ingenuum facit eum, qui non fuit; nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere. Loi* 27, § 1, *ff de liberali caus.*, 40. 12.

Les derniers mots de cette loi font voir que sa disposition ne doit pas s'appliquer au cas où il existe plusieurs contradicteurs, dont l'un seulement laisse défaut, lorsqu'il en reste d'autres pour développer, pour faire valoir les moyens de la cause, et pour la défendre. Ce que veulent les lois, ce que veut la raison, c'est que la question soit décidée en pleine connaissance de cause, et que

le défaut d'un contradicteur n'emporte pas une décision qui doit avoir l'effet d'une loi pour tous les citoyens : *Penuria adversarii ingenuitatem non solet tribuere.*

228. Les auteurs en induisent que, pour donner aux jugemens, en matière d'état, la force de la chose jugée contre tous, il faut que la question d'état soit l'objet principal du jugement. Il ne suffit pas qu'on en puisse tirer une conséquence, en apparence nécessaire, en faveur de la question d'état. Nous trouvons une application bien frappante de ce principe, dans les lois qui ne veulent pas qu'on puisse conclure du jugement qui condamne de nourrir un enfant, qu'il est le fils de celui qui a subi cette condamnation : *Meminisse oportet, etsi pronunciaverint ali oportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati; nec enim pronunciatur, filium esse, sed ali debere, et ità Divus Marcus rescripsit. Loi* 5, § 9, *ff de agnos. lib.*, 25. 3. Ulpien.

Cependant, le même Ulpien dit, dans le paragraphe précédent, que le juge ne doit point accorder d'alimens, si la paternité ou la filiation n'est pas prouvée : « *Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt, si non constiterit nec decernent alimenta.*

229. Le jugement qui accorde des alimens préjuge donc la paternité. Oui, sans doute, il la préjuge ; mais il ne la juge pas positivement, et l'état des hommes ne peut s'établir par un simple pré-

jugé. Le juge a pu trouver des preuves suffisantes pour ordonner des alimens, car enfin, il faut que l'enfant soit nourri, et n'en pas trouver assez pour prononcer sur la paternité ou la filiation, qui donnerait à l'enfant des droits plus étendus, tous les droits de la famille.

Cette décision est raisonnable; elle est conforme à notre jurisprudence. Le tribunal civil de la Seine s'y conforma, dans un jugement du 8 août 1806, confirmé le 31 janvier 1807, par la Cour d'appel de Paris, dont l'arrêt fut également confirmé par la Cour de cassation, le 10 mai 1808. Voici l'espèce :

Thérèse Monty poursuivait le sieur Mayre, et lui demandait des dommages et intérêts pour cause de séduction, et des alimens pour son enfant, dont elle le soutenait père. Au bureau de conciliation, le Mayre ne reconnut point la paternité; mais, pour éviter un éclat, il offrit des alimens à l'enfant; ses offres ne furent pas reçues. Traduit devant le tribunal civil de la Seine, il rétracta ses offres, et conclut à être dispensé de donner, soit des dommages et intérêts à la mère, soit à l'enfant des alimens, qu'il ne pouvait devoir qu'en qualité de père.

Le 8 août, le tribunal rendit un jugement contradictoire, qui, « statuant sur la demande personnelle de Thérèse Monty, la déclare non recevable, la déclare pareillement non recevable dans toutes les demandes qu'elle avait formées en sa qualité de mère tutrice de l'enfant, en tant

» que ces demandes pourraient tendre à faire dé-
» clarer le sieur Mayre père dudit enfant, et à lui
» donner des droits successifs.

» Mais, statuant sur les mêmes conclusions de
» la demoiselle Monty, en ce qui peut être rela-
» tif aux alimens pour l'enfant, le tribunal ayant
» égard aux diverses promesses faites par le sieur
» Mayre, ainsi qu'à la déclaration faite au bureau de
» paix, par le fondé de pouvoir de ce dernier, con-
» damne le sieur Mayre à payer annuellement, en-
» tre les mains de la demoiselle Monty, au lieu de
» son domicile, et par avance, de six mois en six
» mois, à compter du jour de la demande, la somme
» de 600^{f}, sans aucune retenue, jusqu'à mariage ou
» majorité dudit enfant, comme aussi à lui payer,
» à la même époque de mariage ou de majorité, la
» somme de 12,000^{f}, pour lui procurer un établis-
» sement. »

Ce jugement, confirmé par la Cour d'appel de Paris, le 31 janvier 1807, fut déféré à la censure de la Cour de cassation, qui, par arrêt du 10 mars 1808, rejeta le pourvoi, « attendu que les juges de
» première instance et d'appel, en repoussant l'ac-
» tion exercée par la demoiselle Monty, tant en son
» nom, pour cause de prétendue séduction, qu'au
» nom et comme tutrice d'une fille dont elle le sup-
» posait père, se sont conformés aux dispositions
» de la loi;

» Que, d'autre part, la condamnation d'une
» somme capitale, en faveur de cette fille, n'étant

» aucunement fondée sur des présomptions de pa-
» ternité, mais sur des faits et des circonstances,
» même des offres réelles..., dont les juges ont fait
» résulter un engagement, il n'appartient pas à la
» Cour d'entrer dans l'examen du bien ou du mal
» jugé de cette partie de l'arrêt attaqué (1); re-
» jète, etc. »

Ainsi donc, les jugemens par lesquels la question d'état n'est pas jugée positivement, n'ont point force de loi contre tous; ils ne sont point ce que les Romains appelaient *præjudicia*; ils ne dispensent point celui qui les a obtenus de prouver son état, quelque fortes que soient les conséquences ou les inductions qu'on en veut tirer, en faveur de la question d'état.

230. Mais il en est autrement des jugemens où la question d'état est jugée incidemment, c'est-à-dire où elle a été proposée par exception, comme défense à la demande primitive et introductive du procès; car les questions d'état peuvent être proposées principalement ou incidemment, par voie d'action ou par voie d'exception (2).

Elles sont proposées principalement et par voie d'action, lorsque, par exemple, un enfant dont l'état a été supprimé prétend être issu de telle femme, mariée à tel, et demande, en conséquence,

---

(1) Cet arrêt est rapporté par Sirey, tom. VIII, 1.re part., pag. 251 et suiv.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit tom. II, n.° 833.

à être déclaré et reconnu leur fils légitime, comme Bouillerot de Vinantes (1), comme la demoiselle Ferrand, comme le prétendu fils du sieur Voyneau, dans l'espèce ci-dessus, etc.

Elles sont proposées incidemment et par voie d'exception, lorsque, par exemple, le petit-fils demande le partage de la succession de son aïeul, et que les frères ou sœurs de son père lui opposent, par exception, et pour défense, que le père n'était pas fils légitime, mais enfant naturel ou adultérin, et par conséquent incapable de succéder, comme dans l'espèce du chap. 5, X, *qui filii sint legitimi*, 4. 17; ou encore, lorsqu'un individu, se prétendant légitime, demande la succession de son père aux héritiers de ce dernier, qui lui opposent, incidemment et par exception, qu'il est bâtard adultérin, comme dans l'affaire de Masson Maisonneuve, dont il faut rapporter l'espèce avec quelques détails, parce que sa discussion répand beaucoup de jour sur la matière que nous traitons.

231. Étienne-Pierre Masson épousa, en premières noces, Durande Chalus, qui mourut le 10 décembre 1751.

Le 4 février suivant, il épousa en secondes noces Marie-Madelaine Rotisset, qui, le 20 avril même année, quatre vingt-cinq jours après son mariage, cent cinquante-un jours après la mort de la pre-

(1) D'Agnesseau, tom. II, plaid. 23.

mière femme d'Étienne-Pierre Masson, mit au monde un enfant qui fut baptisé sous le nom d'Étienne-Jean Masson. L'acte de naissance portait qu'il était né d'Étienne-Pierre Masson et de Marie-Madelaine Rotisset. Elle mourut peu de tems après la naissance de son fils.

Étienne-Pierre Masson contracta un troisième mariage, dont il n'eut point d'enfans; mais il en contracta un quatrième dont il eut Agnès Masson.

Après la mort de Marie-Madelaine Rotisset, Jean Rotisset, son frère, fut nommé tuteur d'Étienne-Jean Masson Maisonrouge, *à l'effet de régir ses personne et biens, et*, portait l'acte de tutelle, *d'accepter tous dons qui pourraient lui être faits de pensions alimentaires*; clause qui annonce assez clairement qu'on le regardait comme bâtard adultérin, et contre laquelle le père ne réclama point.

En 1771, Masson Maisonrouge, émancipé, demanda compte à Rotisset, son tuteur, qui lui opposa sa bâtardise, soutint qu'il n'avait jamais rien possédé et qu'il ne lui était dû aucun compte. Voilà une question d'état, proposée par exception.

Une sentence du Châtelet, du 7 janvier 1772, accorda à Masson une provision de 3,000[l], et mit les parties hors procès sur la demande afin de compte.

Un arrêt du Parlement de Paris, du 10 mai 1773, convertit en définitive la provision de 3,000[l], accorda une nouvelle somme de 3,000[l] à Masson

Maisonrouge, et condamna Rotisset, son tuteur, frère et héritier de la mère, de lui payer une pension viagère de 3,000[l], payable notamment sur les biens de Marie-Madelaine Rotisset, et sur le surplus des demandes, fins et conclusions des parties, les mit hors procès.

Il est bien évident que cet arrêt décidait, sans équivoque, que Maisonrouge n'était pas le fils légitime de Marie Rotisset, puisqu'il lui refusait les droits et le titre de son héritier, et qu'il maintenait, au contraire, Jean Rotisset, frère de ladite Marie, dans la possession et propriété de la succession, en le condamnant seulement à payer au fils, sur les biens qui en dépendaient, une pension viagère; mais les juges ne donnaient point alors les motifs de leurs jugemens, et le vice de sa naissance n'était opposé à Maisonrouge que comme un motif ou un moyen pour faire rejeter sa demande.

Il exécuta cet arrêt, reçut les arrérages de la pension, et traita même du remboursement avec les créanciers de Rotisset, moyennant 3,400[l], par acte notarié de 1778. Dans la suite, il s'adressa, tant à son père qu'à la direction des créanciers de celui-ci, pour obtenir une autre pension de 3,000[l], et le paiement d'une somme principale de 60,000[l]; mais un jugement contradictoire, rendu par la commission établie, pour juger les contestations relatives à la direction, le déclara non recevable dans sa demande.

Le père de Maisonrouge mourut en 1785; tous ses biens étaient grevés de substitution, en faveur des enfans nés et à naître de lui en légitime mariage. Agnès Masson, femme Nugent, sa fille, obtint du Châtelet une sentence qui l'envoya en possession des biens de la substitution.

De son côté, Maisonrouge se pourvut, par voie de requête civile, contre les jugement et arrêt rendus contre lui, en faveur de son tuteur Rotisset, qui était mort, les fit réformer et condamner sa succession de lui rendre compte des biens de sa mère; obtint ensuite des sentences du Châtelet, les 2 et 24 juillet 1789, dont la première nomma un curateur à la substitution des biens d'Étienne-Pierre Masson, et la seconde l'envoya en possession des biens compris dans cette substitution. Il forma entre les mains des fermiers des saisies-arrêts, dont Agnès Masson, femme Nugent, obtint main-levée par arrêt du 29 juillet 1789.

Sur tout cela, la question s'engagea au Parlement de Paris, où la femme Nugent se rendit opposante aux arrêts obtenus par Maisonrouge, et notamment à celui du 29 mars 1789, qui condamnait la succession de Jean Rotisset à rendre compte à Maisonrouge. Elle soutint qu'il était bâtard adultérin, et qu'il n'avait par conséquent aucun droit aux biens compris dans la substitution; et le 29 décembre 1789, elle prit des conclusions tendant, entre autres choses, « à ce que, dans le cas où la » Cour évoquerait le principal (c'est-à-dire la subs-

» titution), et y faisant droit, *attendu la qualité* » *dudit Masson de bâtard adultérin, et son incapacité* » *à recevoir la substitution*, il fût déclaré non rece- » vable dans sa demande d'envoi en possession des » biens substitués, ou, en tous cas, qu'il en fût dé- » bouté. »

Voilà donc encore une fois la question d'état proposée incidemment et par exception.

Masson Maisonrouge soutint, au contraire, dans une requête du 6 février 1790, qu'il était fils légitime d'Étienne-Pierre Masson et de Marie-Madelaine Rotisset; que sa légitimité était suffisamment établie, tant par leur contrat et l'acte de célébration de leur mariage, que par son acte de naissance, qu'il représentait.

Mais le Parlement de Paris n'en jugea pas ainsi, et avec raison, puisque l'acte de naissance de Masson Maisonrouge, en prouvant qu'il avait pour père Étienne-Pierre et Marie-Madelaine Rotisset, prouvait en même tems qu'il était conçu pendant le mariage de son père avec une première femme, qui n'était décédée que cent cinquante-un jours seulement avant sa naissance, et non pas cent quatre-vingt, suivant la disposition de l'art. 314, qui n'a fait que consacrer l'opinion communément reçue avant sa promulgation.

En conséquence, le 20 juillet 1790, arrêt définitif, qui, prononçant « sur l'appel interjeté par » Masson des sentences et ordonnances des..... » 1785 et 29 juillet 1789 (qui avaient envoyé la

» femme Nugent en possession des biens de la » substitution, et donné main-levée des saisies-ar- » rêts mises aux mains des fermiers), mit l'appel- » lation et ce dont était appel au néant; émendant, » évoquant le principal et y faisant droit, reçut la » femme Nugent tierce-opposante aux arrêts des » 29 avril et 29 mai 1789 (dont le second avait con- » damné la succession de Jean Rotisset à rendre » compte à Maisonrouge des biens de sa mère, et » à lui en payer le reliquat); faisant droit sur sa » tierce-opposition, déclara lesdits arrêts, *à l'égard* » *de ladite Nugent* (1) nuls et comme non avenus, » la reçut appelante des sentences des 2 et 4 juillet; » faisant droit sur l'appel, en ce qui concernait la » sentence du 2 juillet (qui nommait un curateur » à la substitution), la déclara nulle et de nul effet, » en ce qui concernait celle du 4 juillet (qui en- » voyait Maisonrouge en possession des biens de la » substitution); mit l'appellation et ce dont était » appel au néant; émendant, déboute Maisonrouge » de sa demande d'envoi en possession des biens » de la substitution; fit main-levée définitive à la » femme Nugent de toutes saisies et oppositions » faites à la requête dudit Masson, » qui fut con- damné aux dépens.

Il est bien évident que les juges, par cet arrêt,

---

(1) Remarquez bien cette disposition, sur laquelle nous reviendrons bientôt.

décidèrent que Maisonrouge était bâtard adultérin. L'objet primitif et principal du procès était la possession des biens de la substitution, qui ne pouvaient appartenir qu'aux descendans d'Étienne-Pierre *en légitime mariage*. La femme Nugent, pour écarter Maisonrouge, lui opposait qu'il était bâtard adultérin; il soutenait, au contraire, qu'il était légitime. Il était donc impossible de décider à qui les biens devaient appartenir, sans juger préalablement la bâtardise ou la légitimité de Maisonrouge; mais, comme alors on ne motivait point les jugemens, le Parlement de Paris se borna à débouter Maisonrouge de sa demande, et il adjugea les biens de la substitution à la femme Nugent.

Cet arrêt acquit irrévocablement l'autorité de la chose jugée; car Maisonrouge l'attaqua par la voie de la cassation, et son pourvoi fut rejeté.

Mais, sans même attendre son pourvoi, il fit assigner la femme Nugent au tribunal civil de première instance, pour le voir maintenir et conserver dans la possession d'enfant légitime de feu Étienne-Pierre Masson et de Marie-Madelaine Rotisset. Ainsi, après la question d'état jugée contre lui, mais incidemment et comme exception à la demande principale, il la soumit de nouveau aux tribunaux, mais par voie d'action principale.

La femme Nugent lui opposa l'exception de la chose jugée, et soutint que la demande de Maisonrouge tendait à faire revivre une question déjà jugée par plusieurs arrêts, et notamment par celui

du 20 juillet 1790, et conclut à ce qu'il fût déclaré non recevable dans sa demande.

Le 1^er^. mai 1792, jugement contradictoire, par lequel, « attendu que, dans aucunes des causes » jugées avec Maisonrouge....., il n'a été pris au- » cunes conclusions pour faire prononcer, soit la » légitimité, soit la bâtardise dudit Masson, et que » l'arrêt du 20 juillet 1790, ni aucun des jugemens » ou arrêts rendus dans lesdites causes, n'ont dé- » claré ledit Masson légitime ou bâtard; sans avoir » égard à la fin de non-recevoir, proposée par Nu- » gent et femme, dont ils sont déboutés, ordonne » qu'ils défendront au fond, dépens réservés. »

Le 18 octobre 1792, jugement en dernier ressort qui confirme. C'était décider que les jugemens contradictoires, rendus sur une question d'état, proposée incidemment et comme une exception péremptoire contre la demande principale, n'ont pas la force de la chose jugée, même à l'égard de ceux contre qui ils sont rendus.

La femme Nugent se pourvut en cassation, pour violation de la chose jugée par la sentence du 7 janvier 1772, par l'arrêt du 10 juin 1773, rendu en faveur de Jean Rotisset, et par l'arrêt du 20 juillet 1790, qui avait débouté Masson Maisonrouge de la demande d'envoi en possession des biens de la substitution; et, par arrêt du 25 pluviôse an II, rendu, après partage, en pleine connaissance de cause, le jugement du 18 octobre 1792 fut cassé par les motifs suivans :

« Attendu, 1°. que le premier arrêt du ci-devant » Parlement de Paris, du 10 mai 1773, en ne donnant pas, dans le dispositif d'icelui, audit citoyen Masson, la qualité d'enfant légitime de » Marie-Madelaine Rotisset et d'Étienne-Pierre Rotisset, ses père et mère, qualité qu'il avait prise » dans l'instance en reddition de compte, par lui » formée contre Jean-Baptiste Rotisset....., et en » réduisant ses droits et prétentions, dans la succession de sa mère, à une pension alimentaire de » 3,000[l], affectée sur les biens de la succession ;

» Attendu, 2°. que, par son arrêt du 20 juillet » 1790, la même Cour, en admettant la tierce-opposition formée par la citoyenne Nugent, contre » le premier arrêt du 29 août 1789, qui avait entériné les lettres en forme de requête civile, levées » par le citoyen Masson contre celui du 10 mai » 1775, et contre celui du 25 mai suivant, qui » avait.... déclaré lesdits arrêts nuls et de nul effet » à leur égard, en faisant droit sur les conclusions » prises par la citoyenne Nugent, *à ce qu'attendu* » *la qualité de bâtard adultérin* de Masson, il fût déclaré non recevable dans sa demande d'envoi en » possession des biens substitués par son aïeul paternel, en le déboutant en conséquence de sa demande, et en accordant à eux-mêmes mainlevée des oppositions par lui formées entre les » mains des débiteurs de la substitution, et en ne » lui donnant pas, dans le dispositif dudit arrêt, » la qualité d'enfant légitime de ses père et mère,

» qu'il avait prise dans l'instance, a jugé formelle-
» ment et littéralement qu'il n'était pas le fils légi-
» time de ses père et mère;

» Attendu, 3°. que ledit arrêt a acquis la force
» et l'autorité de la chose jugée, en ce que le ci-
» toyen Masson l'ayant attaqué par la voie légale
» de la cassation, sa requête a été rejetée, etc.;

» Casse le jugement du 18 octobre 1792, parce
» qu'en confirmant celui du 1^er^. mai précédent, qui
» avait rejeté la fin de non-recevoir résultant des-
» dits arrêts, proposée par la citoyenne Nugent
» contre l'action dirigée contre elle par ledit ci-
» toyen Masson, tendant à ce qu'il fût déclaré fils
» légitime de ses père et mère, il a *remis en juge-*
» *ment une question d'état invariablement fixée* par
» lesdits deux arrêts contradictoires, rendus par le
» Parlement de Paris, les 10 mai 1773 et 20 juillet
» 1790, passés en force de chose jugée, en quoi il
» est contrevenu à l'art. 5 du tit. 27 de l'ordon-
» nance de 1667. »

Cet arrêt décide bien positivement que le juge-ment rendu, avec un contradicteur légitime, sur la question d'état proposée incidemment et par voie d'exception, n'a pas moins de force que celui qui est rendu sur la même question par voie d'action principale, et cette décision est conforme à la raison; car, dans l'un comme dans l'autre cas, le jugement ne peut être prononcé sans que la question soit examinée et jugée. Les juges ne peuvent prononcer sur une exception, la rejeter ou l'ad-

mettre, sans examiner et juger si elle est fondée; seulement, dans ce cas, la décision se trouve énoncée dans les considérans, comme moyen décisif et péremptoire du déboutement de la demande principale, et quand la question est proposée par voie d'action principale, la décision n'est énoncée que dans le dispositif, et comme disposition principale.

252. C'est ici le lieu de faire la remarque annoncée dans la note précédente. En rapportant l'affaire de Masson Maisonrouge, nous avons vu qu'il avait demandé compte des biens de sa mère à Jean Rotisset, son tuteur, qui, par exception, lui opposa sa bâtardise, le fit débouter de sa demande, et réduire à une simple pension alimentaire, par arrêt du 10 mai 1773.

Nous avons également vu qu'après la mort de son tuteur, il prit des lettres de requête civile contre cet arrêt, et le fit réformer par arrêt du 9 mai 1789, qui condamna la succession de Rotisset à lui rendre compte des biens de sa mère, et de lui en payer le reliquat.

Il paraît que les héritiers et les créanciers Rotisset n'entreprirent point cet arrêt, qui acquit, par conséquent, l'autorité de la chose jugée contre les héritiers Rotisset et contre sa famille.

Mais la femme Nugent le trouvant préjudiciable à ses intérêts, en ce qu'il jugeait que Maisonrouge était enfant légitime de sa mère, y forma une tierce-opposition, qui fut admise par un arrêt du

Parlement de Paris, rendu le 20 juillet 1790, lequel déclara celui du 9 mai 1789 *nul et comme non avenu, à l'égard de ladite Nugent seulement.*

En cela, le Parlement de Paris ne fit que se conformer aux principes de la matière : car un arrêt ou jugement définitif, passé en force de chose jugée, est irrévocable et a force de loi, non seulement pour les parties entre lesquelles il a été contradictoirement rendu, mais encore pour le tribunal qui l'a rendu, et pour tout autre tribunal quelconque, qui n'a d'autre pouvoir que d'en ordonner et maintenir l'exécution au besoin.

Le tribunal qui prononce sur la tierce-opposition formée par ceux qui n'y ont été ni parties, ni appelés, quoiqu'ils dussent l'être, peut bien juger que cet arrêt n'aura point d'effet contre les tiers opposans. Il peut rendre un jugement contraire au premier; mais ce second jugement, de même que le précédent, n'aura de force et d'effet qu'en faveur de ceux qui l'ont obtenu. Les jugemens sont pour ceux qui les obtiennent, dit fort sagement le proverbe. Les juges de la tierce-opposition ne pourraient, sans excès de pouvoir, réformer le précédent jugement.

L'arrêt du 9 mai 1789 continua donc de subsister et d'avoir son effet contre les héritiers de Rotisset; et comme il était nécessairement fondé sur ce que Maisonrouge était enfant légitime de sa mère, puisqu'il était admis à sa succession et à s'en faire rendre compte, il en résulta qu'il était enfant

légitime à l'égard des héritiers Rotisset, en vertu de l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 9 mai 1789, qui conservait toute sa force contre eux, et qu'il était bâtard adultérin à l'égard de la femme Nugent et de la famille de son père, en vertu de la chose jugée par l'arrêt du 20 juillet 1790.

233. Ceci peut paraître étrange, sans doute; mais c'est un effet de la chose jugée, à qui l'intérêt public et général a fait accorder tant de force et de puissance, qu'elle peut faire, suivant les docteurs, *de non jure jus, de non ente ens.* C'est une conséquence directe et nécessaire de ces deux principes également incontestables, également importans pour la société :

Le premier, que la chose jugée passe pour une vérité, à l'égard des personnes qui ont été parties ou appelées au procès : *Res judicata pro veritate habetur ;* principe fondé sur l'intérêt public.

Le second, que la chose jugée n'a ni force, ni autorité contre les tiers ou en leur faveur : *Res inter alios judicata, tertio neque prodest, neque nocet.*

Principe qui n'est pas autre chose qu'une conséquence nécessaire de la grande règle, de la première règle de toute justice : Personne ne peut être condamné sans avoir été entendu ; *ne inauditus condemnetur.*

234. Cela posé, toutes les fois qu'une question intéresse plusieurs personnes, si elle n'est pas jugée en même tems avec tous les intéressés, ceux qui n'étaient ni présens, ni appelés, ont le droit in-

contestable de représenter aux tribunaux la question déjà jugée entre d'autres personnes, d'y soutenir leurs droits, et d'y faire entendre leurs raisons et leurs moyens, qui peuvent avoir été négligés par ignorance, ou même sacrifiés par un jugement collusoire, dans le premier procès. Il ne peut y avoir à ceci nulle exception, car elle violerait la première règle de toute justice.

Cependant, toutes les fois qu'une question est jugée plusieurs fois, soit par des tribunaux différens, soit par le même tribunal, on est exposé à voir rendre des jugemens différens et même absolument contraires, quoique la chose à juger, de même que la cause et les moyens, soit la même. Ainsi, dit fort bien d'Argentré, *de deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne.* On en trouve un exemple dans la loi 15, *ff de inoffic. testam.* Or, de ces deux jugemens (1), absolument contraires, l'un est pé-

---

(1) *Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit : et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire, et ipse à creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere. Verum enim est, familiæ erciscundæ judicium competere; quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideò pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.* Loi 15, *ff de inoffic. test.*, 5. 2. *Papin., lib.* 14, *Quæst.*

Sæpè constitutum est res inter alios judicatas aliis non præjudicare..... Veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur; nam alteri integra defensio est. ..... Item si ex duobus pelitoribus, alter vĕctus adquieverit, alterius portioni non præjudicatur. Idque ità rescriptum est, etc..... Loi 63, *ff de re judic.*, 42. 1.

cessairement mal rendu : cependant, les deux doivent être exécutés, suivant la loi citée. Ainsi l'exige l'intérêt de la société, en faveur de laquelle a été établie l'autorité, la stabilité irrévocable de la chose jugée.

Cette contrariété dans les jugemens rendus dans une cause absolument semblable, est un malheur attaché à l'imperfection des hommes et de leurs institutions; il faut se résigner à le supporter. Aussi le plus grand des jurisconsultes romains, Papinien, auteur de la loi citée, n'en paraît point choqué; il décide qu'il faut exécuter les deux jugemens.

235. Moins sages et moins résignés que ce prince des jurisconsultes, quelques auteurs, sous l'ancienne jurisprudence, avaient prétendu qu'il fallait faire une exception, à l'égard des jugemens qui condamnent un habile à succéder en qualité d'héritier pur et simple, et pensaient qu'un pareil jugement produisait son effet à l'égard de tous les créanciers de la succession, quoiqu'ils n'eussent point été parties, et que le successible condamné envers un seul, ne pouvait plus, ni renoncer, ni accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, même à l'égard des autres créanciers, parce que, disait-on, la qualité d'héritier est indivisible.

Cependant on pensait, assez généralement, que les effets du jugement étaient restreints en faveur du créancier qui l'avait obtenu. Voici comme s'exprime Pothier sur ce point, dans son Traité des successions, chap. 3, sect. 5 :

« Un créancier ainsi condamné en qualité d'hé-
» ritier, envers un créancier ou un légataire, par
» un jugement souverain ou en dernier ressort, est
» bien obligé, à cause de l'autorité de la chose ju-
» gée, à payer les sommes auxquelles il est con-
» damné ; mais il ne devient pas héritier pour cela ;
» car il ne peut être héritier sans avoir voulu l'être :
» selon notre règle du droit coutumier, n'est héri-
» tier qui ne veut. C'est pourquoi cette condamna-
» tion n'empêchera pas cet héritier de renoncer va-
» lablement à la succession par la suite, vis-à-vis
» des autres créanciers ou légataires, qui ne pour-
» ront pas lui opposer l'arrêt de condamnation qui
» a été rendu contre lui en qualité d'héritier, parce
» qu'ils n'étaient point parties en cet arrêt, et que
» c'est un principe de droit, qu'un jugement ne
» fait loi qu'entre les parties entre lesquelles il a été
» rendu : *Res inter alios judicata, aliis nec prodest,*
» *nec nocet.* »

On peut, sous le Code civil, tirer la même conséquence de l'art. 1351, ainsi conçu : « L'autorité
» de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a
» fait l'objet du jugement. Il faut que la chose de-
» mandée soit la même ; que la demande soit fon-
» dée sur la même cause ; que la demande soit *entre*
» *les mêmes parties*, etc. »

256. Mais la disposition de l'art. 800 ne contient-elle pas, pour le cas spécial qu'elle traite, une exception à la règle générale établie par l'art. 1351? Tel est le point de la difficulté.

Cet article porte qu'après les délais accordés pour accepter une succession sous bénéfice, le successible conserve néanmoins « 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. »

Mais n'est-ce qu'à l'égard du créancier qui a obtenu le jugement, qu'il se trouve privé de la faculté de se porter héritier bénéficiaire, ou en est-il également privé à l'égard des autres créanciers ou légataires qui n'étaient point parties au procès ? Tel est le doute qu'on a prétendu élever.

Il nous paraît absolument mal fondé, quand on interprète l'art. 800 par l'art. 1351 : car le premier de ces articles n'exclut de la faculté de se porter héritier bénéficiaire, que le successible contre qui il existe un jugement *passé en force de chose jugée.* Or, suivant l'art. 1351, les jugemens ne passent en force de chose jugée qu'à l'égard des parties entre lesquelles ils ont été rendus. La disposition de l'art. 800 ne peut donc s'appliquer qu'à ceux qui ont obtenu le jugement qui condamne le successible en qualité d'héritier pur et simple, et non aux tiers à l'égard desquels ce jugement ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée.

Cependant, la discussion qui s'éleva à ce sujet au Conseil d'état, dans la séance du 9 nivôse an XI, a semblé répandre du doute sur une question assez

claire par elle-même. Les rédacteurs du premier projet de Code avaient d'abord adopté l'opinion de ceux qui, par le faux argument tiré de la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier, pensaient que le successible condamné comme héritier pur et simple, par un jugement contradictoire, était déchu de la faculté de se porter héritier bénéficiaire, ou de renoncer, non seulement à l'égard de celui qui avait obtenu le jugement, mais encore à l'égard de toutes personnes, même de celles qui n'avaient pas été parties au procès.

La section de législation du Conseil d'état rejeta cette opinion, pour embrasser celle de Pothier. Elle proposa donc un article ainsi conçu : « Celui » contre lequel un créancier de la succession a ob» tenu un jugement, même contradictoire, passé » en chose jugée, qui le condamne comme héri» tier, n'est réputé héritier, en vertu de ce juge» ment, qu'à l'égard seulement du créancier qui » l'a obtenu. »

C'est cet article qui fut soumis à l'examen du Conseil d'état, dans la séance du 9 nivôse an XI, et sur lequel s'éleva une longue discussion, assez animée, que nous nous abstiendrons de rapporter, parce qu'on la trouve dans le Procès-verbal des conférences, et dans le Commentaire de M. Chabot sur l'art. 800.

Les rédacteurs du premier projet soutinrent leur opinion, qu'ils ne voyaient pas sans peine rejetée par la section de législation.

De leur côté, les membres de cette section soutinrent l'article proposé, et combattirent les motifs du projet rejeté.

Puis, à la fin de cette discussion, M. Berlier, qui défendait l'opinion de la section de législation, conclut en faveur de l'article proposé, en ajoutant que si l'art. 243 (aujourd'hui l'art. 1351), passait, « comme il y a lieu de l'espérer (et en effet il a » passé), celui qu'on discute pourrait être supprimé » *comme inutile*, attendu que *le principe général recevrait son application à cette espèce, comme à* » *toutes les autres.* »

Sur quoi M. Réal, qui défendait la même opinion, observa qu'un individu déclaré héritier par un jugement, peut être ensuite exclu par le véritable héritier; qu'ainsi, sa qualité n'est pas irrévocablement certaine; et dès lors, elle peut être soumise au jugement de plusieurs tribunaux.

Immédiatement après avoir rapporté ces deux opinions, le procès-verbal se termine par ces mots: « L'article est *retranché.* »

Mais est-ce comme *inutile*, conformément à l'opinion de M. Berlier? On ne peut guère en douter, puisque, suivant l'expression du procès-verbal, il fut *retranché*, et non pas *rejeté*. Or, suivant la propriété des termes, on *retranche* ce qui est inutile; on rejète ce qu'on juge mauvais, ce qu'on ne veut pas admettre.

Ajoutez à cela qu'il est incontestable que l'article 1351 établit en principe général, et sans excep-

tion, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'en faveur de la partie qui a obtenu le jugement. Or, non seulement l'art. 800 ne contient point d'exception formelle à ce principe, fondé, comme nous l'avons vu, sur la première règle de toute justice; mais encore les termes de ce même article, pris dans le sens légal, en rangent naturellement l'espèce sous le principe général.

Aussi M. Chabot, après avoir adopté, dans son premier ouvrage, l'opinion de ceux qui pensaient que le jugement rendu contre un successible, en qualité d'héritier pur et simple, le prive de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou de renoncer, même à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties au jugement, a abandonné et combattu cette opinion avec beaucoup de force, dans la 5e. édition de son Traité des successions, tom. II, pag. 602 et suiv., où il rapporte avec un grand détail les raisons pour et contre.

257. Quant à l'objection tirée de la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier, il est bon d'y répondre avec quelque détail, parce qu'on abuse encore, en d'autres occasions, de cet argument, qui cependant n'est autre chose qu'un sophisme fondé sur l'abus des mots, sur une pure subtilité métaphysique.

On dit que la qualité d'héritier est indivisible, parce qu'il implique contradiction d'être, dans la même succession, héritier et non héritier; que la qualité d'héritier étant universelle, le jugement

qui la déclare profite, en toute occasion, à celui à qui elle est donnée, comme elle profite contre lui à tous les intéressés.

Par suite de ce raisonnement, il faut dire que le premier jugement, qui déclare que le successible n'a point fait d'acte d'héritier, qu'il n'est pas héritier, doit avoir son effet contre tous les créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été entendus ni appelés au jugement obtenu par le successible, quoiqu'ils allèguent des moyens et des faits nouveaux, inconnus au premier créancier qui a succombé; ce qui est d'une absurdité sensible.

Sans doute, considérée abstractivement, toute qualité quelconque, soit universelle, soit particulière, est indivisible, parce qu'une abstraction n'a point de parties, et ne peut par conséquent être divisée. C'est ainsi qu'on ne peut en même tems être et n'être pas, parce que l'existence abstraite est réellement indivisible.

Mais si l'on considère les obligations et les droits attachés à la qualité d'héritier, autrement, les droits actifs et passifs qui la composent, rien de plus divisible que ces droits et ces obligations. La loi elle-même permet au successible de diviser les obligations attachées à cette qualité. Ces obligations sont régulièrement de payer toutes les dettes, toutes les charges de la succession, même sur ses biens personnels, après l'épuisement des biens de l'hérédité. Cependant, la loi lui permet de déclarer qu'il n'accepte la succession que sous bénéfice

d'inventaire, et l'effet de cette déclaration est de le dégager entièrement de payer les dettes : il continue d'en être tenu, en qualité d'héritier, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'hérédité.

Pourquoi la chose jugée, qui est une loi pour les parties entre lesquelles le jugement a été rendu, mais non pas à l'égard des tiers, la chose jugée, dont la force est telle qu'elle pourrait faire, suivant l'expression des docteurs, *de non ente ens, de non jure jus*, n'aurait-elle pas le pouvoir de diviser les obligations de l'héritier, de rendre le successible héritier pur et simple à l'égard de Caïus, et seulement héritier bénéficiaire, ou même non héritier, à l'égard de Seius; c'est-à-dire l'obliger à payer ce que le défunt devait à Caïus, et le dégager de l'obligation de ce qui était dû à Seius? Le jugement rendu en faveur de Caïus ne peut profiter à Seius; la loi le défend, et le jugement rendu contre Seius ne peut porter atteinte au jugement rendu en faveur de Caïus; la loi le défend encore. L'un et l'autre sont des lois particulières aux personnes qui ont été parties aux jugemens : tous les deux doivent donc être exécutés. Il en résultera que le successible paiera en entier la créance de Caïus, même après l'épuisement des biens de l'hérédité, et qu'il ne paiera point la créance de Seius. Y a-t-il en cela quelque chose qui blesse l'ordre public, quelque contradiction, quelque absurdité?

Assurément aucune. Papinien n'en trouvait pas

dans l'exécution de deux jugemens, dont le premier déclarait un testament inofficieux et nul, contre l'un des deux héritiers institués; le second le déclarait valide en faveur de l'autre institué. Qu'eussent dit les partisans de l'indivisibilité? Un testament ne peut être en même tems nul et valide.

Que dit Papinien? Qu'il faut exécuter les deux jugemens : celui des héritiers institués qui a gagné son procès, partagera l'hérédité avec le fils de famille qui a fait annuler le testament nul contre l'autre héritier institué. Papinien trouve-t-il quelque contradiction, quelque absurdité en ce que la validité du testament, qui paraît indivisible, se trouve néanmoins divisée par l'effet de la chose jugée? Non. *Nec absurdum videtur*, ajoute-t-il, *pro parte intestatum videri.* Voy. *la loi* 15, *ff de inof. test.*, 5. 2, dont le texte est copié *suprà*, n°. 254. Et Papinien le décidait ainsi, sous une législation qui établissait pour maxime que, *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* (1).

C'est l'opinion des partisans de la prétendue *indivisibilité*, et des conséquences qu'ils prétendent en tirer, qui entraînerait de véritables absurdités. Elle admet, contre la disposition expresse et générale de la loi, une exception qu'aucune loi n'autorise, une exception qui viole directement la pre-

---

(1) *Jus nostrum non patitur eumdem in paganis, et testato, et intestato decessisse : earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. Loi 7, ff de R. J.*

mière règle de toute justice, en érigeant en loi, contre les autres créanciers d'une succession, un jugement où ils n'ont été ni entendus ni appelés.

Voyez de plus dans quel inextricable embarras cette opinion peut entraîner. Supposons, car enfin cela est possible, que le même jour il soit rendu deux jugemens en dernier ressort, dont l'un, à la requête de Primus, déclare que Caïus, héritier présomptif de Sempronius, a fait acte d'héritier pur et simple, et le condamne comme tel; l'autre, rendu à la requête de Secundus, déclare qu'il n'a pas fait acte d'héritier, et l'absout en conséquence. Auquel des deux jugemens donnera-t-on la préférence, si on ne les exécute pas tous les deux, suivant la décision de Papinien?

Bannissons donc pour toujours le sophisme tiré de l'indivisibilité prétendue des qualités; sophisme que l'on tente encore d'introduire dans les matières d'état, où il n'est pas mieux fondé qu'en matière de succession ou d'hérédité. Les qualités abstraites ne peuvent se diviser, parce qu'une abstraction n'a point de parties; c'est l'ouvrage de notre esprit. Ce n'est pas autre chose qu'un assemblage d'idées, de droits et d'obligations que nous attachons à un mot; mais si le mot abstrait n'est pas divisible, les droits et obligations que nous y attachons peuvent très-bien se diviser.

258. Les qualités purement naturelles, celles qui sont formées par la nature, ne peuvent également se diviser, parce qu'une chose ne peut en

même tems être et n'être pas; par exemple, la qualité de fils de tel père ou de telle mère est immuable, indivisible et indestructible aux yeux de la nature. Aucune puissance humaine (1) ne peut faire que je ne sois pas réellement le fils de mon père ou de ma mère : *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt. Loi 8, ff de R. J.*

Mais les droits que la loi attache à la qualité de fils peuvent se diviser, parce qu'ils sont l'ouvrage du droit civil, tels que les droits de famille, les droits de succéder, etc.

Bien plus : si la qualité de fils est naturellement immuable, indivisible et indestructible, le droit civil peut la faire disparaître au moyen de la chose jugée. Si ma qualité de fils de tel père est contestée, il faut bien recourir aux tribunaux pour la faire reconnaître, et leur jugement peut décider que je ne suis pas fils de mon père. Ce jugement, quoique fondé sur une erreur, passera aux yeux de la loi pour une vérité : *Res judicata pro veritate habetur.*

Les tribunaux peuvent également décider que je suis fils de tel père et de telle mère, quoique dans la vérité je ne le sois pas, et cette décision sera une vérité légale, une vérité irréfragable. Je serai leur fils aux yeux de la loi, quoique je ne le sois

---

(1) Dieu même ne le peut, parce qu'il ne peut faire que ce qui existe n'ait pas existé : *Non tamen infectum reddet, quod fugiens semel hora vexit.*

pas aux yeux de la nature ; je serai le frère de leurs enfans, le parent de tous leurs parens, en un mot, membre de la famille, et j'en exercerai tous les droits, quoique dans la vérité j'y sois étranger. C'est ce qui fait dire aux glossateurs que la chose jugée peut *faire de non ente ens, de non jure jus.*

Si la chose jugée peut détruire, aux yeux de la loi, la qualité naturelle d'enfant de tel père et de telle mère, ou du moins la faire disparaître, pourquoi ne pourrait-elle pas décider, par un premier jugement, rendu contre les héritiers d'une femme mariée, que tel individu est son fils, et par un second, rendu en faveur des héritiers de son mari, qu'il n'est pas son fils, ou du moins qu'il n'est pas son fils légitime?

Ces deux jugemens seront contraires. Oui, sans doute; mais est-ce une raison pour ne pas les exécuter tous les deux, lorsqu'il est possible de le faire? Papinien ne le pensait pas ; il disait, au contraire, et très-affirmativement, qu'alors que deux jugemens, rendus contradictoirement avec le fils de famille, avaient décidé sur les mêmes moyens, l'un contre l'un des héritiers institués, que le testament du père était inofficieux et nul; l'autre, en faveur du second institué, que le testament était valide, il fallait exécuter les deux jugemens, quoique contraires, comme si le père avait institué son fils pour une moitié. Loi 15, § 3, *ff de inoffic. test,,* 5. 2.

Dans l'espèce où se trouvait Masson Maison-

rouge, nous avons vu qu'un premier arrêt du 9 mai 1789 avait décidé qu'il succéderait à sa mère, et la succession de Rotisset, frère de cette dernière, fut condamnée à lui rendre compte des biens de l'hérédité; et qu'un second arrêt du 20 juillet 1790 avait décidé qu'il ne pouvait succéder aux biens de son père, parce qu'il était bâtard adultérin, et que ce dernier arrêt avait formellement laissé subsister le premier contre la succession Rotisset, parce qu'en effet, rien n'était plus facile que d'exécuter ces deux jugemens, quoique contraires, puisqu'il en résultait seulement que Maisonrouge succédait à sa mère et non pas à son père.

De ces deux arrêts contraires, l'un était nécessairement fondé sur une erreur, et contraire à la vérité; mais ce n'était point assez, suivant les lois, pour les rétracter et les soumettre à une révision; encore moins pour que l'un des deux l'emportât sur l'autre : tous deux avaient en leur faveur cette présomption de vérité légale, que la grande raison de l'intérêt public a fait établir pour maintenir la stabilité irréfragable de la chose jugée. Il fallait donc les exécuter tous les deux, puisqu'il était possible de le faire.

C'est sur cette possibilité d'exécution que sont fondées les dispositions de l'ordonnance de 1667 et du nouveau Code de procédure, sur l'admission de la requête civile, pour contrariété d'arrêts. Cette contrariété n'est point suffisante. Ces deux lois exigent l'une et l'autre, pour donner ouver-

ture à la requête civile (1), que les jugemens contraires soient rendus *entre les mêmes parties.* Pourquoi cela? Parce qu'il est alors impossible de les exécuter tous les deux, puisqu'ils se détruisent mutuellement. Si l'une des parties voulait faire exécuter l'arrêt qui lui est favorable, l'autre lui opposerait l'arrêt contraire.

Mais, lorsque les deux jugemens ne sont pas rendus entre les mêmes parties, comme dans l'espèce de Papinien, comme dans celle de Masson Maisonrouge, on peut facilement exécuter les deux arrêts; et puisqu'on le peut, on le doit; car tous les deux sont défendus par l'autorité imposante de la chose jugée. La loi n'accorde aucun moyen pour les rétracter. On ne peut le faire sans une disposition très-précise de la loi.

239. Deux arrêts récemment rendus par la Cour royale d'Angers ont suivi ces principes, et rejeté le sophisme de *l'indivisibilité* dans l'espèce suivante : (2)

En prairial an II, René Vaudolon épousa Louise Bourreau. Deux jours après, il est forcé de partir comme réquisitionnaire pour l'armée des Pyrénées.

Son père meurt le 30 floréal an IV. Louise Bourreau fait nommer un curateur à son mari absent,

---

(1) Ordonnance de 1667, tit. 35, art. 34. Code de procédure, article 480, n.° 6.

(2) Ces arrêts sont rapportés dans *les Affiches d'Angers*, an 18[illegible], n.os 67, 69 et 70.

pour concourir au réglement de la succession. Il est à remarquer que, dans le compte rendu devant notaire, le 8 pluviôse an VI, elle prit la qualité de femme de René Vaudolon, défenseur de la patrie, *de qui elle n'a eu aucune nouvelle depuis plus de quatre ans.*

Cependant elle était enceinte, et accoucha d'un garçon le 10 floréal an VI. L'acte de sa naissance, dressé par l'officier de l'état civil de Dissé, porte, après les énonciations ordinaires : « Lesquels nous » ont déclaré que Louise Bourreau, femme en lé- » gitime mariage de René Vaudolon, absent depuis » environ quatre ans, étant au service de la patrie, » comme réquisitionnaire, est accouchée ce jour, » à cinq heures du matin, dans leur domicile....., » d'un enfant mâle, à qui il a été donné le prénom » de René. »

Le 14 fructidor an VI, Louise Bourreau, se disant veuve de René Vaudolon, obtint, contre le curateur de son mari absent, un jugement du tribunal de la Sarthe, qui le condamne en une provision alimentaire de 200[l]. Dans la signification de ce jugement, le 24 prairial an VII, elle prit encore la qualité de veuve.

A ce même titre, et comme ayant été commune en biens et aussi comme tutrice de son enfant, elle exposa, le 3 nivôse an VII, au juge de paix du Lude, que son mari était décédé à Bellegarde, département de Sambre-et-Meuse, en brumaire an VII.

Peu après elle mourut assassinée.

Le 16 fructidor an VII, dans l'assemblée des parens pour la nomination d'un tuteur à l'enfant, les parens paternels le désavouèrent, et déclarèrent ne vouloir concourir que comme amis.

Claude Bourreau, frère de la mère, fut institué tuteur. Les autres parens maternels concoururent à sa nomination.

Antoine Vaudolon, mari de Marie Vaudolon, sœur du père de l'enfant, fit citer, dès le 27 du même mois, Claude Bourreau, en sa qualité de tuteur, pour voir juger nul l'acte de naissance du mineur René, quant à sa dénomination d'enfant issu de René Vaudolon, etc.

Une assez grande involution de procédures suspendit la décision de l'affaire jusqu'au 14 thermidor an XI, jour où le tribunal de la Flèche rendit un jugement où il est dit que « le tribunal a reconnu que la cause présente à juger les questions » suivantes, savoir :

« *Dans le fait*, si, avant la conception de l'enfant auquel Louise Bourreau a donné le jour, » son mari vivait encore;

» *Dans le droit*, si la demande d'Antoine Vaudolon, afin d'envoi en possession de la succes» sion de René Vaudolon, au profit de Marie Vaudolon, sœur de celui-ci et femme du demandeur, » est bien fondée. »

Sur la première question, le tribunal décide la négative, et sur la seconde, que la demande d'Antoine Vaudolon était fondée. Il est inutile d'entrer

dans le détail de ses motifs, parce que nous n'avons point à examiner si le jugement est bien rendu; d'ailleurs, l'arrêt résume ces motifs comme suit :

« Il résulte du procès qu'à l'époque de la con-
» ception de René, dont Louise Bourreau est ac-
» couchée le 10 floréal an VI, René Vaudolon,
» son mari, n'existait plus, et n'est point le père
» de l'enfant.....: d'où suit que l'enfant mineur,
» dont Claude Bourreau est tuteur, n'est que le
» fils naturel de ladite défunte Louise Bourreau.

» Par ces considérations, le tribunal envoie An-
» toine Vaudolon, comme époux de Marie Vaudo-
» lon, en pleine propriété et jouissance de la suc-
» cession de René Vaudolon.....; fait défense à
» Claude Bourreau, aux qualités qu'il procède, de
» l'y troubler, etc. »

Ce jugement fut signifié au tuteur le 16 fructidor an XI. Il n'en fut point interjeté appel dans les délais. Il passa donc incontestablement en force de chose jugée, en faveur des héritiers et de la famille de René Vaudolon, mari de Louise Bourreau; mais avait-il la même autorité en faveur des héritiers et parens de Louise Bourreau? C'est la question qui reste à examiner.

Malgré le jugement du tribunal de la Flèche, qui le déclarait fils naturel de Louise Bourreau, René continuait de jouir de tous les biens de sa mère, dont les héritiers l'avaient toujours reconnu pour légitime; mais, ayant eu connaissance du jugement de la Flèche, ils se pourvurent, au mois

de décembre 1818, en restitution des biens qu'il avait recueillis, devant le tribunal de Saint-Calais, qui, par jugement du 22 mai, déclara irrévocablement fixé, parce qu'il s'agissait d'une chose *indivisible*, l'état du défendeur, comme enfant naturel de Louise Bourreau; le condamna à restituer aux demandeurs les biens meubles et immeubles, provenant de la succession de Louise Bourreau, avec les fruits échus du jour de la demande, sauf à lui à se pourvoir, pour se faire délivrer les droits qui lui compètent dans la même succession, aux termes de l'art. 757 du Code civil, etc.

Au mois d'août 1819, René, devenu majeur, se rend appelant à la Cour royale d'Angers, tant du jugement rendu par le tribunal de la Flèche, le 14 thermidor an XI, que du jugement rendu par le tribunal de Saint-Calais, le 22 mai 1818; et, sur ces deux appels, la Cour royale d'Angers rendit deux arrêts, prononcés le même jour 11 avril 1821.

Par le premier arrêt, considérant que le jugement du tribunal de la Flèche, du 14 thermidor an XI, fut signifié dans l'an XI, au tuteur de l'appelant, et que la signification en fut faite au nom d'Antoine Vaudolon, en qualité de mari de Marie Vaudolon, « la Cour déclare l'appel interjeté non » recevable, et condamne l'appelant à l'amende et » aux dépens. »

Ainsi, voilà l'appelant René déclaré fils naturel de sa mère, Louise Bourreau, en vertu du jugement de la Flèche, passé en force de chose jugée.

Par le second arrêt rendu le même jour 11 avril 1821, sur l'appel du jugement de Saint-Calais, la Cour d'Angers,

« Considérant que le jugement rendu à la Flèche, » le 14 thermidor an XI, auquel le tribunal de » Saint-Calais a attribué l'autorité de la chose ju- » gée, pour l'appliquer à l'instance pendante de- » vant lui, et y prendre une règle de sa décision, » n'était pas intervenu entre les mêmes personnes » qui comparaissaient devant lui, et qu'ainsi, il a » fait une fausse application évidente de l'art. 1351 » du Code civil. »

Ce motif, dont la solidité n'est pas douteuse, rejète bien clairement la prétendue indivisibilité sur laquelle s'était appuyé le tribunal de Saint-Calais, pour donner, contre des personnes tierces, l'autorité de la chose jugée au jugement rendu par le tribunal de la Flèche, le 14 thermidor an XI.

Au fond, la Cour d'Angers, « considérant qu'il » y a eu un mariage entre Louise Bourreau et René » Vaudolon; — qu'il est constant que l'appelant, » auquel a été donné à sa naissance le nom de » René, est le fils de Louise Bourreau; — qu'il a » été inscrit sur le registre comme fils d'une femme » légitimement mariée, avec déclaration que le » mari était absent, etc..... — que les intimés, » frères de sa mère, loin d'avoir contesté la légiti- » mité de cet enfant, l'avaient regardé comme tel;

» La Cour, faisant droit sur l'appel interjeté par » René Vaudolon, du jugement rendu par le tribu-

» nal de Saint-Calais, a mis l'appel au néant ; cor-
» rigeant et réformant, faute par les intimés de
» rapporter la preuve légale de la dissolution du
» mariage de Louise Bourreau, leur sœur, anté-
» rieurement à la conception de son fils, les déclare
» non recevables à contester l'état par eux préce-
» demment reconnu de René Vaudolon, leur ne-
» veu, le *relaxe* des demandes et conclusions par
» eux prises contre lui, etc. »

Ces arrêts nous paraissent inattaquables, si ce n'est par des moyens que nous ne connaissons pas. Au reste, cette affaire nous présente un nouvel exemple du même individu déclaré, comme Maisonneuve, habile à succéder à sa mère comme enfant légitime, et non pas au mari de sa mère, comme illégitime ; jouissant des droits de la légitimité dans la famille de sa mère, et non dans celle du mari de sa mère. En cela nulle absurdité, puisque les deux jugemens peuvent être exécutés : *nec absurdum videtur.* Si les droits du sang, qui sont l'œuvre de la nature, ne peuvent être détruits par la loi civile, la légitimité est son ouvrage : elle peut donc faire que tel individu soit légitime dans la famille de sa mère, qui est toujours certaine, et non dans celle du père, lequel est toujours incertain.

C'est une conséquence nécessaire et directe des principes établis sur l'autorité de la chose jugée, fondés sur les motifs les plus puissans d'intérêt public, et consacrés par l'art. 1351 du Code, qui,

n'ayant point fait d'exception respectivement à la qualité d'héritier ou à celle d'enfant légitime, ne laisse pas aux tribunaux le pouvoir d'en faire une arbitrairement, puisqu'elle n'est point dans le texte de la loi, ni même dans son esprit.

240. De toutes les conditions exigées pour donner lieu à l'autorité ou à l'exception de la chose jugée, la plus importante, sans contredit, est, comme nous l'avons vu, *que la demande soit entre les mêmes parties* (art 1351), parce que cette condition dérive de la maxime de justice éternelle que *personne ne doit être condamné sans avoir été entendu.* Si des considérations d'intérêt public y ont fait admettre l'exception que nous venons de développer, en faveur des *actions préjudicielles* proprement dites, c'est-à-dire des causes d'état, exception introduite par le droit romain, et naturalisée en France depuis plusieurs siècles, on ne peut, ce nous semble, en introduire d'autre, à moins qu'elle ne soit prononcée par une loi précise. Toute exception arbitraire violerait la règle fondamentale de toute justice. Aussi, nous avons vu que la jurisprudence a rejeté l'exception que l'on cherchait à introduire, sous le prétexte de l'indivisibilité des qualités d'héritier ou d'enfant légitime.

Cependant un jurisconsulte profond, qui exerça long-tems, dans une place éminente, les fonctions du ministère public avec un grand éclat, a proposé une nouvelle exception relative aux jugemens criminels qui condamnent ou absolvent un accusé.

Il avait avancé que le jugement rendu sur l'action publique, sur la poursuite et à la réquisition du ministère public, devait avoir l'autorité de la chose jugée pour ou contre l'action civile en dommages et intérêts portée devant un tribunal civil. Il avait même énoncé cette proposition en forme de règle de droit : *Le criminel l'emporte sur le civil.* Cette règle nous ayant paru fausse et sur-tout dangereuse par l'imposante autorité du magistrat qui la proposait, et dont le successeur avait adopté la doctrine, nous crûmes devoir la combattre, tom. VIII, n^os^. 30 et suiv.

241. Dans la 3^e^. édition de ses Questions de droit, v^o^. *Faux*, § 6, pag. 133, M. Merlin a expliqué et beaucoup modifié sa première doctrine. Il déclare qu'en disant que *le criminel l'emporte sur le civil ; que l'action civile doit réussir, si l'action publique, qui lui est préjudicielle, réussit, et échouer, si l'action publique échoue ;* que par conséquent le jugement *rendu sur l'action publique reçoit, à l'action civile, une application nécessaire et forcée*, il n'a entendu dire autre chose, si ce n'est que lorsqu'entre le fait sur lequel a porté l'action publique, et le fait qu'il s'agit ensuite de juger civilement, il y a une connexité tellement nécessaire, que la vérité ou la fausseté *de l'un emporte la vérité ou la fausseté de l'autre*, le jugement criminel lie les mains au juge civil (1) ; il a irrévocablement l'autorité de la chose jugée.

(1) Du reste, M. Merlin convient que si le jugement criminel ne

Cette modification, ainsi énoncée, fait naître beaucoup de questions et de distinctions, qu'il examine en divers endroits du même ouvrage, mais qui deviennent inutiles, si, comme nous persistons à le penser, le jugement rendu sur l'action publique ne peut produire l'exception de la chose jugée pour ou contre l'action civile, dans les cas mêmes où il y a connexité entre le fait sur lequel a porté l'action publique, et celui sur lequel doit porter l'action civile; tellement que la vérité ou la fausseté de l'un emporte la vérité ou la fausseté de l'autre.

242. Nous avons déjà vu que cette connexité, que l'identité même des faits, ne suffisent pas pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée; il faut encore identité de l'objet des deux actions, ou de la chose demandée, et sur-tout *identité des personnes*. Ainsi, comme nous l'avons dit *suprà*, d'après d'Argentré, d'après Papinien, *de deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne*. Pourquoi cela? Parce qu'il n'y a pas *identité des personnes*; condition essentielle, fondée sur la première règle de toute justice, et sans laquelle il ne peut y avoir lieu à l'exception de la chose jugée.

243. Cette identité des personnes dans l'action publique et dans l'action civile, ne peut exister que

---

statue pas positivement sur l'existence ou la non existence du délit, il ne peut influer en rien sur le jugement civil.

dans le seul cas où la personne lésée par un délit s'est rendue partie civile dans le procès criminel ; car alors le jugement d'absolution ou de condamnation qui intervient, étant contradictoire avec elle, doit produire en sa faveur, ou contre elle, l'exception de la chose jugée.

En ce cas, il est évident qu'il y a dans les deux actions identité des personnes, et même identité d'objet ou de chose demandée ; car si l'action publique, sur laquelle a été rendu le jugement, n'avait pour objet que l'application de la peine, la personne lésée, en intervenant, pour joindre à l'action publique son action civile et privée, a donné au procès criminel un objet de plus. Si la partie publique y a poursuivi, pour l'intérêt de la société et au nom du Roi, la preuve du délit et de la culpabilité de l'accusé, et demandé l'application de la peine, la partie civile a poursuivi la même preuve pour son intérêt privé, et demandé ou dû demander la réparation du dommage qu'elle a souffert, s'il y avait lieu ; et, par conséquent, le jugement qui a déclaré la preuve acquise ou non acquise, doit avoir l'autorité de la chose jugée contre la partie lésée, qui ne peut plus alors porter son action civile devant un autre tribunal.

Si, au contraire, la partie lésée par le délit, au lieu d'intervenir dans le procès criminel, porte son action en dommages et intérêts devant un tribunal civil, il n'y a plus évidemment, entre cette action et l'action publique déjà jugée, ni identité de per-

sonne, poursuivante ou demanderesse, ni identité dans l'objet de l'action ou dans la chose demandée.

Il peut y avoir, à la vérité, identité dans la cause sur laquelle l'action publique et l'action civile sont fondées, c'est-à-dire dans le fait, quoique considéré sous deux rapports très-différens, savoir : dans l'action publique, comme un délit nuisible à la société, et que le ministère public est seul chargé de poursuivre, et dans l'action civile ou privée, comme un fait qui a préjudicié aux intérêts privés d'un particulier, lequel peut seul demander la réparation du dommage qu'il a souffert. Ainsi, quoique considéré sous deux rapports divers, ce même fait est la cause sur laquelle sont fondées l'action publique, pour l'application de la peine, et l'action privée ou civile, pour la réparation du dommage.

244. Mais cette identité du fait, cette identité de la cause sur laquelle sont fondées la première action déjà jugée, et la seconde, qu'on veut faire juger, ne suffit pas pour opposer à celle-ci l'autorité ou l'exception de la chose jugée ; il faut encore *que la chose demandée soit la même ;..... que la demande soit entre les mêmes parties.* Ainsi l'exige impérieusement l'art. 1351 du Code civil, dont la disposition est applicable au cas où les actions sont portées successivement du tribunal civil dans un tribunal criminel.

En voici un exemple, emprunté de M. Merlin (1):

---

(1) Répertoire de jurisprudence, v.° *Chose jugée*, § 15, pag. 536 de

« Lorsque le jugement civil a précédé le juge-
» ment criminel, le premier ne peut et ne doit in-
» fluer en rien sur le second, et le juge criminel
» doit prononcer sur le fait imputé à crime, ainsi
» que sur la culpabilité de l'accusé, avec la même
» liberté, avec la même latitude de pouvoir, que
» si le juge civil n'avait pas encore statué sur l'un
» ni sur l'autre. »

Pourquoi cela? Parce que, dans l'action publique, la demande n'est point *entre les mêmes parties, la chose demandée n'est pas la même.*

« Par exemple, continue M. Merlin, Pierre ex-
» pose au juge civil que Paul lui a volé, à force ou-
» verte, une somme d'argent, et conclut à ce que
» Paul soit condamné à lui restituer cette somme.
» Paul se défend et parvient à obtenir un jugement
» qui, en déclarant la demande de Pierre calom-
» nieuse, l'en décharge, avec dommages, intérêts
» et dépens.

» Quelque tems après, le ministère public rend
» plainte contre Paul, pour avoir volé à Pierre la
» même somme d'argent. Il produit la preuve de ce
» délit, et requiert la condamnation du prévenu.
» Pierre pourra-t-il opposer à cette plainte, à ces
» preuves, à ce réquisitoire, le jugement civil qui
» l'a déchargé? Non, *car le jugement n'a pas été*
» *rendu avec le ministère public;* et il est de prin-

---

la 3.e édit. *Voy.* aussi pag. 338, cause préjudicielle, *accessorium sequitur principale.*

» cipe que les jugemens ne peuvent être opposés » *qu'aux parties avec lesquelles ils ont été rendus*, et » à ceux qui les représentent. Paul sera donc con- » damné par le tribunal criminel, s'il est reconnu » coupable, quoique le tribunal civil l'ait précé- » demment jugé innocent. »

245. Pourquoi donc, lorsque le jugement criminel a précédé le jugement civil, aurait-il une influence nécessaire et forcée sur ce dernier? Pourquoi produirait-il l'exception de la chose jugée, pour ou contre la demande civile en réparation des dommages et intérêts? La partie demanderesse n'est pas la même, la chose demandée n'est pas la même : le jugement criminel ne doit donc pas avoir l'autorité de la chose jugée contre l'action civile portée dans un autre tribunal. C'est une conséquence tellement directe, tellement nécessaire des dispositions de l'art. 1351 du Code civil, que, pour la rejeter, il faudrait qu'une autre loi précise prononçât formellement une exception relative aux jugemens criminels. Or, il n'en existe pas, nous ne craignons pas de l'affirmer; car M. Merlin n'en peut citer aucune.

L'art. 360 du Code d'instruction criminelle dit, il est vrai, que « toute personne acquittée légale- » ment ne pourra plus être *reprise ni accusée* à rai- » son du même fait. »

Mais, comme l'indiquent assez les expressions mêmes de cet article, et comme l'a expressément décidé la Cour de cassation, dans un arrêt du 11

octobre 1817 (1), cette disposition n'est relative qu'à l'action publique, pour l'application des peines, et non à l'action en dommages et intérêts.

246. A défaut d'une exception qui ne se trouve dans aucune loi, M. Merlin, pour soutenir son opinion, a recours aux ressources de la dialectique. Il s'efforce de prouver que le jugement criminel, quoique la partie civile n'y soit pas intervenue, n'en a pas moins l'autorité de la chose jugée dans le procès civil,

1°. Parce que *les deux demandes*, celle du ministère public et celle de la partie lésée, *sont identiques dans leur objet fondamental;*

2°. Parce que, d'un autre côté, il y a aussi *identité de parties;*

3°. Parce que l'action publique est une question préjudicielle, qui entraîne nécessairement le jugement de l'autre action;

4°. Parce que la Cour de cassation a pensé que, lorsqu'un tribunal criminel a jugé affirmativement un fait de culpabilité contre un prévenu, le jugement, devenu inattaquable, sert également de *base* aux demandes civiles, qui en sont les accessoires.

247. Suivons ces raisonnemens, et voyons d'abord s'il y a ce qu'il appèle identité d'objet dans deux demandes qui paraissent si différentes, l'applica-

---

(1) Rapporté dans les Questions de droit, 3.e édit., v.° *Réparation civile*, § 2, pag. 437.

tion d'une peine, une somme d'argent pour réparation d'un dommage privé.

Cette identité, suivant M. Merlin, quoique moins saillante, lorsque la personne lésée n'est point intervenue dans le procès criminel, n'en est pas moins *réelle*. Sans doute, dit-il, il n'a point été question dans le procès criminel de l'intérêt privé de la partie lésée; mais il y a été question, *en première ligne*, de savoir si le délit était constant; et le ministère public, en demandant, par la voie criminelle, que le délit fût déclaré constant, demandait précisément ce que la partie lésée demande, soit par action, soit par exception, dans l'instance civile.

Donc il y a identité d'objet.

Rien de moins vrai que cette conséquence. Nous en prouvons d'abord la fausseté par une autorité irrécusable, sur-tout pour M. Merlin, par les art. 5 et 6 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV. L'art. 5 porte :

« L'action *publique* a pour *objet* de punir les atteintes portées à l'ordre social. »

L'art. 6 : « L'action *civile* a pour *objet* la réparation du dommage que le délit a causé. »

L'action *publique* et l'action *civile* n'ont donc pas le même objet. La conséquence nous paraît sans réplique.

L'objet du fonctionnaire, chargé d'exercer l'action publique, est la *recherche* et la *poursuite* de tous les délits dont la connaissance appartient aux

tribunaux criminels. C'est pour cela qu'il est institué (Art. 22 du Code d'instruction criminelle). Il commence donc par demander à faire preuve du délit et de la culpabilité du prévenu. Si l'instruction lui procure la preuve, tant de l'existence du délit que de la culpabilité de l'accusé, il requiert l'application de la peine prononcée par la loi; mais il lui est interdit de demander la réparation du dommage privé qu'éprouvent les particuliers lésés par le fait qui constitue le délit. L'objet de l'action *publique* est donc réellement de punir les délits ou les atteintes portées à l'ordre social, comme l'a fort bien dit M. Merlin, dans le Code des délit et des peines, du 3 brumaire an IV.

L'objet direct, l'objet unique de l'action civile, qui appartient aux personnes lésées par un délit, est une somme d'argent pour réparation du dommage qu'elles ont souffert. Il leur est défendu de demander l'application d'une peine queleonque au fait qui leur a causé le dommage. Si le défendeur nie que le fait ait existé, ou qu'il en soit l'auteur, le demandeur doit prouver sa demande; c'est la règle. Où donc est cette identité *réelle*, que trouve M. Merlin entre l'objet de l'action publique, où le ministère public ne demande que l'application de la peine prononcée contre un délit, et l'objet de l'action civile, où la partie lésée ne demande qu'une somme pour réparation du dommage qu'elle éprouve?

Il est vrai que le fait que demande à prouver le

ministère public dans le procès criminel, et qui sert de fondement à la demande d'application de la peine, est le même que celui qui sert de fondement à la demande d'une somme pour réparation du dommage privé. L'action publique et l'action civile sont donc souvent fondées *sur la même cause.* C'est sûrement ce qu'a voulu dire M. Merlin, en disant qu'elles sont identiques *dans leur objet fondamental.*

Eh bien! soit : nous n'avons jamais prétendu le contraire, et nous sommes en ceci d'accord avec M Merlin; mais suffit-il que la *demande soit fondée sur la même cause*, pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée? Non certes. L'art. 1351 exige de plus,

Que la demande soit la même; c'est l'objet de l'action;

Que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles en la même qualité.

Or, M. Merlin, loin de chercher à prouver, n'ose même pas avancer que *la chose demandée* soit la même dans le procès criminel et dans le procès civil.

248. Cette identité ne peut même exister dans notre législation, puisque le ministère public ne peut requérir ce que demande la partie civile, ni celle-ci demander ce que requiert le ministère public.

Et dès qu'il est démontré qu'il n'y a pas, qu'il ne peut même y avoir *identité* de chose demandée

dans le procès criminel et dans le procès civil, le jugement criminel ne peut avoir, sur le jugement civil, l'autorité de la chose jugée; *il ne lie pas les mains au juge civil.*

Cette démonstration nous paraît telle, que nous pourrions terminer ici la discussion; mais la question est si importante, que nous ne devons négliger aucune des objections.

249. M. Merlin prétend, en second lieu, qu'il y a *identité de parties* demanderesses dans le procès criminel et dans le procès civil, quoique la partie civile ne soit pas intervenue dans le premier.

Quand cela serait vrai, on ne pourrait pas en conclure que le jugement criminel doive avoir, dans l'instance civile, l'autorité de la chose jugée; car il manquerait encore, comme nous venons de le voir, l'identité de la chose demandée.

Mais cette prétendue identité de parties est un paradoxe insoutenable, nous ne craignons point de le dire. Voyons cependant comment le soutient M. Merlin; nous emprunterons ses expressions : (1)

« Que faut-il pour que je sois censé avoir été » partie dans un jugement? Faut-il que j'aie été » personnellement en qualité dans l'instance sur » laquelle il a été rendu? Non. Il suffit que j'y aie » paru par le ministère d'un tiers *qui m'y représen-* » *tait*, et y exerçait, soit en *mon nom seul*, soit en » *mon nom* et au sien, soit en *mon nom*, au sien et

(1) Questions de droit, v.° *Faux*, pag. 148 de la 3.e édit.

» en celui d'autres personnes, les droits que j'y » pouvais avoir. »

250. Cette proposition, qui forme la majeure du raisonnement de M. Merlin, est très-vraie; mais quelle conséquence peut-il en tirer? Que le ministère public représente, dans le procès criminel, la partie lésée, qui n'y est point intervenue? Non, certes : il en résulte, au contraire, directement et nécessairement, qu'il ne la représente pas; car, suivant M. Merlin, il faut, pour qu'une personne en représente une autre dans un jugement, 1°. que le représentant y exerce les droits du représenté; 2°. qu'il les exerce, *soit au nom seul* du représenté, soit *au nom* du représenté et au sien, etc.

Or, 1°. le ministère public n'exerce pas les droits de la personne lésée, qui n'en a pas d'autres que la faculté de demander la réparation pécuniaire du dommage qu'elle a souffert; demande formellement interdite au ministère public;

2°. Le ministère public n'agit ni *dans le nom* seul de la personne lésée, ni *dans le nom* de la personne lésée et dans le sien; ce qui, comme le dit fort bien M. Merlin, est nécessaire pour qu'une personne en puisse représenter une autre; car celui-là même qui aurait le mandat exprès d'une personne pour la représenter, ne la représenterait point, s'il n'en faisait pas usage, en agissant dans le nom du mandant, quand même il aurait d'ailleurs le même intéret que ce dernier dans la demande.

Dans notre espèce, le ministère public n'a ni ne peut avoir aucun mandat, pour agir *dans le nom* de la partie lésée par un délit ; il ne peut exercer ses droits ou des droits semblables ; il n'a aucun intérêt dans la demande d'une somme d'argent pour réparation du dommage particulier, causé par un délit.

D'un autre côté, la partie lésée n'a pas d'intérêt dans l'application de la peine requise par le ministère public, pour la punition du délit. La loi lui défend de demander l'application de cette peine, comme elle défend au ministère public de requérir la réparation du dommage souffert par un particulier.

Ainsi, le ministère public n'agissant et ne pouvant agir pour la personne lésée par un délit, ni dans l'action publique, ni dans l'action privée, il est évident qu'il ne peut la représenter dans le procès criminel. Étrange représentant que celui qui n'a point, et qui ne peut pas même recevoir le mandat du représenté, ni prendre de conclusions pour lui!

Or, si la partie lésée n'a été ni pu être représentée par le ministère public, dans le jugement criminel, où elle n'est point intervenue, il est de toute évidence que ce jugement ne peut pas plus avoir, dans le procès civil, l'autorité de la chose jugée, sous le point de vue *de l'identité des parties*, que sous le point de vue *de l'identité de la chose demandée*.

Cette démonstration nous paraît aussi rigoureuse qu'une démonstration de géométrie.

251. Pour établir que le ministère public, en France, représente la partie lésée par un délit, dans un procès criminel où elle n'est point intervenue, M. Merlin a recours au droit romain, qui, de son aveu (1), ne connaissait pas l'institution du ministère public. De cela seul, il nous semble qu'on peut conclure, sans craindre de se tromper, qu'il est impossible de prouver, par les lois romaines, que les fonctionnaires revêtus d'une magistrature qu'elles ne connaissaient pas, représentent la partie lésée par un délit, dans un procès où elle n'est point partie. Voyons cependant comment raisonne M. Merlin (2), pour établir sa preuve.

« Dans le droit romain, où l'action publique,
» pour la répression des crimes, était populaire, et
» appartenait comme telle à tout le monde, celui
» qui intentait une accusation était censé l'inten-
» ter, non seulement pour lui-même, considéré
» comme membre de la société, mais encore pour
» la société entière; et comme, par cette raison, la
» société entière était censée agir par son organe
» contre l'accusé, le jugement qui intervenait sur le
» procès était aussi censé rendu avec la société en-

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Ministère public*, § 1. Cet article est de M. Garat, mais il est adopté par M. Merlin.

(2) *Voy.* Questions de droit, v.° *Faux*, § 6, pag. 48, 3.e édit.

» tière, ni plus ni moins qu'avec la partie qui y » avait figuré comme accusatrice.

» Telle était la règle établie par la loi 3, *ff de* » *popularibus actionibus*, 47. 23, et par la loi 9, » *Cod. de accusationibus*, 9. 2.»

252. Avant d'aller plus loin, observons qu'il ne faut pas confondre, dans le droit romain, les actions populaires avec les actions publiques, *publica judicia*. L'objet de ces deux actions et la manière de les exercer étaient bien différens. Les actions populaires avaient pour objet la répression de certaines contraventions à l'édit du préteur, telles que l'action *dejecti vel effusi*, contre ceux qui ont jeté ou laissé tomber quelque chose de nuisible sur un lieu où l'on a coutume de passer, *quò vulgò iter fit*, l'action *sepulchri violati*, etc.

L'objet des actions publiques était la répression des crimes publics contre lesquels les lois prononçaient une peine.

Cependant les actions populaires avaient cela de commun avec les actions publiques, qu'elles pouvaient être exercées par tous les citoyens, par ceux même qui n'y avaient point d'intérêt personnel.

Du reste, les actions populaires étaient des actions privées, soit respectivement à la cause qui les produisait, soit respectivement à la manière de les exercer : *Popularis actio publica dicitur, quod cuivis è populo patet; privata tamen est respectu causæ*, dit fort bien Vinnius, § 1, *Inst. de jud. pub.*, 4. 18.

253. Revenons aux actions publiques propre-

prement dites. Les lois romaines permettaient en effet, à tous les citoyens de les exercer, même à ceux qui n'y avaient aucun intérêt personnel; mais elles mettaient une grande différence entre ceux qui y étaient personnellement intéressés, et ceux qui ne l'étaient pas.

Il eût été injuste et même absurde, après le jugement rendu en faveur de l'accusé, de le laisser exposé au danger de subir successivement une seconde, une troisième accusation, etc. Il fut donc établi en principe qu'on ne pouvait recevoir pour le même crime une seconde accusation de la part d'un nouvel accusateur : *Iisdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet præses pati eumdem accusari. Loi* 7, § 2, *ff de accusat.*, 48. 2.

Qui de crimine publico, in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. Loi 9, *Cod. de accusat.*, 9. 2

254. C'est de là qu'est venue la maxime sage, *non bis in idem*, manifestement fondée sur la faveur due aux accusés, et non sur ce que le premier accusateur représentait toute la société, et exerçait les droits de tous les citoyens, même de ceux qui avaient un intérêt personnel à poursuivre le crime, et la réparation du dommage qu'il a causé. La preuve en est que la défense de renouveler l'accusation ne les regardait pas, comme nous l'apprend Ulpien, qui nous en donne pour raison que la chose jugée entre d'autres personnes ne peut préjudicier à des tiers : *Et putem*, dit-il, *quoniam*

res inter alios judicatæ aliis non præjudicant, si is qui nunc accusator existit, suam dolorem persequatur doceatque se ignorasse accusationem ab alio institutam, magnâ ex causâ admitti eum ad accusationem debere.

Le même principe se trouve dans la loi 16, *Cod. de his qui accusare non possunt*, 9. 1. Les empereurs Dioclétien et Maximien y répètent le principe qu'on ne doit pas admettre une seconde ou troisième accusation, à moins que le nouvel accusateur n'y ait un intérêt personnel, *nisi suas suorumque injurias persequatur.*

Et d'où vient cette différence entre les citoyens non intéressés dans l'accusation, et ceux qu'elle intéresse personnellement? C'est que la faculté d'accuser, qui n'était qu'une permission accordée aux premiers, était un droit pour les seconds, un droit acquis qu'on ne pouvait leur enlever. C'était même quelquefois un devoir dont la négligence était punie; par exemple, l'héritier qui négligeait de venger la mort du défunt se rendait indigne de succéder. La loi le privait de la succession. *Loi* 17, *ff de his quæ ut indignis*, 34. 9.

Le mari qui négligeait de venger la mort de son épouse se rendait indigne de la dot. *Loi* 20, *ibid.*

Il eût été injuste et contradictoire de les empêcher de poursuivre l'auteur d'un délit qu'ils devaient, ou qu'ils avaient intérêt de poursuivre, uniquement parce qu'un autre les avait devancés dans une première accusation, peut-être collusoire.

Par la même raison, les personnes à qui la permission d'accuser était interdite, telles que les militaires, les femmes, etc., avaient néanmoins le droit de le faire, si elles y avaient un intérêt personnel : « *Si suum, suorumque injuriam persequantur.* » *Loi* 8, *Cod. de his qui accusare non possunt*, 9. 1; *loi* 2, *ff de accusat.*, 48. 2.

255. A plus forte raison, les mêmes personnes avaient le droit de former une action civile au lieu d'une accusation : *Si quam sanè civilem petitionem idem Thaumasius sibi competere confidit, judicio prœsidali poterit experiri. Loi* 17, *Cod. de his qui accusare*, 9. 1.

Ces vérités bien démontrées détruisent de plus en plus la doctrine de M. Merlin, qui prétend, *ubi suprà*, pag. 148, que dans nos mœurs le ministère public est le *mandataire* de tous les citoyens et de la partie lésée, *comme l'était chez les Romains le particulier qui se constituait accusateur.*

256. Le ministère public *mandataire* de la partie lésée! Qui donc lui a donné son mandat? La loi? Elle lui défend de prendre des conclusions en sa faveur, pour la réparation civile du délit.

La partie lésée? Elle ne le peut pas quand elle le voudrait.

Étrange mandataire que celui qui ne peut ni prendre de conclusions, ni recevoir de mandat de la personne qu'on dit qu'il représente!

Écartons donc pour toujours cette doctrine nouvelle, fausse et dangereuse, qui prétend faire du

ministère public le mandataire de la partie civile absente. Il est spécialement chargé de veiller aux intérêts des mineurs, des femmes mariées, de parler pour eux ; et cependant jamais on ne s'est avisé de prétendre qu'il était leur mandataire, et que le jugement rendu sans qu'ils aient comparu, ou un procureur spécial dans leur nom, est censé contradictoire, et a contre eux l'autorité de la chose jugée, parce que le ministère public a parlé et donné ses conclusions. Cette doctrine ne peut s'accorder avec l'art. 235 du Code civil. *Voy.* ce que nous avons dit, tom. VIII, n°. 35.

257. 3°. Pour établir que le jugement criminel, rendu sur l'action publique, a la force de chose jugée pour ou contre l'action civile en dommages et intérêts, M. Merlin oppose, comme une raison tranchante et péremptoire, que l'action publique est *préjudicielle ;* il le prouve par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui porte que l'exercice de l'action civile est suspendu tant qu'il n'a pas été définitivement prononcé sur l'action publique, intentée avant ou depuis l'action civile.

Il résulte en effet de cet article que l'action publique doit être jugée avant l'action civile. Ce n'est donc que dans ce sens qu'on peut l'appeler action *préjudicielle*, et non pas dans le sens que nous avons expliqué *suprà*, n°. 216, dans le sens du § 13, *Inst. de act.*

Mais de ce que le jugement de l'action publique doit précéder celui de l'action civile, qui demeure

suspendu, s'ensuit-il que le jugement criminel ait une influence nécessaire sur celui de l'action civile? Non, certes : l'art. 235 du Code civil dit positivement le contraire, en parlant de l'action publique exercée à raison des faits qui, dans le cours d'une instance en divorce ou séparation de corps, peuvent donner lieu à une poursuite criminelle, *de la part du ministère public.* L'action en divorce demeure suspendue; elle pourra être reprise après le jugement de l'action publique, mais sans que ce jugement puisse avoir une influence nécessaire sur celui de l'action en divorce ou séparation. L'art. 235 le défend expressément : « L'instance » pourra être reprise, dit-il, *sans qu'il soit permis* » d'inférer du jugement criminel aucune fin de » non-recevoir ou exception préjudicielle contre » l'époux demandeur. » (1)

Donc le jugement de l'action publique, appelée si l'on veut *préjudicielle*, n'a point une influence nécessaire sur le jugement de l'action civile, qui a été suspendue. Nous avons encore prouvé, t. VIII, n^os^. 36 et 37, que le jugement de l'action préjudicielle n'a point une influence nécessaire sur celui de l'action suspendue, en citant l'exemple d'action préjudicielle, choisi par M. Merlin même : c'est le cas d'un délit forestier, lorsque le prévenu

(1) *Voy.* ce que nous avons dit à ce sujet, tom. VIII, n.° 35, note 1.

allègue pour sa défense que le bois où le délit a été commis lui appartient.

La question de propriété devient alors *préjudicielle*, en ce sens qu'elle doit être jugée préalablement. Si elle est rejetée, l'action correctionnelle n'est nullement préjugée; elle est seulement rendue à son cours ordinaire. Il reste à juger si le fait qualifié délit est constant, si le prévenu en est l'auteur, s'il n'a pas d'excuse, etc.; aucune de ces questions n'est préjugée. Le jugement de l'action préjudicielle n'influe en rien sur ces questions.

Concluons donc, avec assurance, que, de ce qu'une action est préjudicielle dans ce sens qu'elle doit être jugée avant une autre, le jugement qui la termine n'a pas d'influence nécessaire sur la seconde, quoiqu'il puisse en avoir en certains cas.

258. M. Merlin m'oppose ce qu'on appèle un argument *ad hominem;* il m'objecte (1) que je suis convenu que, « lorsqu'il a été formellement jugé »(avec le ministère public) que le délit n'existe »point....., un pareil jugement n'a pas seule»ment de l'influence sur l'action civile qu'on vou»drait fonder sur l'existence du délit, mais qu'il »anéantit cette action.....; car point de délit, »point d'action. »

Oui, je l'ai dit, mais j'ai eu tort de le dire; c'est une erreur dans laquelle m'entraîna l'imposante

(1) Questions de droit, v.° *Faux*, pag. 148.

autorité de M. Merlin, pour les opinions duquel j'ai l'habitude d'avoir beaucoup de déférence, et de qui j'empruntai la sentence, aujourd'hui reconnue fausse, *point de délit, point d'action civile.* Je dis reconnue fausse; car il n'est pas nécessaire que le fait qui a donné lieu à l'action publique ait le caractère d'un délit, pour donner lieu à l'action civile en réparation d'un dommage.

Par une fausse interprétation de la grande maxime *non bis in idem*, je distinguais le cas où l'accusé était absous par un jugement qui déclarait que le délit n'existait point, de celui où il a été condamné par un jugement qui déclare le délit constant. Dans le premier cas, je m'imaginai faussement qu'admettre une action civile à raison du fait qualifié délit, dont la non existence était jugée, c'était porter atteinte à la maxime *non bis in idem*, suivant laquelle « toute personne acquittée légalement ne » peut plus être *reprise ni accusée* à raison du même » fait. » (Art. 360 du Code d'instruction criminelle.)

J'étais dans l'erreur. Il est évident que cette disposition n'est relative qu'à l'action publique, comme le prouvent les termes mêmes de la loi, *reprise ni accusée* : d'où résulte que l'action civile en dommages et intérêts n'est point interdite contre l'accusé acquitté, ainsi que l'a pensé la Cour de cassation, dans les considérans de l'arrêt du 11 octobre 1817. *Voy.* les Questions de droit, v°. *Réparation civile*, p. 437. « Attendu, sur le second moyen, pris d'une

» prétendue violation de l'art. 360 du Code d'ins-
» truction criminelle, que cet article n'est relatif
» qu'à l'action publique, pour l'application des
» peines, et que l'action..... en dommages et inté-
» rêts est purement civile. »

Or, dès qu'il est constant que la règle *non bis in idem* n'empêche point de former une action civile contre l'accusé acquitté, j'ai eu tort de convenir, sur la foi de M. Merlin, que, lorsqu'il a été formellement jugé que le délit n'existe point, le jugement anéantit l'action civile ; car l'accusé acquitté ne peut opposer à l'action civile l'exception de la chose jugée par le jugement. Je ne puis rendre cette vérité plus sensible qu'en empruntant les expressions de M. Merlin, qui fait ainsi parler la partie civile : « Le délit que je vous impute a été
» à la vérité jugé ne pas exister ; mais je n'ai pas
» été partie dans le jugement. Que vous puissiez
» opposer ce jugement à une nouvelle action pu-
» blique qui serait intentée contre vous, à la bonne
» heure ; mais ce n'est pas une action publique que
» j'exerce contre vous ; c'est une action privée, et
» il est de maxime que les tribunaux civils sont
» compétens pour connaître des actions privées qui
» résultent des délits. »

Cet argument est à nos yeux sans réplique, et M. Merlin, pag. 149, ne trouve d'autre moyen d'y répondre qu'en disant que celui qui intente l'action civile *a été représenté dans le procès civil par le ministère public.*

Nous croyons avoir démontré, *suprà*, nos 250 et suivans, la fausseté de cette dernière proposition. Il reste donc démontré aussi, contre M. Merlin, qu'alors même que le jugement criminel a décidé que le délit n'a point existé ou qu'il est constant, et que l'accusé en est l'auteur, ce jugement ne peut, au premier cas, être opposé dans l'instance civile comme ayant la force de la chose jugée, et que dans le premier cas, la partie lésée peut encore prouver, devant le tribunal civil, que le fait a existé, et que dans le second cas, l'accusé condamné, appelé en dommages et intérêts, peut encore nier ou l'existence du délit ou qu'il n'en est pas l'auteur, et débattre ses preuves et ses moyens devant le tribunal civil.

259. 4°. Enfin, pour soutenir l'opinion que nous combattons, M. Merlin invoque la jurisprudence des Cours, et même de la Cour de cassation. Elle a pensé, dit-il, que lorsqu'un tribunal criminel a jugé affirmativement un fait de culpabilité contre un prévenu, le jugement devenu inattaquable sert également de base aux demandes civiles, qui en sont les accessoires.

Il cite, pour établir cette jurisprudence, deux arrêts de la Cour supérieure de Bruxelles, l'un du 11 février 1818, l'autre du 26 octobre 1816, dont les considérans portent,

« Que le ministère public est seul partie capa-
» ble pour poursuivre les crimes et délits, et qu'il
» les poursuit aux risques et périls de ceux qui y

» sont intéressés, lorsqu'ils ne se rendent point » parties civiles; que celles-ci étant censées parties » en cause, le jugement intervenu entre le minis- » tère public et l'accusé ne peut être attaqué par » les parties privées, et que tel est l'esprit de la lé- » gislation. tant sous le Code de brumaire que sous » le Code d'instruction criminelle. »

Ainsi, voilà deux arrêts invoqués par M. Merlin, tous les deux, ce qu'il faut remarquer, rendus sur le principe que le ministère public représente la partie lésée, lorsqu'elle ne se rend pas partie civile.

M. Merlin cite ensuite, au même endroit, un arrêt du 17 mars 1813, rapporté, avec ses conclusions, dans le Répertoire de jurisprudence, tom. XV de la 4e. édit., aux mots *non bis in idem*, n°. 15. Les considérans de cet arrêt portent encore : « Que le ministère public est seul partie ca- » pable pour poursuivre les crimes et délits, et » qu'il les poursuit aux périls, risques et fortune de » tous ceux qui y sont intéressés, lorsqu'ils ne se » rendent pas parties civiles, et que le jugement » qui intervient avec lui ne peut jamais être atta- » qué par les parties privées; que cela résulte né- » cessairement de l'art. 3 du Code d'instruction cri- » minelle, portant que l'exercice de l'action civile, » intentée avant ou pendant la poursuite de l'ac- » tion publique, est suspendue jusqu'à ce que l'ac- » tion publique ait été définitivement jugée; que, » d'après cette disposition, l'action publique est » évidemment *préjudicielle* à l'action civile, et que

» dès lors le jugement qui intervient sur l'une, » même en absence de la partie privée, doit avoir » l'autorité de la chose jugée sur l'autre. »

Les deux premiers arrêts, rendus par une Cour étrangère, ne pourraient avoir d'influence sur la jurisprudence de nos tribunaux, qu'autant que les motifs sur lesquels ils sont fondés seraient conformes aux lois. Or, nous avons prouvé, *suprà*, que non seulement le ministère public, dans notre droit français, ne représente pas la partie lésée par un délit, mais qu'il ne peut même la représenter. Ce motif unique des arrêts de Bruxelles, loin d'être conforme à nos lois, leur est donc contraire.

Cependant, la Cour de cassation l'a adopté dans son arrêt du 17 mars 1817, ainsi que le motif fondé sur ce que l'action publique est préjudicielle.

Il ne faut pas s'en étonner; cet arrêt fut rendu sur les conclusions de M. Merlin, qui présenta, avec son ascendant ordinaire, ces deux moyens, qui ne furent point combattus. Or, un seul arrêt ne peut fixer la jurisprudence, et lorsque la question se représentera à la Cour de cassation, les magistrats ne se décideront point uniquement sur un précédent arrêt, mais sur un nouvel examen des motifs de cet arrêt. Supposons donc qu'un accusé acquitté soit traduit en justice civile, pour être condamné aux dommages et intérêts, il oppose l'autorité de la chose jugée par son arrêt d'absolution, qui déclare que le délit n'existait pas.

Le demandeur répond, en empruntant les ex-

pressions de M. Merlin : (1) « Le délit que je vous » impute a été à la vérité jugé ne pas exister ; mais » je n'ai pas été partie dans le jugement. Que vous » puissiez l'opposer à une nouvelle action publi- » que, qui serait intentée contre vous, à la bonne » heure ; mais ce n'est pas une action publique que » j'exerce contre vous ; c'est une action privée, et il » est de maxime que les tribunaux civils sont seuls » compétens pour connaître des actions privées, » résultant des délits. » Vous ne pouvez donc pas m'opposer un jugement criminel, dans lequel je n'étais pas partie.

Le défendeur fait à cet argument la seule réponse qu'y trouve M. Merlin : Vous étiez partie dans le jugement criminel, parce que vous y étiez représenté par le ministère public, et que d'ailleurs l'action publique étant préjudicielle, le jugement doit servir de base à l'action civile.

Nonobstant ces réponses, la Cour royale où l'affaire est portée rejète l'exception de la chose jugée,

1°. Parce que la partie lésée n'a été ni pu être représentée par le ministère public, et qu'ainsi il n'y a point d'identité de personnes ;

2°. Parce qu'il n'y a pas identité dans l'objet de la demande. L'objet de l'instance criminelle était la peine ; celui de l'action civile une somme d'argent pour dommages et intérêts ;

---

(1) Questions de droit, v.° *Faux*, pag. 149.

3°. Parce qu'aucune loi n'a fait exception à l'art. 1351, qui exige ces deux identités pour qu'il y ait lieu à l'exception de la chose jugée ;

4°. Parce que si l'action publique est préjudicielle, en ce sens qu'elle suspend l'action civile, il ne s'ensuit nullement que le jugement de l'action préjudicielle doive nécessairement servir de base à l'action suspendue, qu'il rend à son cours ordinaire.

Cet arrêt est déféré à la Cour de cassation, qui ne doit annuler que dans le cas de violation de la loi. Or, loin d'apercevoir dans les motifs énoncés la violation d'aucune loi, ils sont tous aussi conformes au texte qu'à l'esprit de nos lois. Il nous est donc impossible de penser qu'un pareil arrêt pût être cassé; nous sommes, au contraire, persuadé qu'il serait confirmé.

On dit, il est vrai, que c'est *une épouvantable théorie que de faire rejuger au civil une question déjà jugée au criminel.* La théorie contraire nous paraît cent fois plus épouvantable. *Voy.*, au reste, ce que nous avons dit, tom. VIII, n°. 37.

SECTION IV.

De l'Aveu de la Partie.

SOMMAIRE.

260. *Nature de l'aveu. En quoi il diffère du consentement.*

261. *Il est la plus forte des preuves, quand il est réfléchi, libre et dégagé d'erreur.*

262. *Les rédacteurs du Corps de droit ne se sont guère occupés que de l'aveu judiciaire. Ils en distinguaient deux espèces, l'aveu fait* in jure, *devant le préteur; l'aveu fait* in judicio, *devant le juge.*

263. *L'aveu* in jure *était encore de deux espèces. Nature des actions interrogatoires.*

264. *De l'aveu fait* in jure. *C'était un acquiescement à la demande. Il avait force de chose jugée.*

265. *Des aveux faits* in judicio.

266. *Ils pouvaient être faits de trois manières.*

267. *Le droit romain ne parle que par occasion de l'aveu extrajudiciaire, et seulement pour rappeler le grand principe qu'il fait une preuve complète.*

268. *La doctrine des interprètes, sur cet aveu, est confuse et peu sûre.*

269. *Les interprètes du droit canonique y ajoutèrent de nouvelles erreurs, en appliquant les principes des Décrétales aux aveux écrits, ou reconnaissances extrajudiciaires.*

270. *Comment la doctrine du droit romain, sur l'aveu, a été reçue en France.*

271. *Nous ne connaissons point les aveux appelés* in jure, *mais seulement ceux faits en jugement, pendant le*

cours d'une instance. Des aveux faits en bureau de paix.

272. *Quelle utilité on peut en tirer, pour se procurer un titre exécutoire et hypothécaire.*

273. *Les aveux judiciaires sont forcés ou spontanés.*

274. *Des interrogatoires sur faits et articles.*

275. *Si la partie ne comparaît pas, les faits peuvent être tenus pour avoués. Avantages qu'on pourrait tirer de ces interrogatoires.*

276. *Vices de notre procédure, qui ont anéanti ces avantages.*

277. *La communication des faits à la partie fut combattue par le président de Lamoignon, en discutant l'ordonnance de 1667.*

278. *M. Pussort voulait même que le juge ne pût interroger d'office sur aucun fait. Son opinion fut rejetée.*

279. *L'ordonnance donna aux juges de commerce la faculté d'ordonner que la partie comparaîtrait à l'audience, pour être ouïe par sa bouche.*

280. *Mais ce pouvoir ne fut pas donné aux juges ordinaires.*

281. *Il leur a été rendu par l'art. 119 du Code de procédure civile, qui leur permet d'ordonner d'office la comparution des parties à l'audience, pour être interrogées par le président.*

282. *Heureux effets de ce mode d'interrogatoire, trop rarement employé dans les tribunaux.*

283. *Les législateurs de Genève ont corrigé les vices de notre procédure.*

284 *Les interrogatoires faits à l'audience tendent à l'abréviation des procès.*

285. *Les aveux faits à l'audience, ou dans un interrogatoire sur faits et articles, ne peuvent être révoqués que pour cause d'erreur de fait.*

286. *Les aveux judiciaires spontanés sont de deux espèces.*

287. *Les aveux volontaires d'une partie, quoique non faits à l'audience, font foi contre elle ; mais elle peut les révoquer, avant que l'autre partie les ait acceptés en en demandant acte.*

288. *Réponse à une objection.*

289. *Cet aveu peut même être rétracté, sans prouver qu'il a été la suite d'une erreur.*

290. *Doctrine des auteurs sur ce point.*

291. *Confirmée, par induction, dans l'art. 1211 du Code civil.*

292. *Et dans les art. 402 et 403 du Code de procédure.*

293. *Des aveux faits par les avocats ou par les avoués, pendant le cours d'une instance. Les avoués ne peuvent faire aucun aveu sans un pouvoir spécial, sous peine de désaveu.*

294. *Le procureur désavoué ne peut s'excuser, en demandant à prouver que le fait est vrai. Comment il peut s'excuser.*

295. *Le désaveu doit être notifié à tous les avoués de la cause, et pourquoi.*

296. *Les juges qui déclarent un désaveu valable, sont autorisés à déclarer nul le jugement rendu sur la procédure désavouée.*

297. *S'il en avait été interjeté appel, il faudrait revenir à la Cour d'appel, faire dire qu'il n'y a lieu de prononcer sur l'appel.*

298. *Les avocats ne peuvent être désavoués ; mais le client peut rétracter leurs aveux, sans être obligé de prouver qu'ils sont fondés sur l'erreur.*

299. *On ne doit pas prendre pour aveu le silence gardé sur un fait avancé par l'autre partie, même avec interpellation d'y répondre. Ce n'est qu'aux interpellations faites par le juge qu'on est tenu de répondre.*

300. *L'aveu extrajudiciaire est écrit ou verbal. Pourquoi le Code ne s'est point occupé de l'aveu écrit, dans cette section.*

301. *L'aveu verbal peut être prouvé par témoins. Il peut faire foi contre celui qui l'a fait.*

302. *Pourquoi le Code garde le silence sur ce point. L'aveu verbal peut être fait par légèreté.*

303. *De l'aveu verbal fait en présence de celui qui peut en tirer avantage, ou à des tiers en sa présence.*

304. *Les docteurs exigeaient que, pour faire preuve, l'aveu contînt la cause de la dette; ce qui ne peut plus être exigé sous l'empire du Code, art. 1132.*

305. *L'aveu verbal, hors la présence du créancier, n'a pas le même poids. Il peut former une présomption, et faire déférer le serment supplétoire.*

306. *L'aveu écrit fait foi contre celui qui l'a souscrit librement.*

307. *Il n'est pas nécessaire que l'acte ait été fait exprès pour faire preuve. Des lettres missives.*

308. *On peut toujours révoquer les aveux fondés sur l'erreur.*

309. *Mais c'est à celui qui les a faits de prouver l'erreur.*

310. *Une erreur de droit ne suffit pas; il faut erreur de fait. Exemples.*

311. Secùs, *si l'erreur de droit était causée par le dol du créancier.*

312. *Le créancier qui a en sa faveur un aveu écrit ou reconnaissance, est dispensé de toute autre preuve; principe consacré par la raison, les lois, les auteurs, et par l'art. 695 du Code. Développement de cet article.*

313. *Il est inconciliable avec l'art. 1337, qui dit que l'acte recognitif ne dispense point de représenter le titre primordial.*

314. *Cette disposition de droit nouveau, consacrée par les*

auteurs, s'est introduite dans le Code en suivant une erreur de Pothier.

315. *En quoi consiste cette erreur, suivie par les rédacteurs du Code. Pothier crut suivre la doctrine de Dumoulin.*

316. *Il se trompait. Dumoulin n'applique la fausse doctrine des canonistes, sur les inféodations, qu'aux renovations d'investitures ou d'inféodations.*

317. *Il enseigne que les actes recognitifs font preuve contre ceux qui les ont donnés, jusqu'à ce qu'ils ne prouvent qu'il y a eu erreur, à la différence des actes de confirmation.*

318. *Nature des confirmations. Leur différence des actes recognitifs.*

319. *La confirmation des concessions n'est pas nécessaire. Tibère exigea le premier que les concessions faites par les empereurs, fussent confirmées par leurs successeurs.*

320. *La cour de Rome suivit ces principes et alla plus loin. Les papes ne se crurent pas liés par leurs propres confirmations, s'il n'était prouvé qu'elles étaient faites en connaissance de cause.*

321. *Les canonistes imaginèrent deux espèces de confirmations, l'une* in formâ communi, *l'autre* in formâ speciali. *Leurs effets.*

322. *Embarras de les distinguer l'une de l'autre.*

323. *Les confirmations contenaient la clause :* Sicut, prout providè factum est à prædecessoribus nostris.

324. *Les canonistes prétendirent que cette clause pouvait exprimer la condition, ou seulement le motif de la confirmation.*

325. *Ils supposèrent que celui qui confirme n'a pas la volonté de concéder, et en conclurent que toute confirmation est censée faite* in formâ communi, *s'il n'y avait pas signe du contraire.*

326. *Quel est ce signe? On finit par ne reconnaître pour ir réfragables, ou* in formâ speciali, *que les confirmations où la teneur de la concession primitivè était insérée tout au long.*

327. *En professant cette doctrine, Dumoulin ne l'applique qu'aux renovations d'investitures ou d'inféodations, et enseigne qu'elle n'était pas applicable aux actes recognitifs, dont la nature est toute différente.*

328. *Indication des lieux où il a enseigné cette doctrine. Les actes recognitifs contiennent un aveu qui fait foi.*

329. *Il oppose ces actes aux confirmations, auxquelles il applique la nécessité de la relation entière du titre primordial, pour faire foi. Passages qui ont induit Pothier en erreur.*

330. *Autre passage tronqué par Pothier, qui achève de démontrer qu'il s'est trompé, et que Dumoulin a constamment enseigné que les actes recognitifs font une preuve complète.*

331. *L'art. 1337 n'est donc fondé que sur une erreur démontrée.*

332. *Tous les auteurs ont censuré ses dispositions.*

333. *Moyen peu solide proposé par M. Delvincourt, pour concilier cet article avec les principes.*

334. *Comment on peut et on doit, par voie d'interprétation doctrinale, concilier cet article avec les principes et les autres articles du Code.*

335. *De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire. Elle était, par le droit romain, abandonnée à la prudence du juge. Sagesse de cette disposition.*

336. *Doctrine des interprètes et des jurisconsultes français. Ils n'admettaient pas l'indivisibilité absolue sans beaucoup de distinctions ou exceptions.*

337. *L'indivisibilité de* l'aveu judiciaire *est érigée en loi par le Code.*

8. *Faut-il en conclure qu'il n'y a pas d'exceptions?*

339. Quid, *si l'aveu contient plusieurs faits non connexes?*

340. *L'application du principe de l'indivisibilité aux aveux extrajudiciaires, est abandonnée à la prudence du juge. Voyez la note.*

341. *Examen de l'opinion de M. Merlin sur ce point.*

260. L'AVEU de la partie, que l'on appèle aussi en droit *confession*, n'est pas autre chose que le témoignage que le débiteur rend à la vérité, d'une obligation ou d'un fait qui s'y rapporte. C'est un acte de sa volonté ou de son consentement, par lequel il déclare reconnaître pour vrai, soit le fait en contestation, soit un autre qui peut servir de preuve au premier ou conduire à cette preuve; c'est, en un mot, le *ouï* du débiteur qui reconnaît pour vrai le fait ou la dette dont il s'agit.

L'aveu et le consentement ne sont donc au fond qu'une seule et même chose, à moins qu'on ne veuille dire, pour plus d'exactitude, que le consentement se rapporte plutôt et plus ordinairement à une convention ou à un fait présent, et l'aveu à une convention ou à un fait antérieur, déjà passé; car ce n'est point, à proprement parler, le fait de l'aveu qui forme une obligation contre l'avouant. L'aveu n'est et ne peut être, par sa nature, que la preuve d'une obligation préexistante, résultant de la convention ou du fait dont la vérité est reconnue.

Il existe encore une autre différence remar-

quable entre le consentement et l'aveu : le consentement est toujours libre dans son origine ; l'aveu toujours moralement forcé. Je puis refuser de consentir aux offres ou à la proposition qui m'est faite ; m'abstenir d'un fait ou d'une action qui m'assujétirait à telle obligation ; mais une fois mon consentement donné, ou l'action commise, je ne suis plus libre d'en faire la dénégation ; je suis contraint d'en faire l'aveu, sous la peine terrible du déshonneur et de l'infamie. Je suis lié par ce droit immuable et éternel, antérieur à toutes les lois civiles, qui me défend le mensonge, surtout au préjudice d'un tiers. En un mot, le consentement à une obligation, qui n'est commandée ni par le droit civil, ni par la morale, est toujours libre ; on peut le refuser sans encourir aucun blâme : l'aveu est l'accomplissement d'un devoir rigoureux.

Malgré ces différences, il n'en est pas moins vrai que l'aveu s'identifie avec le consentement. Ils sont l'un et l'autre des actes de la volonté dont ils émanent ; ils n'en sont que la manifestation. Par l'un, je consens à m'obliger ; par l'autre, je consens à confesser ou reconnaître une obligation ou un fait antérieur. L'aveu, comme le consentement, n'est pas valable, *s'il n'a été donné que par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol.* (1109).

261. Mais donné librement et en connaissance de cause, il devient, contre celui qui l'a fait, la

plus forte (1), la plus sûre de toutes les preuves, celle qu'il peut le moins récuser. *Nimis enim indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestatus est, id in eumdem casum infirmare testimonioque proprio resistere.* Loi 13, *Cod. de non numeratâ pecuniâ*, 4. 30. Voy. aussi la loi 25, *ff de probat.*, 22. 3.

C'est donc uniquement dans le point de savoir si l'aveu est réfléchi, libre et dégagé d'erreur ou de surprise, que peuvent consister toutes les difficultés de cette matière, sur laquelle les interprètes et les anciens docteurs, peu d'accord entre eux, et quelquefois avec eux-mêmes, ont répandu tant d'obscurités, d'incertitudes et de contradictions. Il est nécessaire de remonter à la source de leurs erreurs.

262. Les rédacteurs du Digeste et du Code n'ont point rassemblé dans un seul titre les principes relatifs à la doctrine de l'aveu ou de la confession, considérés sous un point de vue général, comme preuve des faits ou des obligations; mais ils se

---

(1) C'est elle que les docteurs appèlent *probatio probatissima*. Ils posent en principe général que l'aveu ou la confession est au-dessus de toutes les autres preuves : *Confessio omnium probationum maxima est*, dit Menoch, *Tract. de præs., lib.* 1, *quæst.* 1, *n.°* 37, *et quæst.* 61, *n.°* 8.

Nulla est major probatio, quàm proprii oris confessio, ideòque dicitur plenissima probatio, et superat omne genus probationis, etiam per testes et instrumenta facta, dit Pirrhing, sur le titre des Décrétales *de confessis*, n.° 19.

sont beaucoup occupés des aveux judiciaires, dont ils distinguaient plusieurs espèces :

1°. Ceux qui étaient faits *in jure*, c'est-à-dire devant le préteur ou le magistrat chargé de donner des juges aux parties ;

2°. Ceux qui étaient faits *in judicio*, c'est-à-dire devant les juges donnés par le préteur, chargés d'instruire le procès et de prononcer sur la contestation.

263. Les aveux faits *in jure* étaient encore de deux espèces ; ceux qui étaient faits sur une action interrogatoire, laquelle avait pour objet d'interroger une personne devant le magistrat, afin de connaître et de s'assurer, par sa déclaration, si c'était contre elle que le demandeur devait diriger son action, et pour quelle quotité ; par exemple, Titius, qui devait une somme de 3,000[1] à Caïus, venant à mourir, le créancier pouvait sans doute demander aux héritiers ce qui lui était dû ; mais il pouvait ignorer quels étaient ces héritiers, et sur-tout pour quelle part chacun d'eux était héritier ; ce qu'il lui importait beaucoup de savoir d'une manière précise ; car la dette se divisant de plein droit entre eux, s'il demandait un tiers à celui, par exemple, qui n'était héritier que pour un quart, il était, par la rigueur de la plus pétition, irrévocablement déchu de sa demande. L'édit du préteur permit donc en ce cas, et en plusieurs autres cas, de former une action interrogatoire, pour astreindre le défendeur à déclarer ou avouer s'il

était héritier de Titius, et pour quelle quotité, ou bien encore s'il était propriétaire de l'animal, au sujet duquel le demandeur avait à exercer l'action noxale. L'action interrogatoire était donc une action préparatoire ou préjudicielle à la demande. La réponse du défendeur l'obligeait irrévocablement comme un quasi-contrat, soit qu'il eût dit la vérité ou fait un mensonge; et s'il s'était déclaré héritier pour moitié, quoiqu'il ne le fût réellement que pour un quart, il était tenu de payer la moitié de la dette.

Les principes relatifs à ces actions interrogatoires sont rassemblés dans le titre du Digeste, *de interrogationibus in jure faciendis*, 11. 1; titre qui contient aussi plusieurs décisions importantes, applicables aux aveux faits *in judicio*.

Mais Callistrate nous apprend, loi 1, § 1, *ibid.*, que ces actions tombèrent en désuétude, parce que personne n'est obligé de répondre avant d'être en jugement.

264. Une autre espèce d'aveu *in jure*, dont s'occupe le droit romain, au titre *de confessis*, *ff* 42. 2, *et Cod.*, 7. 59, était celui que faisait le défendeur, en avouant le fait exposé par le demandeur. Cet aveu contenait un acquiescement à la demande. Un usage très-ancien, qui remontait à la loi des douze tables, et qui fut, sous Marc Aurèle, consacré par un sénatus-consulte, *oratione divi Marci*, donnait à cet aveu la même force et le même effet qu'à la chose jugée et au serment décisoire : *Post*

rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quæritur, post orationem divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur, dit Ulpien, *loi* 56, *ff de re judic.*, 42. 1.

Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Leg. unic., Cod. de confessis, 7. 59. Il ne restait plus qu'à passer à l'exécution. Ainsi, l'aveu fait *in jure* rendait l'obligation exécutoire, comme le fait chez nous un acte notarié. Il n'était pas besoin de rendre un jugement de condamnation contre le défendeur, ni par conséquent de donner un juge aux parties. Partant de là, Ulpien observe avec raison que le juge donné par le préteur, le juge pédanée n'a rien à faire : *Nullæ partes sunt judicandi in confitentem.* Le juge ne pouvait être donné que pour liquider la dette avouée; si elle n'était pas liquide, pour faire les calculs, pour estimer la chose : *Adversus confitentem datus judex, non rei judicandæ, sed æstimandæ datur. Loi* 25, *in fine, ff ad legem aquiliam*, 9. 2.

Après la dette avouée *in jure*, le débiteur, renvoyé pour la liquidation devant un juge pédanée, ne pouvait plus opposer aucune exception contre son aveu. Le juge ne pouvait examiner si cet aveu était ou non conforme à la vérité; il était considéré comme un jugement qui avait la force de la chose jugée. Le titre *de confessis*, qui contient les questions que pouvait faire naître l'aveu *in jure*, était donc un appendice nécessaire au titre *de re judicatâ*, après lequel il est placé.

265. Quant aux aveux faits *in judicio*, c'est-à-dire devant le juge à qui le préteur avait renvoyé l'instruction et le jugement du procès, ils pouvaient être un moyen de conviction pour le juge, et motiver la condamnation qu'il prononçait, suivant le principe qu'il faut ajouter foi au témoignage rendu contre soi-même : *Fides enim cuique contra se habebitur* (1); mais ils n'avaient point la force ni l'autorité de la chose jugée (2). Celui qui les avait faits avait la faculté de les rétracter, en prouvant qu'ils lui étaient échappés par une erreur de fait : *Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit. Loi 2, ff de confessis, l.* 2. 2.

266. Ces aveux pouvaient être faits de trois manières :

1°. Sans aucune interpellation, mais spontanément par l'une des parties, dans le cours de l'instruction ;

2°. Sur la réquisition de l'une des parties, qui avaient toujours le droit de se faire respectivement interroger sur les faits relatifs au procès, et qui pouvaient conduire à la découverte de la vérité ;

3°. Sur l'interpellation du juge, qui pouvait toujours, en tout état de cause, interroger les parties, lorsqu'il le jugeait à propos, ou que l'équité lui pa-

---

(1) Loi 11, § 1, *ff de interrogationibus in jure faciendis*, 11. 1.
(2) Vinnius, *Partit. juris, lib. 4, tit. 52, de confessis, not. L.*
Donean, *Comment. juris civilis, in tit. de confessis.*
Schulting, *in Paul. sentent., lib. 2, tit. 1, § 5, et tit. 5, § 19.*

raissait l'exiger : *Ubicunquè judicem æquitas moverit, æquè oportere fieri interrogationem dubium non est. Loi 21, ff de interrogat. in jure fac.*, 11. 1.

Tels étaient, en général, les principes du droit romain sur les aveux faits, soit *in jure*, soit *in judicio.*

267. Quant à l'aveu extrajudiciaire, les compilateurs du droit romain, sans en faire l'objet d'un titre particulier, se sont bornés à rappeler par occasion, et à recommander énergiquement le principe de raison fondamental en cette matière. L'aveu fait contre l'avouant une preuve complète, qu'il ne peut détruire qu'en démontrant l'erreur, par les preuves les plus évidentes, *evidentissimis probationibus.* Ils regardaient comme indigne de l'homme de récuser son propre témoignage. *Voy.* la loi 25, § *ult., ff de probat.*, 22. 3; et la loi 13, *Cod. de non numeratâ pecuniâ*, 4. 30.

268. Les interprètes du droit romain, n'y trouvant point de titre particulier sur l'aveu fait hors jugement, crurent devoir en parler, en expliquant le titre *de confessis*, et ils divisèrent l'aveu en judiciaire et extrajudiciaire, comme on le fait encore aujourd'hui; mais frappés du prodigieux effet que donnent les lois romaines à l'aveu fait *in jure*, qui a la force d'un jugement, ils en conclurent que l'aveu extrajudiciaire devait en avoir beaucoup moins. Ils auraient eu pleinement raison, s'ils s'étaient bornés à ce qui concerne l'effet de la chose jugée et l'exécution parée, accordés à l'aveu

in jure; mais la plupart allèrent jusqu'à prétendre que l'aveu extrajudiciaire ne forme point une preuve complète, mais forme seulement une semi-preuve, une présomption plus ou moins forte (1).

269. Le moine Raymond de Pennafort, auteur de la compilation des Décrétales sous Grégoire IX, y inséra, à l'exemple du droit romain, un titre *de confessis*, et, en expliquant ce titre, les commentateurs et les interprètes suivirent la même doctrine, et y ajoutèrent de nouvelles erreurs, en appliquant, contre toute raison, aux aveux ou reconnaissances du débiteur, les principes des Décrétales sur la *confirmation*. Ces fausses doctrines, enseignées par toute l'ancienne école des interprètes et des docteurs, s'accréditèrent tellement, qu'elles influèrent plus ou moins sur les écrits des jurisconsultes des XVI^e^. et XVII^e^. siècles. Dumoulin même, le prince de nos jurisconsultes français, ne put, comme nous le verrons bientôt, malgré l'indépendance de son génie et de ses opinions, se défendre entièrement de cette influence contagieuse.

270. Mais il faut voir d'abord comment la doctrine du droit romain, sur les aveux judiciaires, a été reçue et pratiquée dans notre droit français.

Notre Code civil, ainsi que les interprètes et les docteurs, divise l'aveu considéré comme preuve

(1) *Voy.* Perezius, *in Cod. tit. de confessis*, 7, 59.

en judiciaire et extrajudiciaire : « L'aveu qui est » opposé à une partie est ou extrajudiciaire, ou ju- » diciaire. » (1354).

Nous commencerons par l'aveu judiciaire.

« L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en » justice la partie, ou son fondé de pouvoir spé- » cial. » (1356).

Mais nous ne connaissons point, dans notre législation, les aveux *in jure* du droit romain; et les actions préparatoires, connues sous le nom d'actions interrogatoires, n'ont jamais été admises dans notre droit français. C'est au demandeur à se procurer les renseignemens dont il peut avoir besoin pour connaître les personnes contre lesquelles il doit diriger son action, et ce qu'il doit leur demander.

271. La différence qui existe entre l'ordre judiciaire des Romains et le nôtre, fait assez voir que nous ne pouvons connaître les aveux faits *in jure*, en présence du préteur, ni les distinguer de ceux qui sont faits *in judicio*, dans le cours de l'instruction du procès porté devant le juge. Nous connaissons cependant des aveux qu'on peut appeler judiciaires, quoiqu'ils ne soient pas faits, à proprement parler, en jugement, depuis le procès pendant devant le tribunal chargé de juger : ce sont les aveux faits au bureau de paix ou de conciliation, qui n'est point un tribunal, et qui n'est établi que pour concilier les parties, s'il est possible, et dans le cas contraire, pour *dresser un procès ver-*

bal sommaire de leurs dires, aveux et dénégations sur les points de fait, suivant l'art. 3 du tit. 10 de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire.

Nous croyons avoir prouvé, tom. IX, n^os^. 120 et suivans, que cette disposition n'est point abrogée par le Code de procédure, et qu'elle est au contraire en pleine vigueur. Les aveux faits en bureau de paix, quoique non faits en jugement, n'en sont pas moins authentiques, puisqu'ils sont faits par des officiers publics, spécialement chargés de les recevoir : ils doivent donc faire pleine foi en jugement contre celui qui les a faits, jusqu'à ce qu'il ait prouvé qu'ils ne sont fondés que sur une erreur de fait. Cependant, quelque précis qu'ils soient, ils n'ont pas, comme les aveux *in jure* du droit romain, la force d'un jugement ni l'autorité de la chose jugée : ils doivent, de même que les aveux faits *in judicio* devant un tribunal, être suivis d'un jugement de condamnation, lors même qu'ils ont la force d'un acquiescement à la demande.

272. Mais de pareils aveux, lorsque le défendeur est disposé à les faire, peuvent devenir un moyen simple et facile de ménager des frais, et de procurer au créancier un titre exécutoire et hypothécaire. Nous avons vu employer ce moyen avec succès dans l'espèce suivante : Le débiteur d'une somme de 100^f^, menacé d'être poursuivi par un créancier, disposé d'ailleurs à lui accorder des délais moyennant des sûretés, comparaît volontaire-

ment avec lui devant le juge de paix, où le créancier expose sommairement sa demande, en concluant à la condamnation du défendeur, lequel de son côté avoue la dette, en ajoutant qu'il est, quant à présent, hors d'état de la payer. En conséquence de cet aveu, et vu ce qui en résulte, le juge de paix condamne le débiteur à payer; et ce jugement, fort peu dispendieux, procure au créancier un titre exécutoire, au moyen duquel il a une hypothèque judiciaire, sur tous les biens présens et à venir du débiteur, et peut, sans aucun risque, lui accorder des délais. Cette marche dispense de faire enregistrer des actes sous seings privés que l'on ne veut pas faire connaître, ou dont l'enregistrement serait fort cher.

273. Les aveux judiciaires proprement dits, sont ceux qui sont faits *in judicio*, ou, comme dit le Code, en jugement pendant le cours de l'instruction du procès porté devant le tribunal qui doit juger. Ces aveux *sont forcés* ou *spontanés*.

Ils sont forcés dans le cas des interrogatoires sur faits et articles, et dans le cas où le tribunal ordonne aux parties de comparaître en personne à l'audience, pour y être interrogées sur les faits du procès.

Les aveux spontanés sont ceux que fait l'une des parties sans en être interpellée ni requise, lorsque, soit dans ses écritures, soit dans sa plaidoirie, elle reconnaît un fait dont l'autre peut tirer des inductions en sa faveur.

274. Commençons par ce qui regarde les interrogatoires sur faits et articles. Le témoignage qu'on rend sans contrainte sur un fait qui nous est personnel, est, avec raison, considéré comme un des critères de vérité les moins trompeurs. Et, d'un autre côté, tout homme en société est rigoureusement obligé de dire la vérité à la justice. Ces principes sont le fondement des lois qui permettent l'interrogatoire sur faits et articles, que nous avons emprunté du droit romain, et que chacune des parties réciproquement peut toujours provoquer; l'une pour éclaircir les faits qui établissent sa demande, l'autre pour approfondir les faits qui peuvent tendre à sa défense.

« Les parties peuvent en toutes matières, en » tout état de cause, demander de se faire interro- » ger respectivement sur faits et articles pertinens, » concernant seulement la matière dont est ques- » tion, sans retard de l'instruction du procès. » (Art. 324 du Code de procédure, conforme à l'ordonnance de 1667, tit. 10, art. 1.)

La partie doit répondre en personne, sans pouvoir lire aucun projet de réponse par écrit, et sans assistance de conseil, aux faits contenus en la requête, même à ceux sur lesquels le juge l'interrogera d'office. Les réponses seront précises et pertinentes sur chaque fait, etc. (Art. 333.)

275. Si la partie ne comparaît pas pour être interrogée, ou si elle refuse de répondre après avoir comparu, les faits pourront être tenus pour avérés.

Il est facile de voir le parti que peut tirer d'un pareil interrogatoire un juge éclairé et pénétrant, et comment il peut découvrir la vérité dans les réponses simples et franches d'un homme de bonne foi, et comment, au contraire, il reconnaîtra la mauvaise foi d'un plaideur rusé dans ses réponses évasives ou artificieuses, ses réticences, son embarras, ses contradictions et dénégations, ses hésitations, sa contenance, enfin jusque dans son silence même.

276. Mais il faut l'avouer, les formalités qui doivent précéder l'interrogatoire, le lieu et la manière dont il est fait, suivant nos lois, ont entièrement étouffé les lumières qu'on en pouvait naturellement attendre.

1°. L'ordonnance et le Code exigent qu'il soit donné copie des faits et articles sur lesquels la partie doit être interrogée, et au moins vingt-quatre heures auparavant, suivant le Code de procédure, comme pour lui donner le tems de méditer ses réponses, et de les préparer avec plus d'art;

2°. Ces mêmes lois veulent que l'interrogatoire soit fait, non pas au grand jour de l'audience et publiquement, mais en secret devant un seul juge ou commissaire, comme si ces lois voulaient épargner à celui qui cherche à déguiser la vérité l'embarras de la publicité, et dérober aux autres juges, à qui l'interrogatoire écrit est ensuite rapporté, les vives lumières que pourraient leur donner les

hésitations, les tergiversations, etc., et la contenance même de l'interrogé; ce que ne peut rendre que très-imparfaitement la plume même la mieux exercée, et que ne peut jamais rendre le froid procès-verbal, rédigé par le commissaire interrogateur ou par son greffier;

3°. Enfin, le Code de procédure, ce que n'avait point fait l'ordonnance de 1667 (1), défend, ar-

---

(1) *Voy.* le Répertoire, tom. VI, pag. 485, v.° *Interrogatoire sur faits et articles*, n.° 12. Le silence des lois, sur ce point, avait introduit une différence remarquable dans la jurisprudence des différens Parlemens.

Dans le Dauphiné, il était d'usage constant que la partie qui poursuivait l'interrogatoire y fût présente.

A Paris, au contraire, et dans quelques autres Parlemens, on ne le permettait pas.

A l'appui de ce dernier usage on citait l'exemple de Dumoulin, qui, ayant demandé que le frère d'Antoine Duprat fût interrogé en sa présence, parce que, disait-il, l'interrogé ne nierait pas le fait aussi facilement, fut néanmoins refusé par les juges; en quoi, ajoute-t-il, sur l'art. 37 de l'ordonnance de 1539, la Cour jugea fort mal: *Et in hac Curia pessimè judicavit.*

Le sieur Biousse Duplan voulut, en 1779, introduire la jurisprudence parisienne en Dauphiné. La dame la Condamine, sa sœur, ayant demandé qu'il fût interrogé, pour donner des réponses catégoriques, il prétendit qu'elle ne pouvait être présente à l'interrogatoire. Il fondait sa prétention sur la jurisprudence des autres Parlemens, et sur l'art. 7, tit. 10, de l'ordonnance, portant que le juge, après avoir pris le serment, « recevra les réponses sur chacun fait et article, et » pourra même, d'office, interroger sur aucuns faits »; disposition qui, suivant le sieur Duplan, excluait la présence de la partie qui fait interroger; présence qui peut donner lieu à des rixes et des irrévérences envers le juge.

La dame la Condamine répondait que tout ce que la loi ne défend

ticle 333, à celui même qui a requis l'interrogatoire, d'y assister, comme si l'on eût craint qu'une sorte de pudeur ne retînt l'interrogé, et ne l'empêchât de mentir en présence d'un homme qui connaît la vérité des faits, ou que celui qui poursuit l'interrogatoire ne suggérât au commissaire quelques questions, pour faire tomber l'interrogé en contradiction, et tirer la vérité de ses réponses.

Il en est arrivé qu'on a très-rarement obtenu quelque résultat de pareils interrogatoires, et qu'on a presque renoncé à en faire usage.

---

pas expressément est permis; que loin qu'il y eût prohibition expresse dans l'ordonnance, on pouvait argumenter de l'article cité, parce qu'il ne serait pas possible au juge d'interroger d'office, et de deviner des faits dont il n'a pas été donné copie, si la partie qui poursuit n'était présente pour les lui suggérer au fur et à mesure, et que, lorsque l'ordonnance a voulu exclure, dans quelque procédure, la présence des parties, elle avait eu soin de l'exprimer, comme dans l'art. 15, tit. 22, qui exclut formellement l'assistance des parties aux enquêtes secrètes; que l'usage des tribunaux du Dauphiné était infiniment plus avantageux que celui de Paris, en ce que, pour l'ordinaire, ce n'est qu'à l'interrogatoire sur un fait suggéré à l'instant par la partie qui poursuit, et non médité par l'autre, que la vérité se découvre.

Ces raisons péremptoires triomphèrent. Une sentence du sénéchal de Valence permit à la dame la Condamine de continuer de paraître à l'interrogatoire, et, le 7 juillet 1779, intervint arrêt qui confirma la sentence. Il est rapporté dans le Répertoire, *ubi suprà*.

Mais cette jurisprudence si raisonnable fut rejetée par l'art. 333 du Code de procédure.

Il est à remarquer que les rédacteurs de ce Code sont restés fort au-dessous des rédacteurs du Code civil. Ceux-ci, à quelques fautes près, causées par la précipitation avec laquelle ils étaient forcés de travailler, ont constamment perfectionné et avancé la science; ceux-là l'ont souvent fait rétrograder, sans jamais s'élever à la hauteur des lumières de leur siècle.

277. Le premier des vices que nous venons de signaler fut démontré, il y a plus d'un siècle et demi, par le président de Lamoignon, lors des conférences tenues sur le projet de l'ordonnance de 1667 (1). Il observa qu'il y avait une importante réflexion à faire, touchant la question de savoir s'il serait plus avantageux au bien de la justice de ne point communiquer les faits aux parties, ou de continuer l'usage dans lequel on a vécu jusqu'à présent.

« En faveur de la communication, ajoutait-il, on peut dire que c'est un ancien style, toujours observé dans le Parlement (de Paris) et dans son ressort, et cette communication est pour empêcher qu'une *personne simple ne soit surprise par la proposition de faits imprévus*, et dont elle n'aurait pas de connaissance, et encore afin de lui donner le tems de s'en instruire pour satisfaire à la vérité, parce qu'on peut proposer des articles de choses éloignées, dont on a perdu la mémoire.

« On peut dire au contraire que, lorsqu'on communique les faits, c'est donner le moyen de se préparer contre la vérité, laquelle n'a pas besoin de conseil pour se produire; chacun doit savoir ce qui est de son fait, et ne saurait être tenu de répondre sur autre chose. D'ordinaire, ceux qui sont interrogés consultent bien moins leur cons-

(1) *Voy.* le Procès-verbal, pag. 207 et suiv.

cience que le palais sur ce qu'ils ont à dire ; ils apportent leurs réponses toutes faites ; de sorte que tout l'effet de leur interrogatoire n'est que de transcrire des réponses que la partie elle-même a rédigées par écrit. L'on n'a point vu qu'un homme, préparé sur ce qu'il doit répondre, ait jamais perdu son procès par sa bouche. C'est bien souvent l'occasion d'un parjure prémédité, qu'il serait beaucoup meilleur de retrancher; mais qu'au contraire, lorsqu'une partie vient prêter interrogatoire sans avoir eu communication des faits, il est difficile, quand ils sont bien dressés, qu'elle ne tombe dans quelque contradiction, lorsqu'elle veut déguiser la vérité ; que, dans la province de Normandie, on se trouvait bien de cet usage, et qu'il serait peut-être avantageux pour la justice de le rendre général pour tout le royaume. »

278. M. Pussort, commissaire du Roi, et rédacteur du projet, ne répondit point à ces raisons décisives ; et l'article qui ordonnait la communication des faits fut conservé dans l'ordonnance.

M. Pussort proposait même (1) un article qui défendait aux juges *d'interroger d'office sur aucun fait dont il n'aura point été donné copie.* Mais cette fois-ci, la raison l'emporta, et sur l'insistance de M. de Lamoignon, on inséra, dans l'art. 7, qu'en recevant les réponses sur chaque fait et article, le juge

(1) *Ibid.*, pag. 211.

pourra *même d'office interroger sur aucuns faits, quoiqu'il n'en ait été donné copie.*

279. La même ordonnance donna aux juges-consuls un pouvoir plus étendu. L'art. 4 du tit. 16 porte qu'ils « pourront, s'ils jugent nécessaire d'entendre la partie non comparante, ordonner qu'elle » sera ouïe par sa bouche en l'audience, en lui donnant délai compétent, etc. »

280. C'était rentrer dans les sages dispositions du droit romain, qui veut que le juge interroge les parties *ubicunquè æquitas moverit* (1). C'était ouvrir aux juges la voie qui peut conduire à la découverte de la vérité; mais, comme en donnant ce pouvoir aux juges-consuls, qui sont des juges d'exception, l'ordonnance ne le donnait point aux juges ordinaires, on en conclut qu'ils ne pouvaient, d'office, ni interroger les parties ni même ordonner un interrogatoire sur faits et articles.

281. Ce dernier pouvoir leur est encore interdit aujourd'hui, suivant la doctrine des auteurs qui ont écrit depuis la promulgation du Code de procédure. Cette opinion cependant peut paraître au moins douteuse; car l'art. 119 en est revenu aux principes du droit romain, en permettant aux juges d'ordonner d'office la comparution des parties en personne au jour indiqué par le jugement. Elles sont alors interrogées en public et à l'au-

(1) Loi 21, *ff de interrogationibus in jure faciendis*, tit. 1. *Jungè* loi 9, *Cod. de judiciis*, 3. 1.

dience, par le président du tribunal, et par conséquent, les deux parties peuvent et doivent assister à l'audience : d'où l'on peut induire qu'elles peuvent, comme aux Cours d'assises, s'adresser réciproquement des questions et des observations par l'organe du président, et que chaque juge, en demandant la parole au président, peut aussi adresser aux parties les questions qu'il estime convenables.

282. Ce mode d'interrogatoire, habituellement employé par les tribunaux de commerce, y produit les meilleurs effets, ainsi que dans les Cours d'assises : l'expérience a donc prononcé en sa faveur. Il est à regretter que les juges civils ne l'emploient pas plus souvent; et, puisque le Code leur laisse le pouvoir de l'ordonner, on ne voit pas pourquoi il leur serait défendu d'ordonner d'office l'interrogatoire sur faits et articles, ni comment on pourrait casser un jugement qui l'ordonnerait, puisqu'aucune loi ne le défend.

283. Les législateurs du canton de Genève, qui ont eu la sagesse de perfectionner les lois que le vainqueur leur avait imposées, au lieu de les rejeter sans examen, ont retranché de leur Code de procédure, art. 160 et suiv., la nécessité de communiquer les faits sur lesquels une partie doit être interrogée, ainsi que le mode de recevoir l'interrogatoire en secret. Ils ont regardé la procédure de notre Code, à cet égard, comme *le mode le plus sûr de ne point atteindre la vérité.* Lorsque le calme

des passions et l'empire de la raison seront rétablis en France, peut-être aurons-nous aussi la sagesse d'imiter nos voisins, et de perfectionner nos Codes, en retranchant ce qu'ils ont de défectueux.

284. Les interrogatoires faits à l'audience, en vertu d'un jugement qui ordonne la comparution desparties, outre les ressources qu'ils peuvent donner pour découvrir la vérité plus facilement, ont encore, pour l'abréviation des procès, un avantage que n'ont point les interrogatoires sur faits et articles. Ceux-ci étant faits hors l'audience et en secret, il est nécessaire de dresser un procès-verbal des réponses de la partie, de le notifier à celle qui a requis l'interrogatoire, pour en venir ensuite à l'audience plaider sur les réponses; au lieu que si les réponses faites au président, qui interroge les parties en présence du tribunal et du public, sont telles qu'il en résulte la preuve, soit du fait en contestation, soit de quelque autre fait qui suppose nécessairement son existence; en un mot, si les réponses sont telles qu'elles emportent la conviction, le tribunal peut et doit rendre de suite son jugement définitif, ainsi que l'observe très-judicieusement Theveneau, pag. 414. Il dit que, quand les faits sont confessés pardevant le juge, ils emportent conviction, *et le juge, en matière civile, ne doit davantage enfoncer la procédure, ainsi doit rendre son jugement.*

285. Les aveux obtenus au moyen des interrogatoires sur faits et articles, ou lors de la compa-

rution des parties à l'audience, en vertu d'un jugement qui l'ordonne, *font pleine foi contre ceux qui les ont faits;* et, quoique ce principe s'applique à beaucoup d'autres aveux, ceux-là étant faits avec plus de solennité, méritent plus particulièrement toute la confiance de la justice; car on ne peut les soupçonner d'être échappés à la légèreté; ils sont faits avec la plus grande réflexion, en pleine connaissance de cause et à dessein, ou du moins avec volonté de conférer à l'autre partie le droit d'en tirer les conséquences qui peuvent en résulter en sa faveur. Ainsi, un aveu aussi solennel « ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve » qu'il a été la suite d'une erreur de fait; il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de » droit. » (1356). Nous en développerons bientôt la raison.

286. Quant aux aveux judiciaires, moins solennels, mais spontanés, ils sont de deux espèces: 1°. ceux que font les parties elles-mêmes, soit verbalement et à l'audience, lorsquelles plaident leurs causes avec l'assistance de leurs avoués (art. 85 du Code de procédure), soit dans les écritures qu'elles ont souscrites et fait signifier; 2°. les aveux que font leurs avoués ou leurs avocats, soit verbalement à l'audience, soit dans les écritures du procès.

287. Il n'est pas douteux que les aveux volontairement faits par l'une des parties, soit à l'audience de vive voix, soit dans les écritures qu'elles

ont souscrites, ne fassent pleine foi contre elle en faveur de l'autre; mais il faut, à cet égard, faire une remarque importante, à laquelle nos auteurs n'ont pas fait autant d'attention qu'elle le mérite; c'est que de pareils aveux peuvent être révoqués avant que l'autre partie ait déclaré les accepter, en demandant au tribunal qu'il en soit décerné acte. C'est une maxime fort ancienne au palais, ainsi que l'enseignent les auteurs exacts *de la nouvelle Collection de jurisprudence*, par MM. Camus et Bayard, v°. *Aveu*, tom. II, pag. 634. « Lorsqu'une partie, » disent-ils, fait dans ses requêtes quelque aveu » dont on croit que l'on pourra tirer avantage; il » faut être attentif à en demander *acte*, parce qu'on » tient au palais qu'après telle demande, il n'est » plus libre à la partie de rétracter son aveu, comme » elle pouvait le faire jusque-là. »

Cette maxime, que ces savans auteurs n'ont fait qu'énoncer, est fondée sur un de ces principes élémentaires, si simples et si vrais, que personne ne les conteste, savoir : que l'on peut toujours rétracter sa parole, avant qu'il y ait droit acquis à un tiers par l'acceptation. L'aveu volontaire d'un fait, d'où vous pourriez tirer une conséquence en votre faveur, ne vous confère aucun droit contre moi, avant votre acceptation. Je puis donc le rétracter sans vous faire aucun tort. Ce n'est que dans le cas où vous avez quelque droit acquis, que je ne puis changer de volonté au préjudice de ce droit. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.*

Loi 75, ff de R. J. La rétractation d'un aveu, que j'ai fait peut-être par légèreté ou par tout autre motif, ne fait que nous replacer l'un et l'autre dans la situation où nous étions avant notre aveu. Si vous aviez des preuves du fait en question, ma rétractation n'y porte aucun préjudice; si vous n'en aviez point, je n'étais pas tenu de vous en fournir. De quelque manière qu'on envisage la chose, je puis donc, avant que ma volonté soit enchaînée par votre acceptation, me rétracter sans vous faire aucun tort.

288. Objectera-t-on qu'à la différence des offres, qu'on peut toujours retirer avant qu'elles soient acceptées, l'aveu d'un fait ne peut être rétracté précisément, parce qu'il s'agit de la preuve d'un fait dont la vérité, une fois connue par l'aveu, ne peut plus être détruite par ma rétractation?

Non, sans doute. La vérité du fait avoué n'est point et ne saurait être détruite par la rétractation d'un aveu dont elle est indépendante; mais je puis détruire, en le rétractant, les conséquences d'un aveu qui n'est pas autre chose qu'un acte de ma volonté, et duquel vous auriez pu tirer une preuve, équivoque il est vrai, quoiqu'admise en justice, de l'existence du fait qui demeure sans preuve, depuis ma rétractation; car il serait contre toute raison de prétendre que l'aveu d'un fait personnel à l'avouant est, du moment même de son émission, un critère infaillible et indestructible de vérité. En un mot, en rétractant mon aveu, je ne

détruis ni n'altère la vérité du fait avoué; j'anéantis seulement la preuve qu'on pouvait en tirer, pour en conclure la réalité du fait.

289. Observez qu'en rétractant mon aveu, avant l'acceptation, je ne suis point obligé de prouver qu'il était fondé sur une erreur. Cette preuve ne m'est imposée que dans le cas où il a été accepté, soit depuis qu'il a été fait, soit d'avance (1), comme dans le cas de l'aveu judiciaire proprement dit, c'est-à-dire dans le cas de l'aveu fait en présence du juge, soit lors de l'interrogatoire sur faits et articles, soit lors de l'interrogatoire d'office, dans le cas d'un jugement qui ordonne la comparution des parties à l'audience; car, dans l'un et l'autre cas, il y a acceptation d'avance de la part de l'autre partie, soit par la provocation de l'interrogatoire, soit par la notification du jugement qui ordonne la comparution : l'un et l'autre de ces actes supposent également que celui qui les fait veut tirer avantage des faits avoués dans l'interrogatoire, et que, par conséquent, l'interrogé ne peut plus rétracter sans motifs, et sans prouver que les aveux sont fondés sur l'erreur.

290. C'est sur les principes que nous venons de développer qu'est fondée la doctrine des auteurs, qui exigent avec raison que les aveux soient acceptés pour être irrévocables, et qu'ils peuvent

---

(1) Car l'acceptation peut précéder. *Voy.* tom. VI, n.° 26.

être révoqués avant l'acceptation. Perezius, dans son Commentaire si estimé sur le Code de Justinien, lib. 7. tit. 59, enseigne, n^os. 15 et 16, que l'aveu fait dans le cours d'une instance ne nuit point à celui qui l'a fait avant l'acceptation expresse de l'autre partie; mais qu'après l'acceptation il ne peut être révoqué, parce qu'il y a droit acquis à l'adversaire : *Quia per acceptationem jus quæsitum est adversario quod non debet invito eripi.*

Voët, *in tit. ff de confessis*, 42. 2, enseigne également que l'acceptation de l'aveu est nécessaire. Il serait facile de multiplier les citations.

291. Mais il est inutile de le faire sur un point de doctrine qui ne paraît pas avoir de contradicteurs, et qui est conforme à la raison; il l'est également à l'esprit et aux dispositions de nos Codes. On trouve un exemple de son application dans l'article 1211 du Code civil, dont la dernière disposition porte que la simple demande, formée *pour sa part*, contre l'un des codébiteurs solidaires, si celui-ci *n'a pas acquiescé à la demande*, ne suffit pas pour opérer, de la part du créancier, la remise de la solidarité en faveur de ce débiteur : d'où résulte que, jusqu'à l'acceptation, le créancier peut rétracter sa demande, et l'étendre à la totalité de la dette; ce qu'il ne peut plus faire après l'acceptation, après l'acquiescement ou l'acceptation du débiteur.

292. On trouve un autre exemple de l'application de notre principe dans les art. 402 et 403 du

Code de procédure, sur le désistement de la demande formée par le créancier. Ce désistement contient au moins implicitement que la demande a été mal formée en quelque point. Cependant, le désistement peut être rétracté jusqu'à l'acceptation, que le Code exige expressément.

293. Prenons donc pour constant que l'aveu fait dans le cours d'une instance, de vive voix, ou dans ses écritures, par l'une des parties, peut être rétracté jusqu'à l'acceptation. Passons aux aveux faits par les avoués ou les avocats de l'une des parties, pendant le cours d'une instance.

Les avoués ou procureurs sont les mandataires de la partie qui les a choisis; ils la représentent en tout ce qui concerne les suites et les procédures de l'affaire dont ils sont chargés. C'est pour cela qu'ils sont institués. Ces pouvoirs généraux sont néanmoins renfermés dans certaines bornes. L'article 352 du Code de procédure porte : « Aucunes » offres, *aucun aveu* ou consentement, ne pour» ront être faits, donnés ou acceptés, sans un pou» voir spécial, *à peine de désaveu.* »

La loi n'a pas voulu que des actes qui pourraient si essentiellement compromettre les intérêts de la partie, fussent censés compris dans le mandat général qu'elle donne à son avoué, en le chargeant de suivre une affaire d'où peut dépendre quelquefois toute sa fortune. Si donc cet avoué s'ingère de faire, sans la consulter, l'un des actes exclus de son mandat, ce qu'il fait est nul et ne peut

préjudicier au mandant. Les adversaires n'en peuvent tirer avantage; mais le mandant doit désavouer ce qui a été fait contre sa volonté; son silence pourrait être pris pour une ratification de ce qui a été fait sans son consentement.

Il pourrait sans doute révoquer l'aveu indiscret fait par son mandataire, ou du moins en anéantir les effets et les conséquences, en prouvant que l'aveu est la suite d'une erreur; mais il n'est point obligé de suivre cette marche, qui le charge du fardeau d'une preuve souvent difficile. La loi lui en indique une plus simple, et qui rejète la preuve sur l'adversaire, celle du désaveu fondé sur ce qu'il n'a point autorisé l'aveu dont il se plaint. Il n'a dans ce cas aucune preuve à faire; c'est au procureur désavoué, dont la conduite est inculpée, ou à l'adversaire qui veut en tirer avantage, de prouver que le désaveu est mal fondé. La marche à suivre dans le cas du désaveu est tracée par le Code de procédure (Art. 353 et suiv.)

294. On doit remarquer qu'en défendant de faire aucun aveu ou consentement *sans pouvoir spécial*, sous *peine de désaveu*, le Code ne permet point à l'avoué de s'excuser, en prouvant que le fait avoué par lui est conforme à la vérité. Faux ou vrai, il a manqué à son devoir, en le reconnaissant sans pouvoir spécial: il ne peut donc s'excuser que de trois manières: en représentant le pouvoir spécial en vertu duquel il a agi; en faisant voir que sa conduite a été approuvée expressément ou tacitement;

ou enfin, que le fait avoué se trouve prouvé par les pièces que lui a remises son client ; par exemple, si, dans la liasse des pièces au soutien d'une créance qu'il est chargé de recouvrer, il s'en trouve une qui prouve que le créancier demandeur a reçu un à-compte. Le procureur ne peut en ce cas être désavoué, pour avoir reconnu cet à-compte de bonne foi, quoique le débiteur n'en eût pas la preuve ; car le procureur n'a fait alors que ce qu'eût dû faire son client, qui ne pouvait, sans mauvaise foi, receler une pièce qui diminuait la créance.

Mais dans aucun cas, le procureur désavoué ne peut alléguer, pour sa défense, que le fait par lui reconnu sans pouvoir n'en est pas moins vrai, et demander à le prouver ; car, alors, ce serait jouer le rôle de l'adversaire contre le client qu'il était chargé de défendre.

295. Au reste, le Code exige que le désaveu soit notifié, tant à l'avoué contre lequel il est dirigé, qu'à tous les avoués de la cause, non seulement afin d'empêcher toute collusion entre la partie désavouante et le procureur désavoué, qui voudraient, par un concert frauduleux, revenir contre un consentement donné ou une déclaration faite au préjudice du désavouant, ou même contre un jugement rendu sur le consentement ou aveu, mais encore afin d'avertir tous les intéressés de défendre au désaveu, qu'ils ont le plus grand intérêt de faire échouer ; car, s'il est jugé valable, les consé-

quences que l'on pouvait tirer du fait avoué ou du consentement donné sans pouvoir s'évanouissent, et de plus, les jugemens, même en dernier ressort, fondés sur le fait avoué, ou les dispositions de ces jugemens relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu, sont déclarés annulés et comme non avenus, en vertu de l'art. 360 du Code de procédure, qui est de droit nouveau.

296. Autrefois, les juges qui déclaraient nulle la procédure désavouée, ne pouvaient déclarer nul le jugement intervenu sur cette procédure ; il fallait le faire infirmer sur appel, s'il y était sujet, ou s'il était en dernier ressort, le faire rétracter par la voie de la requête civile. L'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 mettait au nombre des ouvertures de requête civile le cas où l'on avait jugé sur des offres ou consentemens, dont le désaveu avait été jugé valable.

Maintenant, les juges qui déclarent nulle la procédure désavouée sont autorisés à déclarer en même tems nul le jugement qu'ils ont rendu sur cette procédure : c'est pour cela que l'art. 480 du Code de procédure ne met pas au nombre des ouvertures de requête civile le cas où l'on aurait jugé sur procédures dont le désaveu aurait été déclaré valable.

297. Si le jugement déclaré nul a été suivi d'un appel dont l'instance soit pendante, il faut revenir devant la Cour royale, et y conclure à ce que, vu la nullité du jugement, il soit dit qu'il n'y a pas

lieu à prononcer sur l'appel (1) qui en a été interjeté.

Il n'entre point dans notre plan de tracer la marche de la procédure en désaveu, ni de traiter les différentes questions auxquelles le désaveu peut donner lieu. Passons aux aveux faits par les avocats, sans pouvoir spécial de leurs cliens.

298. A la différence des avoués, les avocats ne représentent point leurs cliens; ils ne sont point leurs mandataires, mais leurs conseils et leurs patrons. Hors du barreau, les fonctions de l'avocat consistent à guider ses cliens dans leurs transactions sociales, à les aider de ses lumières, etc..... Au barreau, à développer leurs moyens de défense, soit de vive voix, dans les plaidoiries, soit par écrit, dans les écritures qu'il fait pour eux, et qu'ils s'approprient, en les faisant signifier par leurs avoués. Ce ne sont point là les fonctions d'un mandataire. Aussi, suivant une maxime très-ancienne en France, les avocats (2) ne peuvent être désavoués. Les avocats ne sont point assujétis, comme les avoués, à prendre des précautions contre le dé-

---

(1) *Voy.* Pigeau, Procédure civile des tribunaux de France, 3.e édition, tom. I, pag. 441.

(2) *Voy.* arrêt du Parlement de Bretagne, du 20 mars 1763, rapporté dans le tom. V du Journal du Parlement de Bretagne, pag. 644. *Voy.* encore un arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 14 février 1759, rapporté dans le Répertoire de jurisprudence, v.° *Avocat*, § 8, n.° 2, pag. 464 de la 4.e édit. Enfin, *voy.* la Collection de jurisprudence de MM. Camus et Bayard, v.° *Avocat*.

saveu. Ils sont, de droit, présumés avoir exposé les faits suivant leurs connaissances et leurs lumières. S'ils se trompent, le client a son avoué pour redresser les erreurs qui leur sont échappées. Il suffit de les redresser verbalement ou par écrit, sans procédure en désaveu, mais aussi sans être obligé de prouver que l'aveu indiscret fait par l'avocat a été le fruit d'une erreur; car, par cela même que l'avocat n'est point le mandataire de son client, et qu'il ne peut être désavoué, les inexactitudes qui lui échappent dans l'exposé des faits n'ont jamais été tirées à conséquence; elles ne peuvent être considérées comme des aveux judiciaires capables de faire foi en justice, dans l'esprit du Code, puisque l'art. 1356 ne regarde comme tels que ceux qui sont faits par la partie ou *son fondé de pouvoir spécial.* Il suffit donc que les aveux de l'avocat soient rétractés par la partie ou son avoué, présent à l'audience; et, s'ils sont contenus dans un écrit, qu'ils soient désavoués par un autre écrit notifié à l'avoué de la partie adverse, en observant de le faire notifier le plus tôt possible : le retardement pourrait faire présumer que l'aveu a été fait du consentement de la partie.

299. Avant de terminer ce qui concerne les aveux judiciaires, remarquons ici qu'il ne faut pas prendre pour un aveu l'omission de répondre, ou le silence gardé par l'une des parties, sur un fait allégué ou avancé par l'autre, soit à l'audience, soit dans ses écritures, même avec interpellation d'y

répondre ou de le contester. On a des exemples de jugemens motivés sur ce que tel fait a été avancé par une partie, et n'a pas été contesté par l'autre. Un pareil motif de décision est absolument contraire aux maximes du droit. C'est un principe général qu'on n'est tenu de répondre qu'aux interpellations faites par la justice. Si l'une des parties a intérêt que l'autre s'explique sur un fait, elle peut et doit provoquer l'interrogatoire sur faits et articles; autrement, l'autre peut garder le silence sur son interpellation, sans craindre qu'on en tire une conséquence fondée contre elle. Son silence ne peut, pas plus en bonne logique qu'en bonne jurisprudence, être considéré comme un aveu que comme un désaveu : *Qui tacet non utiquè fatetur; verum est tamen eum non negare. Loi* 142, *ff de regulis juris.* Le fait reste donc incertain. Si le juge croit nécessaire de l'approfondir, il peut ordonner la comparution de la partie et l'interrogatoire d'office, sur le fait en question, comme il en a toujours le droit; mais il manquerait à son devoir, si, regardant comme prouvé le fait sur lequel l'une des parties n'a pas répondu, quoiqu'interpellée par l'autre, mais non par la justice, il motivait un jugement sur ce silence, qui ne peut être considéré comme une preuve. (1)

---

(1) « Il est contre tout principe de regarder comme avoué un fait qui » est avancé par une partie, et sur lequel l'autre partie ne s'explique » pas. Le silence d'une partie sur un fait avancé par l'autre, ne peut

300. Passons maintenant à l'aveu extrajudiciaire, qui est de deux sortes, écrit ou verbal.

Le Code ne s'est point occupé, dans la présente section, de l'aveu extrajudiciaire écrit, parce qu'il rentre dans la classe des preuves littérales, qui sont l'objet des sect. 1 et 2.

301. Le Code ne contient qu'une seule disposition sur l'aveu extrajudiciaire verbal. L'art. 1355 porte : « L'allégation d'un aveu extrajudiciaire *pu-* » *rement* verbal est inutile, toutes les fois qu'il s'a- » git d'une demande dont la preuve testimoniale » ne serait pas admissible. »

Disposition qui paraît, on ne peut le dissimuler, inutile et oiseuse, après les dispositions des articles 1341 et suiv., sur la preuve testimoniale. On peut dire cependant que le but de l'art. 1355 a pu être de rejeter l'opinion de quelques anciens auteurs, qui pensaient que l'aveu extrajudiciaire ne pouvait être prouvé par témoins; car, malgré la rédaction assez insignifiante de l'art. 1355, il ré-

---

» être considéré ni comme aveu, ni comme désaveu de ce fait : *Qui* » *tacet non utiquè fatetur ; verum est tamen eum non negare. Loi 142, ff* » *de R. J.*

» Il en est autrement, sans doute, lorsqu'il s'agit d'un fait avancé » par forme d'interpellation judiciaire..... Les lois romaines et l'or- » donnance de 1667, veulent qu'en ce cas, le refus ou le défaut de ré- » pondre tienne lieu d'aveu formel.

» Mais, hors ce cas, la règle de droit que nous venons de citer con- » serve tout son empire, et l'on sent que rien n'est plus raisonnable ». Merlin, Questions de droit, v.° *Monnaie décimale*, pag. 405, tom. IV. 3.e édit.

sulte incontestablement de sa disposition que l'aveu extrajudiciaire verbal peut être prouvé par témoins, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise.

Telle est aussi la doctrine de Pothier, qui dit, n°. 803, que la confession extrajudiciaire peut se justifier par quelque écrit, *et par des témoins.*

Si l'aveu extrajudiciaire peut être prouvé par témoins, il s'ensuit qu'il peut former une preuve contre celui qui l'a fait; car il serait absurde de penser que le Code permît de prouver par témoins un aveu qui ne saurait, en aucun cas, faire foi en justice.

302. Il est vrai qu'en suivant toujours la marche de Pothier, le Code énonce positivement que *l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait,* et qu'il n'applique point ce principe à l'aveu extrajudiciaire.

Mais gardons-nous d'en conclure, *à contrario*, que l'aveu extrajudiciaire ne peut faire une preuve complète; gardons-nous encore de cet argument tuivial, *qui dicit de uno negat de altero.* Ces faux raisonnemens, qui n'ont jamais rien de concluant par eux-mêmes, doivent être bannis de l'école et du barreau, si l'on veut rendre à la jurisprudence toute sa pureté, et en faire, à l'exemple des jurisconsultes romains, une science raisonnable.

La timide réserve des rédacteurs du Code nous annonce seulement que, forcés de travailler avec trop de rapidité, ils n'ont pas eu le tems d'appro-

fondir cette doctrine, pour en poser les principes fondamentaux avec les exceptions, et qu'ils ont prudemment abandonné ce soin aux jurisconsultes et aux magistrats.

Essayons de remplir notre tâche.

Qu'importe que le Code n'ait pas expressément énoncé, comme à l'égard de l'aveu judiciaire, le principe que l'aveu extrajudiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait? N'avons-nous pas la raison et les jurisconsultes romains, qui en ont dicté les oracles? Nous l'avons déjà dit, l'aveu est un acte de la volonté de celui qui reconnaît la vérité d'un fait. Il est donc évidemment conforme à la raison que l'on puisse opposer cette reconnaissance à celui qui l'a faite librement et en connaissance de cause; car, comment pourrait-il récuser son propre témoignage? *Stare oportet suæ confessioni..... nimis enim indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* (1)

Tel est le premier principe général et fondamental, en matière d'aveux. Il est fondé sur la raison: *Fides enim contra se cuique habetur. Loi* 1, §§ 1 *et* 3, *ff de interrogationibus in jure faciendis*, 11. 1.

Ce principe n'est pas moins applicable aux aveux extrajudiciaires, écrits ou non écrits, qu'aux aveux judiciaires; car ce n'est pas le lieu où il est fait,

---

(1) Loi 25, § *ult.*, *ff de probat*, 22. 3. Loi 13, *Cod. de non numerat pecuniâ*, 4. 30.

c'est la nature de l'aveu qui fait toute sa force ; c'est parce qu'il est fait avec réflexion et en connaissance de cause, qu'il forme une preuve contre celui qui l'a fait. Les aveux judiciaires proprement dits sont toujours faits avec réflexion, quoiqu'ils puissent être la suite d'une erreur. Quant aux aveux extrajudiciaires, sur-tout ceux qui ne sont faits que verbalement, ils peuvent être faits par légèreté et sans réflexion ; en un mot, sans cette maturité qui peut seule leur donner du poids: C'est en cela que consiste la difficulté. On n'en peut juger que par les circonstances, par le caractère connu de celui qui a fait l'aveu, et autres considérations que la loi ne peut prévoir.

303. Cependant, il y a une distinction importante qu'ont faite les docteurs, et notamment Dumoulin (1), entre ceux qui sont faits en présence de la personne, ou à la personne même qui peut en tirer avantage, et ceux qui sont faits à des tiers hors de sa présence. Si, par exemple, un débiteur, en présence de témoins dignes de foi, fait à son créancier l'aveu qu'il lui doit une somme de 150^{f}, en ajoutant qu'il le prie de lui accorder un délai, qui peut douter qu'un pareil aveu ne fasse une preuve complète contre celui qui l'a fait?

304. Les docteurs pensaient même qu'en ce cas il n'était pas nécessaire que l'aveu fût accepté par

(1) Sur la loi 3, *Cod. de rebus cred. et jurejur.*

le créancier d'une manière expresse, et que sa présence seule faisait présumer l'acceptation, comme dans un acte écrit, ce qui ne paraît pas douteux; mais ils exigeaient que l'aveu verbal énonçât formellement la cause de la dette; par exemple, si elle provenait d'un prêt, d'un dépôt, d'une vente, etc., sans quoi l'aveu fait à la personne, ou en la présence du créancier, ne formait pas une preuve complète, mais une simple présomption, laquelle cependant pouvait être corroborée par le serment supplétoire, selon Dumoulin (1).

L'opinion des docteurs, en ce point, était fondée sur ce qu'en droit romain, le billet même écrit par lequel le débiteur reconnaissait la dette, ne formait point une preuve suffisante, si la cause n'y était énoncée. Loi 25, § *ult.*, *ff de probat.*, 25. 3. Mais cette loi étant abrogée par l'art. 1132 du Code, qui porte que la convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, il faut dire, par identité de raison, que la reconnaissance verbale, faite en présence du créancier, n'en forme pas moins une preuve complète contre celui qui l'a faite, à moins qu'il ne puisse prouver que l'aveu est la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait révoquer son aveu sans preuve.

305. Quant à l'aveu extrajudiciaire purement verbal, fait à des tiers en l'absence de la personne

(1) *Voy.* son Commentaire sur la loi 3, *Cod. de rebus credit. et jud.*, tom. III de ses Œuvres, pag. 633--634.

qui pouvait en tirer avantage, il n'a point le même poids, la même autorité que l'aveu fait en sa présence. Son absence fait assez naturellement présumer que l'avouant n'a point voulu lui conférer un titre ou une preuve de créance. Il peut être le fruit de l'inconsidération, de la légèreté; un mensonge controuvé pour avoir un prétexte de refuser ou d'écarter des emprunteurs. On n'a donc jamais donné à de pareils aveux la force d'une preuve complète; mais joints à des commencemens de preuve déjà acquis, et à d'autres présomptions, ils peuvent suffire pour déterminer une condamnation (1) dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, ou pour déférer, suivant les circonstances, le serment supplétif au défendeur, en supposant toujours l'aveu bien constaté.

306. Nous avons déjà dit que le Code ne s'est point, dans la présente section, occupé des aveux consignés dans un écrit quelconque, parce qu'ils rentrent dans la classe des preuves littérales, qui sont l'objet des sect. 1 et 2.

En effet, si l'on ne trouve pas, dans ces sections, de disposition particulière qui énonce formellement le principe fondamental que l'aveu fait avec réflexion, et en connaissance de cause, forme contre celui qui l'a fait une preuve complète; *fides contra se cuique habetur*; ce principe résulte claire-

(1) *Voy.* Voët, liv. XII, tit. I, n.° 8.

ment de la disposition des art. 1320 et 1322, qui portent que *l'acte*, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.

Ainsi, tout acte qui contient un aveu quelconque, fait foi contre celui qui l'a souscrit librement.

307. Il n'est pas nécessaire de répéter ici, ce que nous avons dit ailleurs plusieurs fois, que l'acte est l'écrit qui contient une convention ou un fait, *id quod actum est.* Ainsi donc, suivant le Code, tout écrit qui contient l'aveu d'un fait ou d'une dette fait foi contre celui qui l'a souscrit, même quoique l'acte n'ait pas été passé exprès pour former une preuve du fait avoué. Ainsi, par exemple, une lettre missive, adressée au créancier, et par laquelle le débiteur lui demande un délai pour payer la somme de 300^{f} qu'il lui doit, fait une preuve complète contre le débiteur qui l'a souscrite, parce qu'elle contient l'aveu de la dette. Il en serait de même si la lettre était écrite à un tiers, avec charge ou permission de la communiquer au créancier.

Si la lettre qui contient l'aveu était adressée à un tiers, non chargé de la communiquer, il est évident qu'elle aurait moins de force, et que le débiteur pourrait rétracter ou révoquer l'aveu qu'il y aurait fait, sans être tenu de prouver que cet aveu était la suite d'une erreur; mais si le tiers qui avait reçu la lettre l'avait remise au créancier, et que celui-ci eût déclaré l'accepter et vouloir profiter de l'aveu, il nous paraît, par argument de

l'art. 1121, que le souscripteur de la lettre ne pourrait plus révoquer son aveu qu'en prouvant qu'il a été la suite d'une erreur.

308. Car, en matière d'aveu, c'est un second principe dicté par la raison, que si celui qui a fait l'aveu découvre qu'il s'est trompé, il doit être admis à faire la preuve de son erreur, et que s'il y parvient, sa reconnaissance s'évanouit et perd toute sa force. Il en est de l'aveu comme du consentement; s'il est fondé sur l'erreur, ce n'est point un consentement, ce n'est point un aveu : *Non videntur qui errant consentire. Loi* 116, *ff de R. J. Non fatetur qui errat. Loi* 2, *ff de confessis*, 42. 2.

309. Mais c'est à celui qui a fait l'aveu de prouver son erreur; et ses preuves doivent être claires, évidentes : *Evidentissimis probationibus, per aperta rerum argumenta;* car, dans le doute, l'erreur préjudicie à celui qui l'a commise : *In dubio, nocet error erranti.*

Les lois exigent même que les preuves en soient écrites (1), si l'aveu a été consigné par écrit.

---

(1) Voici le texte de la loi 13, *Cod. de non numer. pecun.*, 4. 30 :

Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunquè pecuniis ex antecedente causâ descendentibus, eamque causam specialiter promissor ediderit, non jàm ei licentia sit, causæ probationem stipulatorem exigere, cùm suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certè ipse à contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio exhibet negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce, dilucidè protes-

310. Il faut encore remarquer que la loi exige que l'aveu soit la suite d'une erreur de fait, et non pas d'une erreur de droit. La preuve de l'erreur de fait est toujours admissible; mais l'allégation d'une erreur de droit, pour détruire la force d'un aveu, n'est qu'un prétexte aux yeux de la loi. L'aveu ne peut donc *être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit*, dit l'art. 1356 du Code, conforme en ce point à la loi 2, *ff de confessis.* Après avoir établi que celui qui se trompe n'avoue pas, *non fatetur qui errat*, cette loi ajoute : *Nisi jus ignoravit.*

C'est ici une exception au principe que l'erreur de droit annule le consentement aussi bien que

---

tatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Voici l'espèce de cette loi, suivant la glose :

Je reconnais ou j'avoue vous devoir 3,000 fr., que mon père vous a légués par son testament. C'est un acte recognitif. Vous demandez cette somme en vertu de ma reconnaissance. Puis-je exiger la preuve que mon père vous a réellement légué cette somme, et vous demander la représentation du testament?

Non : ce serait une indignité de revenir contre l'aveu libre et volontaire que j'ai fait, et de m'élever contre mon propre témoignage. Il faut donc que je paie, à moins que je ne puisse prouver par écrit qu'il est faux que mon père vous ait légué cette somme; par exemple, en produisant son testament, par lequel il ne vous a rien légué, ou ne vous a légué que 1,000 fr., ou bien en représentant un second testament qui révoque le premier. Alors, il sera prouvé que mon aveu était la suite d'une erreur de fait.

Voy. encore la loi 25, § *ult., ff de probat.*, 22. 3.

Stare oportet suæ confessioni : nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebitè promisisse.

l'erreur de fait. Nous avons donné la raison de cette exception, tom. VI, n°. 74 ; c'est qu'il n'y a que l'erreur, sur le motif déterminant, qui annule le consentement, et qu'il est impossible de prouver que l'erreur de droit a été le motif déterminant de l'aveu.

Un aveu peut avoir eu pour objet un fait ou une dette, dont la preuve n'existait pas ou était douteuse. Or, il est évident que l'aveu d'un fait ne peut être rétracté qu'en prouvant qu'il est faux, et par conséquent que l'aveu est fondé sur une erreur de fait ; car l'erreur de droit ne peut avoir d'influence sur la réalité d'un fait.

Il en est autrement de l'aveu d'une dette fait par le débiteur.

Cet aveu peut avoir pour motif une erreur de fait ou une erreur de droit.

Vous me demandez une somme de 1,200^{f} que vous prétendez due par la succession de mon père, et vous produisez en preuve la lettre par laquelle il priait le vôtre de lui prêter cette somme. Je reconnais l'écriture et j'avoue la dette. Mon aveu imprudent fait contre moi une preuve complète, qui n'existait pas auparavant. Je trouve la réponse de votre père, contenant qu'il ne peut prêter la somme demandée. Cette réponse anéantit mon aveu, en prouvant qu'il n'a eu pour cause qu'une erreur de fait : *Non fatetur qui errat.*

Voici une espèce qui nous donne l'exemple d'une erreur de fait et d'une erreur de droit :

Je suis héritier de Caïus, et vous réclamez une somme qu'il vous a léguée par son testament. Je reconnais vous devoir cette somme; mais, depuis ma reconnaissance, je découvre un second testament portant révocation du premier. Je puis révoquer ma reconnaissance ou mon aveu, qui n'était fondé que sur l'ignorance d'un fait.

Si, au lieu d'une révocation qui m'était inconnue, je prétends rétracter mon aveu, en alléguant que j'ignorais que le testament était nul, soit par l'incapacité du testateur ou du légataire, soit par vice de forme, je ne dois pas être écouté; car il est possible que ma reconnaissance ou mon aveu ait eu pour cause l'intention d'honorer la mémoire de mon père (1), en exécutant ses dernières volontés, qui me sont bien connues, quoique consignées en un acte nul. C'est une action ordinairement louable, souvent prescrite par la délicatesse. Il n'est donc pas prouvé que mon aveu soit le fruit d'une erreur de droit, et, dans le doute, l'erreur nuit à celui qui s'est trompé : *In dubio, error nocet erranti.*

Dans ces cas et autres semblables, il est impos-

(1) Loi 20, § 1, *ff de donat.*: *De illo dubitari potest, qui, quod per falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit se daturum : sed magis est, ut non possit suæ confessioni obviare. Quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatoris sui adimplesse videbatur, et nulla ei repetitio concessa fuerat, ità et stipulatione præcedente contrà fidem testatoris quam agnovit venienti ei meritò occurretur.*

Voy. Bynkershoek, Obs., liv. 7, obs. 17.

sible de prouver que mon aveu n'était fondé que sur une erreur de droit, et, par conséquent, il ne peut être révoqué. C'est sur l'impossibilité de faire cette preuve, qu'est fondée la maxime que l'aveu ne peut être révoqué, comme le dit énergiquement l'art. 1356. *sous prétexte* d'une erreur de droit.

311. Cependant si l'on pouvait prouver que l'erreur de droit a été causée par le dol de l'adversaire, *si dolus dederit causam confessioni*, nul doute que la preuve d'un pareil dol ne fût admise, même par témoins.

312. Puisque c'est à celui qui s'est trompé de prouver son erreur, le créancier qui a en sa faveur un aveu écrit ou une reconnaissance du débiteur, est dispensé de toute autre preuve. C'est un principe très-anciennement observé dans notre jurisprudence française, et Guipape, *décis.* 272, atteste l'avoir vu plus de cent fois suivi par les tribunaux. Il est professé par Dumoulin, qui l'appuie sur les lois romaines ci-dessus citées (1).

Duparc-Poullain, l'un des derniers auteurs qui aient écrit avant la révolution, atteste aussi dans ses Principes, tom. IX, pag. 424, que la confession extrajudiciaire fait une preuve entière, tandis que *la partie ne prouve pas la surprise ou l'erreur*, comme dans les contrats.

---

(1) *Junge* Raviot et les auteurs cités dans les Questions de droit de M. Merlin, 3.e édit., tom. VI, pag. 251.

Enfin, le Code civil a suivi cette maxime de raison, dans l'art. 695, qui porte : « Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne » peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut » être *remplacé que par un titre recognitif* de la servitude, émané du propriétaire du fonds asservi. »

Si le titre recognitif *remplace* le titre *constitutif*, il fait pleine foi en faveur de celui qui l'a reçu. Il n'est donc plus obligé de représenter le titre constitutif. C'est une conséquence du principe général établi dans l'art. 1320, « L'acte, soit authentique, » soit sous seing privé, fait foi entre les parties, » même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes » énonciatifs. »

La relation, même par simple énonciation, du titre constitutif, dans l'acte recognitif, fait foi entre les parties, non seulement que le titre référé existe ou a existé, mais encore qu'il contient la constitution d'une servitude de passage sur le fonds cornelien, puisque ce titre est référé, comme la cause ou le motif de la reconnaissance de cette servitude.

« Je reconnais qu'il vous est dû une servitude de » passage à toute occurrence sur le fonds cornelien, » suivant l'acte constitutif consenti par mon père, » sous seing privé, le 1^er^. janvier 1780. »

Cet acte contient clairement la preuve de trois choses :

1°. Qu'il a existé ou qu'il existe un titre consenti par mon père, le 1^er^ janvier 1780 ;

2°. Que ce titre contient la constitution d'une servitude sur le fonds cornelien ;

3°. Que, par ce motif, j'ai consenti à vous la laisser exercer à l'avenir comme par le passé.

Il est clair qu'on ne peut rien exiger de plus du créancier de la servitude, que la preuve de ces trois points. Il n'est plus obligé de représenter le titre constitutif ou primordial, qui est *remplacé* par l'acte recognitif.

Le débiteur prétendrait-il qu'il s'est trompé ou qu'il a été trompé? que l'acte primordial du 1^er^. janvier 1780 n'a jamais existé, ou qu'il ne contient point la constitution d'une servitude à toute occurrence, mais seulement à pied? en un mot, que l'acte recognitif a été donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence? (1109). Cela n'est pas impossible ; mais c'est à lui de le prouver, comme à l'égard de tous les autres contrats, *evidentissimis probationibus*, disent les lois romaines ; et tandis qu'il ne fera point cette preuve, sa reconnaissance fera pleine foi contre lui, même de ce qui n'y est contenu qu'en termes énonciatifs (1320).

313. C'est donc avec surprise qu'on lit dans l'article 1337 que « les actes recognitifs ne dispensent » point de la représentation du titre primordial, à » moins que sa teneur n'y soit spécialement rela- » tée. »

La surprise redouble, quand on vient à réfléchir que cet article, si évidemment inconciliable avec les principes de sagesse établis pour la garantie des

transactions sociales ; si formellement en contradiction avec les art. 695 et 1320, est absolument de droit nouveau, ainsi que le reconnaît formellement la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 vendémiaire an XIII (1), dont l'un des considérans porte : « Attendu que les mêmes juges n'ont » violé aucune loi, en décidant qu'une seule reconnaissance suffisait pour établir une rente, puis» qu'*avant le Code civil*, auquel le jugement attaqué est antérieur, *il n'existait point de loi qui eût* » *décidé le contraire, etc.* »

314. Comment donc une innovation si contraire aux vrais principes, et aux art. 695 et 1320, qui les ont consacrés, une innovation, enfin, contre laquelle se sont prononcés, sans exception, tous les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code, même M. Malleville, l'un des commissaires-rédacteurs, a-t-elle pu s'introduire dans l'art. 1337?

Comment? Par une erreur manifeste dans laquelle est tombé le célèbre Pothier, qui a, dans ce point, égaré les rédacteurs du Code.

Quand on a le courage d'annoncer qu'un jurisconsulte aussi supérieur que Pothier a commis une erreur grave, on n'a pas le droit d'être cru sur parole ; il faut le démontrer. Nous allons tâcher de le faire, en demandant pardon à nos lecteurs des dé-

---

(1) Rapporté dans les Questions de droit de M. Merlin, 3.e édit., tom. VI, pag. 241.

tails où nous sommes forcé d'entrer, pour remonter à l'origine de l'erreur que nous combattons.

315. Pour avancer plus rapidement dans l'ouvrage immense qui a immortalisé leurs noms, les commissaires s'en partagèrent la rédaction. Ce ne fut point le même homme qui rédigea le titre *des servitudes* et celui *des obligations conventionnelles*. Nous devons certainement une éternelle reconnaissance au savant rédacteur de ce dernier titre; mais n'ayant pas le tems d'approfondir toutes les doctrines sur cette matière si belle et si étendue, il choisit pour guide l'excellent Traité des obligations de Pothier, devenu classique depuis longtems. Il était difficile de prendre un meilleur guide. Cependant, malgré ses profondes connaissances, il est échappé à cet illustre auteur quelques erreurs, *quas humana parùm cavit natura*. L'une de ces erreurs est d'avoir appliqué aux actes recognitifs, en général et sans distinction, les faux principes des canonistes sur les actes de confirmation donnés par les papes, les souverains, les princes, barons et autres grands seigneurs, quoique la nature de ces actes de confirmation diffère totalement de celle des actes recognitifs. En faisant cette application, Pothier croyait suivre l'autorité de Dumoulin, le prince de nos jurisconsultes français, et c'est en cela qu'il s'est trompé.

316. Il est bien vrai qu'entraîné par son siècle, Dumoulin, dans son Commentaire sur le § 5, aujourd'hui l'art. 8 de la Coutume de Paris, suivit,

sans examen, la doctrine des canonistes sur la confirmation ; mais il n'en fit l'application qu'aux actes de renovation des investitures données par les seigneurs, c'est-à-dire aux renovations des concessions de fief, inféodations ou féages concédés par les seigneurs ; renovations qui étaient en effet des confirmations, dans le sens des canonistes.

317. Quant aux actes recognitifs, dont la nature est toute différente, Dumoulin enseigna constamment, dans plusieurs endroits de ses ouvrages, qu'ils font une preuve complète contre ceux qui les ont donnés, sauf à eux de prouver les erreurs qui pouvaient s'y être glissées.

Mais après avoir établi ce principe, cité Guipape et autres auteurs à l'appui de cette doctrine, il ajoute, immédiatement après, qu'il en est autrement des confirmations : *Secùs de confirmationibus.*

318. Tâchons donc d'expliquer la nature des actes de confirmation, et nous verrons combien leur nature diffère de celle des actes recognitifs.

La confirmation, suivant les canonistes, est l'acte par lequel un supérieur légitime *corrobore* un droit précédemment concédé par lui ou par ses prédécesseurs, à un inférieur.

L'approbation ou la renovation d'un acte précédent, faite par un inférieur ou par un égal, en faveur du créancier d'un droit quelconque, n'est pas une confirmation (1) dans le sens des canonistes,

(1) Tous les canonistes sont d'accord sur ce point. *Confirmatio fiat*

mais une reconnaissance. Il y a donc une grande différence entre un acte de confirmation et un acte de reconnaissance, ou titre recognitif. L'un est la renovation de la concession; c'est le donateur, le concédant, ou ses successeurs, qui confirment la donation ou la concession. L'autre est la renovation que donne le concessionnaire de l'acte primitif, par lequel il s'est soumis à tel droit envers le concédant.

319. Mais si la concession primitive est faite par un supérieur légitime, *ab habente potestatem*, a-t-elle donc besoin d'être confirmée par lui ou par ses successeurs? Non certes, si l'on n'écoute que la raison; mais le pouvoir absolu la consulte-t-il? Ce tyran d'exécrable mémoire, Tibère, prétendit et décida qu'en montant sur le trône, les césars n'étaient point obligés de maintenir les priviléges accordés par leurs prédécesseurs, à moins qu'ils ne fussent confirmés par les successeurs de ceux qui les avaient accordés; confirmation qui, sans doute, ne se donnait point gratuitement.

Le bon empereur Titus, l'amour et les délices du genre humain, proscrivit cette odieuse et injuste institution. Il confirma, par un édit général, toutes les concessions qu'avaient faites les empereurs qui l'avaient précédé, et ne permit pas qu'on lui en demandât la confirmation (1).

---

debet per legitimum superiorem, dit Pirrhing, *in tit. X de confirmatione vidend. et inutili, lib. 2, tit. 30.* Gonzalez, *in cap. 2, X ibid., n.° 4.*

(1) C'est ce que nous apprend Suétone, dans la vie de Titus Vespa-

320. La cour de Rome préféra les principes de Tibère. Les papes se regardèrent comme des successeurs à titre singulier, qui n'étaient point liés par les concessions de leurs prédécesseurs. Non seulement ils exigèrent qu'on leur en demandât la confirmation, mais, ce que n'avaient pensé ni Tibère, ni les tyrans qui le suivirent, ils ne se crurent pas liés par leur propre confirmation, à moins qu'elle n'eût été donnée en pleine connaissance de cause.

321. Les canonistes imaginèrent donc deux espèces de confirmations :

La confirmation simple, appelée par les canonistes *in formâ communi, vel ordinariâ ;*

La confirmation appelée en forme spéciale, ou en connaissance de cause, *in formâ speciali, seu ex certâ scientiâ.*

La première n'ajoutait rien à la force ni à l'efficacité de la concession confirmée, et ne dispensait point l'impétrant ni ses successeurs d'en prouver la validité, ni, par conséquent, de représenter le titre primitif.

La seconde étant faite en connaissance de cause par celui qui avait le pouvoir, non seulement de

---

sianus Augustus, cap. 8 : *Naturâ autem benevolentissimus, cùm ex instituto Tiberii omnes dehinc Cæsares, beneficia à superioribus concessa principibus, aliter ratu non haberent, quàm si eadem, iisdem et ipsi dedissent, primus præterita omnia uno confirmavit edicto, nec à se peti passus est.*

confirmer la concession, mais encore de la faire, si elle n'avait pas été précédemment faite, était irréfragable, et dispensait, par conséquent, de représenter le titre primordial ou primitif de la concession confirmée. Il suffisait de produire le titre de confirmation en bonne forme.

322. Mais quand la confirmation était-elle *in formâ communi?*

Quand l'était-elle *in formâ speciali, seu ex certâ scientiâ?*

Les plus habiles canonistes cités par Suarez, dans son Traité *de legibus* (1), reconnaissaient et posaient en principe que le mot confirmer, pris dans son sens propre et naturel, signifie corroborer ce qui n'était pas valide, *confirmare quidquid infirmum erat*, et qu'ainsi, lorsque le prince dit simplement je confirme, son intention est que la confirmation soit parfaite, *censetur perfectè confirmare*, indépendamment des nullités qui pouvaient exister dans la concession primitive, et qu'une

---

(1) *Lib.* 8, *cap.* 18, *n.°* 3. Voici comme il s'explique : *Quidam putant necessarium esse ut in formâ confirmationis addatur verbum aliquod, quo declaretur dari confirmationem eorum quæ gesta sunt, ut si dicat pontifex, confirmo privilegium prout factum est, vel prout est in usu, etc.: nam si absolutè et sine addito confirmat, censetur perfectè confirmare.*

Ratio adjungi potest, quia si princeps dicat absolutè confirmo, simpliciter vult confirmare quidquid infirmum erat, et ità talis confirmatio habebit omnia quæ potest habere in forma speciali. Ergò, ut sit in formâ communi, oportet ut per aliquam dispositionem adstringatur et quasi teneatur proprietas verbi confirmandi.

telle confirmation ayant tout ce que peut avoir une confirmation *in formâ speciali*, elle est irréfragable : d'où il résulte que, pour être censée faite *in formâ communi*, il faut que l'acte de confirmation contienne quelque addition qui restreigne et adoucisse la force et la propriété du mot confirmer : *Oportet et per aliquam additionem restringatur, et quasi leniatur proprietas verbi confirmandi.*

323. Mais les lettres de confirmation contenaient toujours la clause, comme l'ont fait mes prédécesseurs : *Prout, sicut à prædecessoribus nostris provide factum est, ità et nos confirmamus.*

324. C'est au moyen de l'interprétation de ces clauses, que les canonistes éludèrent la conséquence qui résulte du sens propre et naturel de ce mot, *confirmer*. Ils prétendirent que l'addition de cette clause, *sicut, prout factum est à prædecessoribus nostris*, pouvait restreindre ou modifier le sens du mot confirmer, parce que ces propositions, *prout, sicut, etc.*, pouvaient être mises *conditionaliter*, pour employer ici leurs expressions, ou *causaliter*; c'est-à-dire qu'elles peuvent être mises pour former une condition de la confirmation, ou pour indiquer seulement la cause ou le motif. Je confirme, *si* mes prédécesseurs ont concédé; je confirme, parce que mes prédécesseurs ont concédé; ce qui est très-différent : car, si la confirmation est conditionnelle, c'est à l'impétrant de prouver l'existence de la condition, en produisant les lettres primitives de concession en bonne forme;

ce qu'il n'est point obligé de faire, si la confirmation faite par celui qui avait le pouvoir de concéder, *ab habente potestatem*, est faite sans condition, et si la clause, *prout sicut à prædecessoribus*, n'est mise que pour exprimer la cause ou le motif de la confirmation.

Il est vrai que si une clause est équivoque, elle doit être entendue dans le sens le plus favorable à l'impétrant, selon la grande règle d'interprétation suivie en cette matière, tant en droit romain qu'en droit canonique, *beneficium imperatoris, quod à divinâ ejus indulgentiâ proficiscitur, quàm plenissimè interpretari debemus. Loi 3, ff de const. principum*, l. 4.

325. Les canonistes écartèrent cette règle raisonnable d'interprétation, par la maxime que personne n'est présumé donner. Ils en conclurent que celui qui confirme n'est pas censé avoir l'intention de donner ou de faire une concession : *qui confirmat nihil dat ;* et par une conséquence ultérieure, que toute confirmation est censée faite *in formâ communi* (1)*;* c'est-à-dire conditionnellement, sans

---

(1) Il est curieux de voir par quels sophismes les canonistes fondaient ce principe : La confirmation, dit Pirrhing, suppose l'existence de la chose confirmée, puisqu'elle en est un accident, et qu'un non être ne peut avoir ni accidens, ni qualités. Il n'y a donc point de confirmation sans sujet subsistant par soi-même, *sine subjecto per se subsistente.*

Suarez avait dit avant lui que la confirmation suppose l'existence de l'acte confirmé; car ce qui n'est rien ne peut être confirmé : *Quod*

connaissance de cause, si l'on n'y trouve pas un indice, un signe constant qu'elle a été faite *in formâ speciali.*

Omnis confirmatio censetur facta in formâ communi et ordinariâ, nisi aliquod signum apponatur, ex quo constet factum esse in formâ speciali. Suarez, *de legibus, lib.* 8, *cap.* 18; Pirrhing, *in tit. de confirmatione util. vel inutil.*, X 2. 30.

Tel est le principe que les canonistes nous donnent unanimement comme fondamental en cette matière.

326. Mais à quel signe reconnaître que la confirmation a été faite *in formâ speciali?* Sur cela, les canonistes n'étaient pas d'accord.

C'était, suivant les plus raisonnables, lorsque les lettres contenaient la clause *ex certâ scientiâ*, ou bien *ex plenitudine potestatis*, parce que, dit fort bien Suarez, n°. 6, on doit, au premier cas, en croire le prince, qui affirme qu'il confirme en connaissance de cause, *quia cùm per tale verbum, ex certâ scientiâ, princeps affirmet se ità confirmare, illi credendum est*, et que, dans le second cas, le prince ou le souverain pontife déclare qu'il use de

---

plenitudine potestatis non potest. Nihil enim confirmari potest. La confirmation est donc, dit-il, un accessoire de l'acte de concession primordiale. Or, l'accessoire ne peut subsister, si l'acte principal n'existe pas lui-même.

Sans doute la confirmation suppose un acte de concession quelconque. Valide ou non, il n'importe. Comme le reconnaît Suarez lui-même, dans son sens propre et naturel, le mot confirmer signifie *corroborer* ce qui n'était pas valide, *confirmare quidquid infirmum erat.*

son autorité, pour faire un acte au-dessus du droit ordinaire : *Quia per hanc clausulam significat se velle pontifex operari non tantùm secundùm commune jus, sed etiam supra, vel contra ordinarium.*

Mais d'autres canonistes, ne trouvant pas cette opinion assez favorable aux souverains pontifes, enseignèrent que ces clauses, pouvant n'être que de style, ne suffisaient pas pour en conclure que la confirmation avait été faite en connaissance de cause, *in formâ speciali ;* et comme ils étaient en plus grand nombre, leur doctrine devint, comme disent les docteurs, l'opinion commune (1). Elle forma la jurisprudence de la cour de Rome et de ses tribunaux. Elle fut reçue dans la cour et dans les tribunaux de tous les princes souverains, des barons, des grands seigneurs et même des petits seigneurs de fief, qui avaient aussi leurs petites cours, leurs petites jurisdictions, leurs petits officiers.

On ne reconnut plus pour faits *in formâ speciali* que les actes de confirmation où se trouvait insérée toute la teneur des lettres de la concession primitive, parce qu'alors, étant certain que le prince a été suffisamment instruit de toute l'affaire, en donnant sa confirmation, la clause *prout, sicut providè factum est*, ne peut plus être entendue dans

(1) Quoique réellement elle fût très-injurieuse aux souverains pontifes et aux princes, puisqu'elle supposait qu'ils étaient toujours censés agir légèrement et sans connaissance de cause.

un sens conditionnel, mais dans un sens absolu ou confirmatif, et comme énonçant la cause, le motif de la confirmation : Je confirme, parce qu'il est constaté que mes prédécesseurs ont concédé. (1)

Telle était donc la doctrine des canonistes et des docteurs : Si toute la teneur du titre de la concession primitive n'est pas insérée dans l'acte de confirmation, elle ne dispense point de le représenter.

327. Cette doctrine était si généralement répandue et tellement enracinée, que personne n'eût osé la soumettre à l'examen de la raison : on n'y songeait même pas. Dumoulin la professa donc dans son Commentaire sur la Coutume de Paris ; mais il en limita expressément l'application aux confirmations ou renovations des investitures féodales, c'est-à-dire des premières concessions faites par le seigneur à son vassal, que nous appelons *inféodations*, et en Bretagne afféagemens ou féages, et il enseigna positivement que cette doctrine n'est pas applicable aux actes recognitifs ou reconnaissances faites par le vassal, ou par les débiteurs des rentes, soit féodales, soit hypothécaires ou constituées.

La nature des investitures et des confirmations

---

(1) *Si in instrumento confirmationis inseritur totus tenor prioris privilegii..... constat principem re totâ sufficienter intellectâ, suam auctoritatem adhibuisse..... et ratio est perspicua, quia quandò tenor inseritur, jam non est necessaria conditio, cum de re totâ constat, et ideò verba illa (vult prout, etc.) non possunt habere commodum sensum conditionalem, sed absolutum, seu affirmativum, seu causalem ; videlicet, confirmo hæc, quia constat mihi esse providè factum.*

ou renovations d'investitures, est, en effet, très-différente de celle des actes recognitifs. Les investitures ou les féages, dans le sens du droit féodal, étaient de véritables libéralités, des donations, faites par un supérieur à un inférieur. C'était donc un supérieur seul qui pouvait les confirmer ou les corroborer ; aussi les canonistes posent-ils en principe que la confirmation doit être faite par un supérieur légitime, et que celles que font les particuliers ne sont que des approbations qu'on ne peut appeler confirmations. *Confirmatio fieri debet per legitimum superiorem*, dit Pirrhing; *quæ à privatis fiunt, approbationes potiùs quàm confirmationes dici possunt.*

La reconnaissance, ou l'acte recognitif, est l'aveu ou la confession d'une dette, que le débiteur fait à son créancier, pour lui servir de preuve.

Or, le seigneur n'est point le débiteur de son vassal; il était son bienfaiteur. En confirmant ou corroborant la donation ou concession faite par ses prédécesseurs, il ne se rendait pas son débiteur.

Le vassal, au contraire, par l'*aveu* qu'il rendait à son seigneur, se reconnaissait son débiteur des rentes et des autres droits que le seigneur s'était réservés.

528. La nature des actes de confirmation et celle des actes recognitifs, étaient donc réellement très-différentes ; aussi Dumoulin eut grand soin de les distinguer et de ne pas les confondre, dans son

Commentaire sur le § 8 (1) de la Coutume de Paris. Il demande, n°. 84, si l'acte de la dernière renovation d'investiture prouve l'existence de l'investiture ou concession primordiale, sans qu'il soit besoin de la représenter.

Il répond affirmativement, parce que cet acte est un véritable original, et non la copie d'un autre acte.

Il en conclut qu'un acte de renovation ou de confirmation ainsi conçu : Nous concédons tel fief comme l'a concédé notre prédécesseur, *sicut prædecessor noster tale feudum concessit, ità et nos concedimus*, prouve complètement et suffisamment l'investiture ou concession originaire du fief, lors même qu'elle ne serait pas représentée.

Voilà la règle générale nettement posée.

Il l'établit, n°. 85, sur ce que ces mots, *sicut, prout, etc.*, ne forment point une condition, et ne font qu'exprimer la cause de la renovation ou confirmation, qui n'est pas conditionnelle, mais pure et efficace, quand même la cause à laquelle se rapportent ces expressions ne serait pas autrement justifiée.

Il ajoute, n°. 86, que si le vassal a accepté un pareil acte de renovation, et reconnu par là ce qui s'y trouve contenu et spécifié, cette reconnaissance fait preuve contre lui, et que s'il prétendait qu'il

---

(1) Sur le § 5 de l'ancienne Coutume.

n'est point assujéti aux droits spécifiés, et que ses prédécesseurs ne les ont jamais payés, il serait tenu de prouver l'erreur de sa reconnaissance : *Tenetur probare et docere de errore recognitionis, cui interim standum tanquàm purœ confessioni et probationi, quia præfata verba non faciunt conditionem, nec suspendunt, ut dictum est.*

A l'appui du principe que les simples reconnaissances font preuve de ce qu'elles contiennent, il cite, à son ordinaire, nombre d'auteurs, et notamment Guipape, *décis.* 272, qui assure que ce principe est suivi dans les tribunaux, et qu'il l'a vu juger ainsi plus de cent fois : *Et quòd ejusmodi recognitiones etiam simplices, probent dominium et enunciata in eis contenta comprobant. Guidop., etc.*

Dans plusieurs autres endroits de ses ouvrages, et notamment dans son Traité *de usuris*, n^os^. 208 et suiv., il enseigne que les actes recognitifs font une preuve complète de ce qui s'y trouve énoncé. Il y fait une distinction importante entre l'aveu qui résulte d'une contre-quittance (1), et celui qui résulte d'un titre recognitif donné *ad hoc*. La contre-quittance, suivant lui, même lorsqu'il n'y en a qu'une seule, lorsqu'elle contient la cause du paiement, fait preuve contre le débiteur, parce qu'elle a la force d'un aveu, et que l'aveu extrajudiciaire fait

---

(1) *Solvens expressim, ex causâ reditûs perpetui à se debiti, fatetur reditum perpetuum deberi; imò plus quàm fatetur, quia de facto solvit : itaque satis est semel ex hâc expressâ causâ solutum.*

en connaissance de cause, en présence du créancier acceptant, fait pleine foi : *Quoniam confessio causata parte presente et acceptante, etiam extra judicium, plenè probat.*

Ainsi le débiteur ne peut répéter la somme qu'il a payée, qu'en prouvant que le paiement a été fait par erreur; mais une seule contre-quittance ne suffit pas pour autoriser le créancier à agir au pétitoire, et demander la rente dans les années suivantes.

Au contraire, l'aveu formel, contenu dans un acte recognitif, contient, dit-il, l'obligation expresse, ou au moins implicite, de continuer les paiemens à l'avenir : *Respicit directò totum jus, et principaliter tendit ad obligandum in futurum; solutio autem non respicit ipsum jus, sed unum terminum elapsu, nec ullo modo tendit ad obligandum in futurum.* (1)

Il en conclut, n°. 210, que la reconnaissance principale, ou l'acte recognitif de la rente, fait *par lui-même* pleine foi du droit reconnu, même pour agir au pétitoire, parce que cette reconnaissance est réfléchie, et faite principalement pour cette fin. (2)

---

(1) Il résulte de là que si la quittance contenait la réserve de l'année courante, et les autres à leur échéance, elle ferait une preuve complète, même pour l'avenir.

(2) *Ex quo clarissimè sequuntur duo, primum quod principalis ipsa recognitio, seu confessio juris reditûs, in se plenam fidem facit inter eos*

Il ajoute que si la reconnaissance est erronée ou contient d'autres vices, celui qui l'a faite peut recourir aux moyens de droit ordinaire, parce que la reconnaissance est donnée *ad probationem conservandam, non autem aliquid de novo disponendum.*

329. Il nous paraît prouvé par ces passages, et autres qu'on pourrait citer, que Dumoulin a constamment enseigné que les actes recognitifs font une preuve complète même des énonciations qu'ils contiennent, et qu'ils dispensent de représenter le titre primordial. C'est par cette raison qu'il les oppose aux confirmations *in formâ communi*, dans son Commentaire sur le § 5, *hodiè* 8, de la Coutume de Paris, où, après avoir dit, n°. 86, que les reconnaissances, *recognitiones*, même erronées, font une preuve complète, à laquelle il faut s'en tenir, jusqu'à ce que l'erreur soit prouvée; que les reconnaissances font foi même des énonciations y contenues, *enunciata in eis contenta*, il ajoute, immédiatement après, n°. 87, qu'il en est autrement des confirmations, *secùs de confirmationibus, etc.*

Il explique ensuite, dans ce numéro et dans les suivans, la doctrine des canonistes sur les confirmations *in formâ communi*, ou *in formâ speciali :*

---

dem partes de jure confesso, etiam in petitorio, quia ad hanc finem, principaliter et deliberatè fit, et hoc principaliter et per se agitur et intenditur.

La première, *quandò non exprimitur ad longum tenor confirmati ;*

La seconde, *quandò enarrato toto tenore confirmato, confirmatur à potestatem habente*, n°. 89.

Au premier cas, l'acte de confirmation ne forme point une preuve, et ne fait point foi de la donation, du privilége ou du droit confirmé ; mais il est nécessaire de produire l'original, à moins que l'acte de confirmation ne soit soutenu par une possession légitime ;

Au second cas, il suffit de produire l'acte de confirmation, qui fait une preuve pleine et entière, *plenè probat*, quand même l'original ne serait pas produit : *Etiamsi non aliter doceatur de originali confirmato.*

Ces principes, dont Dumoulin a spécialement limité l'application aux confirmations *proprement dites*, Pothier les a, par une erreur manifeste, étendus à tous les titres recognitifs ou reconnaissances.

« Dumoulin, dit-il, distingue deux espèces de » *titres recognitifs ou reconnaissances*, celles qui » sont dans la forme *ex certâ scientiâ*, et celles » qu'on appèle *in formâ communi.* »

Pothier invoque, au soutien de cette assertion, les passages ci-dessus cités du n°. 89, qui détruisent positivement son assertion, puisqu'ils ne parlent que des confirmations que Dumoulin oppose aux reconnaissances; mais Pothier invoque de plus ce passage du n°. 88 : *Hoc tantùm interest inter co-*

firmationem ex formâ communi, et confirmationem ex certâ scientiâ, propriè loquendo (1) *quòd illa tanquàm conditionalis et præsuppositiva, non probat confirmationem, hæc tanquàm pura et certa fidem de eo facit, non tamen illud in aliquo auget et extendit, etc.*

Il est évident que Dumoulin ne parle ici que des confirmations proprement dites, et non des reconnaissances en général, dont la nature est toute différente, comme nous l'avons dit.

330. Pothier l'a lui-même senti; car il ajoute : « Et ailleurs, § 18, glos. 1, n°. 19, il (Dumoulin) » dit *en général* des reconnaissances, que *non in-* » *terponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed* » *solum animo recognoscendi : undè simplex titulus* » *novus* (un titre nouvel) *non est dispositorius.* »

Oui, sans doute, Dumoulin dit cela; mais de ce que le titre nouvel n'emporte point de novation, *non interponitur animo faciendæ novæ obligationis*, s'ensuit-il qu'il ne forme pas une preuve par lui-même, si l'original n'est pas produit? Non, certes, et Dumoulin le dit positivement dans le passage tronqué, cité par Pothier; car, immédiatement après ces mots, *titulus novus non est dispositorius*, où s'arrête la citation, il ajoute : *Sed declaratorius,* SEU PROBATORIUS..... ., *nec aliquid de novo inducit, circa substantiam obligationis, sed benè circa quæ-*

---

(1) Pothier, dans sa citation, supptime ces mots : *Propriè loquendo.*

dam extrinseca et accidentalia, videlicet CIRCA PROBATIONEM, *et vim executivam* (la force exécutoire); *et sic hujusmodi titulus duo tantùm operatur : primò,* CONFESSIONEM ET PROBATIONEM RECOGNOSCENTIS; *secundò, vim guarentigiam.*

Il reste donc démontré que Dumoulin a constamment enseigné que les actes recognitifs font pleine foi par eux-mêmes; qu'il n'a point appliqué à ces actes les faux principes des canonistes sur les actes de confirmation, dont la nature est toute différente. C'est évidemment à tort que Pothier lui a prêté une opinion contraire.

331. Revenons à notre art. 1337. Il est contraire au principe de raison, écrit dans le droit romain, que celui qui a fait librement un aveu doit s'y tenir, et que sa reconnaissance fait pleine foi contre lui, à moins qu'il ne démontre, par les preuves les plus évidentes, que son aveu a été fait par erreur.

Il est en opposition directe avec l'art. 695, qui dit positivement que le titre recognitif *remplace* le titre primordial;

Avec l'art. 1320, qui porte que l'acte authentique ou sous seing privé fait foi contre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.

Il est contraire à l'opinion de Dumoulin, seule autorité sur laquelle Pothier fondait la disposition que le titre recognitif ne dispense pas de la représentation du titre primordial.

Cet article n'est donc fondé que sur une erreur désormais démontrée.

332. Il choque tellement la raison et les principes universellement reçus en jurisprudence, que les auteurs les plus célèbres, qui ont écrit depuis la promulgation du Code, se sont de concert élevés contre ses dispositions.

M. Maleville, membre de la commission chargée de la rédaction du projet du Code, pense que les principes sur lesquels est fondé l'art. 1337 pouvaient être utiles à l'égard des fiefs, mais qu'ils n'ont pas le même caractère de justice à l'égard des autres créances, parce que, dit-il fort bien, une reconnaissance est un aveu. Or *non est major probatio quàm confessio partis.* Qu'ai-je besoin de plus d'un aveu du débiteur pour établir ma créance?

Il ajoute que si l'acte recognitif contient, par erreur, quelque chose de plus que le titre primordial, c'est au débiteur de le prouver par la représentation du titre.

333. M. Delvincourt, tom. II, pag. 831, sur ces mots, *ne dispensent pas le créancier de rapporter le titre* primordial, dit aussi que cette disposition, copiée dans Dumoulin et dans Pothier, pouvait être utile en matière féodale, et lorsqu'il s'agissait de concessions de fief; mais qu'on ne voit pas comment une simple reconnaissance, qui n'est pas autre chose qu'un aveu écrit, ne ferait pas pleine foi, etc. Il propose ensuite un moyen de

concilier l'art. 1337 avec *les véritables principes.* Il pense qu'il faut distinguer entre les personnes auxquelles l'acte recognitif est opposé, et que la reconnaissance, de quelque manière qu'elle soit rédigée, fait foi contre celui de qui elle émane et contre ses héritiers, parce que c'est réellement un aveu par écrit ; mais qu'elle ne fait foi, à l'égard des tiers, que lorsqu'elle réunit les conditions exigées par l'art. 1337. Ainsi, un créancier, dit-il, a une hypothèque qui remonte à 1780 ; le bien hypothéqué est vendu ; le premier créancier produit seulement un titre recognitif : fera-t-il foi à l'égard du second créancier? Oui, si la teneur du titre primordial y est spécialement relatée ; *secùs*, dans le cas contraire.

Il nous paraît impossible d'admettre ce moyen de conciliation, évidemment contraire au texte de l'art. 1337, dont la disposition finale porte que, s'il y a plusieurs reconnaissances soutenues de la possession, « *le créancier* pourrait être dispensé de re» présenter le titre primordial. » C'est donc aux parties que s'applique la disposition qui porte que les actes recognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial.

334. Mais enfin, puisque l'erreur sur laquelle est fondée cette disposition est découverte, puisque l'injustice en est reconnue, puisqu'elle est contraire à d'autres articles du Code, conformes à l'équité et à la raison, il faut bien, pour l'en rapprocher, et mettre le Code d'accord avec lui-même,

avoir recours à l'interprétation. La plus régulière serait sans doute l'interprétation par voie d'autorité; mais c'est aussi la plus lente. En attendant, il est nécessaire de la préparer et même de la suppléer par l'interprétation doctrinale des jurisconsultes, et sur-tout des Cours souveraines. Il nous semble qu'on pourrait tout concilier, en fixant le sens des mots, « à moins que *la teneur du titre n'y* » *soit spécialement relatée.* »

Il est très-vraisemblable, il paraît même certain que, dans l'esprit des auteurs du Code, qui avaient sous les yeux Pothier qu'ils ont copié, et les passages de Dumoulin qui l'ont induit en erreur, les mots, *la teneur spécialement relatée*, se rapportent à la confirmation *spéciale* des canonistes, pour laquelle il fallait la relation *ad longum* de toute la teneur du titre : *Inserto toto tenore tituli;* mais le sens de ces mots n'est point assez précis pour empêcher de les interpréter de manière à les concilier avec la raison, avec les principes consacrés par plusieurs articles du Code qu'il faut accorder.

Or, la teneur spéciale du titre primordial n'est-elle pas suffisamment référée, lorsque l'acte recognitif énonce la nature, le montant de la dette, l'époque et la date du titre primitif? C'est en cela que consiste toute la substance de ce titre. Supposons que Caïus ait reconnu me devoir une rente perpétuelle de 1,000^{f}, payable le 1er. janvier de chaque année, en vertu de l'acte de constitution, consenti par son père le 1er. janvier de telle année. L'arrêt

qui jugerait que cet acte prouve suffisamment et par lui-même l'existence de la rente, sans la représentation du titre constitutif, pourrait-il être censuré? Nous ne le pensons pas. Le titre primordial y est spécialement référé; sa teneur l'est également, puisque la substance de ce titre est la constitution de la rente annuelle. Qu'exiger de plus? Copie littérale de ce titre? Elle est inutile, et le texte de l'art. 1337 ne l'exige pas. L'exiger, ce serait donc ajouter à son texte : or, cette addition excède les pouvoirs des Cours.

On pourrait donc dire qu'il y aurait excès de pouvoir, si, faute de cette copie littérale, les juges déclaraient l'acte recognitif insuffisant pour faire preuve, sans la représentation du titre primitif. Un arrêt de cette espèce serait donc exposé à la censure.

Il serait même infailliblement cassé, s'il s'agissait d'un acte recognitif antérieur à la promulgation du Code civil; car, ainsi que nous l'avons remarqué n°. 313, la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 vendémiaire an XIII, a déclaré que l'art. 1337 est de droit nouveau, et qu'avant le Code civil, il n'existait aucune loi qui décidât qu'une seule reconnaissance ne suffisait pas pour établir la preuve d'une rente, et nous avons vu que Dumoulin même pensait le contraire. Or, si cette reconnaissance, quoique ne contenant point la copie du titre primordial, suffisait pour faire preuve, sous l'ancienne législation française, le

Code n'a pu lui ôter sa force probatoire, parce qu'il n'a point d'effet rétroactif.

535. Nous finirons par examiner une question très-controversée, avant le Code civil, l'indivisibilité des aveux. Il paraît que le droit romain n'admettait pas cette indivisibilité, lorsqu'il n'y avait pas de connexité entre les faits reconnus dans l'aveu. C'est ce qui résulte de la loi 26, § 2, *ff depositi*, 16. 3 (1), où il s'agit d'une lettre dans laquelle Titius reconnaît avoir reçu en dépôt, des frères Sempronius, dix livres d'or, plus ou moins, deux plats et un sac cacheté; sur quoi, ajoute-t-il, vous me devez dix livres que vous avez déposées chez Titius, dix livres déposées chez Trophime, et dix livres du compte de votre père, *ex ratione patris tui*.

On demande au jurisconsulte Paul si cette lettre forme quelque obligation. Il répond que non; mais il ajoute qu'elle forme la preuve du dépôt fait par les Sempronius. Quant à la question de savoir si cette même lettre forme, en faveur de Titius, une

---

(1) Voici le texte de cette loi :

Titius Semproniis salutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum; ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis; item quos Trophimate decem; item ex ratione patris vestri decem: quæro, an ex ejusmodi scriptură aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epistulâ, de quâ quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem rerum depositarum impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eâdem epistulâ decem, probare possit hoc, quod scripsit, judicem æstimaturum.

preuve de ce qu'il y a ajouté en sa faveur, par cela seul qu'il l'a écrit, Paul répond que c'est au juge de l'examiner, *judicem æstimaturum.*

Ainsi, des deux questions que faisait naître la lettre de Titius, la première est, sans balancer, résolue affirmativement; la lettre fait-preuve du dépôt contre Titius. Quant à la seconde question, fait-elle également preuve en sa faveur?... Elle est renvoyée à la prudence du juge : donc la législation romaine n'avait point établi la règle de l'indivisibilité des aveux, parce qu'en effet, les circonstances seules peuvent décider s'ils sont ou non divisibles.

Si la lettre avait été écrite au moment même du dépôt, et pour servir de titre aux Sempronius, il est clair qu'en y laissant insérer la mention des sommes dont Titius se prétendait créancier, ils reconnaissaient tacitement ses prétentions; autrement ils pouvaient, ils devaient refuser la lettre, et ne pas choisir Titius pour dépositaire.

Mais si, comme c'est assez l'ordinaire, le dépôt avait été fait d'abord de confiance, et sans écrit, et que Titius, abusant de cette circonstance pour se créer un titre, eût écrit la lettre citée aux Sempronius, qui n'étaient plus libres de la refuser sans rester dénués de toute espèce de preuve contre un homme que sa conduite rendait suspect, n'eût-il pas été d'une souveraine injustice de contraindre les Sempronius à reconnaître pour titre un écrit insidieux, qu'il n'avait pas été en leur pouvoir de

refuser, sans rester dénués de toute espèce de preuve de leur dépôt?

Dans l'ignorance des circonstances, que pouvait répondre de mieux la loi? Renvoyer à la prudence du juge, *judicem æstimaturum.*

336. Les plus judicieux interprètes du droit romain n'ont point également admis la règle absolue de l'indivisibilité de la confession ou de l'aveu. On peut voir, sur ce point, l'exacte et savante dissertation de M. Merlin, dans ses Questions de droit, v°. *Confession*, § 2, où il examine la maxime qu'en matière civile, on ne peut diviser l'aveu judiciaire. On y verra les sages réflexions de Voët sur ce point. On y verra encore que nos plus savans auteurs français étaient divisés; que l'indivisibilité était combattue par les uns, soutenue par le plus grand nombre; mais que ceux-là même qui la soutenaient convenaient qu'elle souffrait des exceptions, et que l'aveu pouvait incontestablement être, suivant les circonstances, divisé dans les quatre cas suivans :

1°. Lorsqu'il portait sur des faits, même connexes, qui ne se référaient pas à une seule et même époque, et ne formaient pas, par conséquent, ce que les jurisconsultes appèlent un acte continu. Tel était l'avis de Voët, de Zoesius, etc. A plus forte raison, si les faits étaient séparés et non connexes, comme dans la loi ci-dessus citée.

2°. Lorsque l'article contesté de l'aveu se trouvait combattu par sa propre invraisemblance, ou

par une présomption de droit. C'était encore l'avis de Voët, celui de Henrys, tom. III, pag. 180, et tom. IV, 6°. quest. posth., et des nouveaux éditeurs de Dénisart.

3°. Lorsque la partie qui avait fait l'aveu avait contre elle des indices de dol, de fraude ou de simulation. Des arrêts des 1er. août 1630, 3 août 1678, 1er. septembre 1730, et 7 septembre 1778, l'avaient ainsi jugé. *Voy.* Bardet, le nouveau Dénisart et Merlin, *loco citato*, pag. 584.

4°. Lorsqu'il existait, contre cette même partie, des commencemens de preuve. C'était l'avis de Henrys.

Tel était donc l'état de la jurisprudence avant la promulgation du Code. Le droit romain, ses interprètes, la jurisprudence des arrêts, l'opinion des auteurs français, n'admettaient point la règle absolue de l'indivisibilité de la confession sans beaucoup d'exceptions. En un mot, aucune loi n'avait interdit la division de l'aveu judiciaire (1). L'indivisibilité de l'aveu était regardée comme une règle soumise à des exceptions livrées à la prudence des juges. Pothier, n°. 799, énonça simplement la règle sans parler des exceptions. Le Code l'énonça de la même manière dans l'art. 1356.

337. « L'aveu judiciaire est la déclaration que

(1) En sorte qu'aujourd'hui même, un arrêt antérieur à la promulgation du Code ne pourrait être cassé pour avoir divisé l'aveu. *Voy.* Merlin, Questions de droit, tom. VI, pag. 196 et 201.

» fait en justice la partie, ou son fondé de pouvoirs » spécial.... Il ne peut être divisé contre lui. »

Il est certain que, par cette disposition, l'indivisibilité de l'aveu judiciaire est érigée en loi ; mais faut-il en conclure que cette règle générale soit tellement rigide, qu'il ne soit plus aujourd'hui permis aux tribunaux d'admettre aucune des exceptions que peut exiger l'équité ?

338. Cette conséquence paraît dure. Les rédacteurs du projet de Code présentèrent un titre préliminaire, dans lequel ils proposaient d'ériger en loi le brocard trivial, que « les exceptions qui ne » sont point dans la loi ne doivent pas être sup- » pléées. »

Mais ce titre, qui d'ailleurs contenait d'excellentes choses, fut rejeté précisément parce qu'il contenait des règles trop générales ; règles toujours dangereuses et sujettes à des exceptions.

Il est donc certain que le brocard dont nous venons de parler n'a point été érigé en loi ; et dès lors un jugement ne pourrait être cassé, uniquement parce qu'il aurait admis à l'indivisibilité de l'aveu judiciaire une exception suggérée par l'équité et par les circonstances, quoique non contenue dans la loi ; car il ne ferait que décider que la disposition de l'art. 1356 n'est pas applicable à tel cas particulier ; il n'y aurait donc point de loi violée.

Ajoutons que si l'art. 1356 n'a point indiqué d'exceptions au principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, l'observation nous apprend que les lois,

qui ne peuvent tout prévoir, ont nécessairement besoin d'interprétation, et même d'interprétation conjecturale, c'est-à-dire tirée d'ailleurs que des termes de la loi. Cette interprétation, suivant les auteurs qui ont écrit sur ces matières, est de deux sortes, extensive ou restrictive.

Extensive, quand on applique la disposition de la loi à un cas qui ne paraît pas compris dans ses termes précis;

Restrictive, quand on excepte de son application un cas qui paraissait compris dans la généralité de ses expressions.

Mais quelque générales que soient ces expressions, on ne saurait présumer que le législateur ait voulu que l'application de la loi entraînât une injustice ou une absurdité : d'où l'on a conclu, avec raison, ce nous semble, que lorsqu'il se rencontre des cas tels, que l'application de la loi opérerait une injustice ou une absurdité, ils sont naturellement présumés être exceptés, par la volonté présumée du législateur. Ils forment des exceptions tacites (1). Il y a des choses qui s'exceptent naturellement et d'elles-mêmes, encore qu'on ne voie rien dans les termes de la loi qui insinue cette restriction, dit fort bien Quintilien (2).

---

(1) *Voy.* Grotius, *de jure pacis et belli, lib.* 2, *cap.* 16, § 22 *et seq.* Heineccius, *Prælect. in Grotium, ibid.*

(2) Declam. 315.

Quædam etiam si nullâ significatione legis comprehensa sunt, naturâ tamen excipiuntur.

339. L'art. 1356 du Code porte que *l'aveu* judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. Mais s'il a été interrogé sur plusieurs faits, il a fait aussi plusieurs aveux ou dénégations; car il en est des aveux comme des stipulations : il y a autant de stipulations que de choses : *Tot sunt stipulationes quot corpora. Loi* 1, § 5, *ff de V. O.* De même, autant d'articles différens, autant d'aveux ou de dénégations. Or, le Code dit-il que toutes les réponses, s'il y a plusieurs faits différens, ne peuvent être divisées, contre la doctrine de Voët, Zoesius, Henrys, etc. ?

Remarquons encore que le Code dit bien que l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait; mais le Code ne dit pas que tous les faits étrangers que l'avouant a insérés dans son aveu formeront une preuve en sa faveur, par cela seul qu'il lui aura plu de les y insérer. Sans doute, il est juste et naturel de ne pas séparer l'aveu de la dette de celui du paiement; c'est le véritable cas de l'indivisibilité de l'aveu : car si vous n'avez d'autre preuve de votre créance que mon aveu, s'il n'en existait pas d'autre, il est juste de m'en croire, lorsque j'affirme avoir payé; car, n'existant point de titre contre moi, je n'ai pas dû songer à me faire donner une quittance parfaitement inutile.

Mais si, comme dans la loi 26, *ff depositi*, 16. 1, Titius, en écrivant aux Sempronius, pour recon-

naître le dépôt qu'ils lui ont confié, ajoute à cette reconnaissance, et pour se faire un titre à lui-même, qu'ils lui doivent différentes sommes, on ne peut appliquer à cette espèce l'indivisibilité de l'aveu. Cette addition n'est point un aveu; c'est une allégation qui, n'étant point acceptée ni reconnue par les Sempronius, ne peut former une obligation contre eux, dit fort bien le jurisconsulte Paul. *Respondi obligationem nullam natam videri.* Cela est évident. Mais cette addition forme-t-elle du moins une preuve de la créance alléguée par Titius? C'est, dit encore Paul, ce que le juge seul peut décider, *judicem æstimaturum*, parce qu'en effet, les circonstances seules peuvent éclairer sur ce point. *Voy. suprà*, n°. 335.

Le Code ne nous paraît avoir rien changé à cette décision sage et raisonnable; car, en disant que l'on ne peut diviser l'aveu *contre* celui qui l'a fait, il ne dit point, et n'a pu même dire, sans injustice, que tout ce que l'avouant pourra ajouter à son aveu demeurera prouvé en sa faveur.

340. Il nous reste à examiner s'il faut appliquer à l'aveu extrajudiciaire le principe de l'indivisibilité, appliqué par le Code à l'aveu judiciaire.

Nous ne saurions le penser. Ce n'est point parce que le Code, ne parlant que de l'aveu judiciaire, semble exclure l'aveu extrajudiciaire : cette raison serait faible et insuffisante. Il existe peu de raisonnemens plus vicieux que l'argument trivial, *qui dicit de uno, negat de altero;* et si le principe de

l'indivisibilité de l'aveu, pris dans sa généralité, était fondé sur la nature des choses, nous ne balancerions point à l'étendre à l'aveu extrajudiciaire.

Mais nous pensons, avec les lois romaines, que cela doit dépendre des circonstances, et doit être, par conséquent, abandonné à la prudence des tribunaux, comme dans l'ancienne jurisprudence; car il n'existait alors aucune loi qui défendît de diviser l'aveu. C'est un point qui n'est pas contesté.

Le Code a consacré le principe de l'indivisibilité, à l'égard de l'aveu judiciaire, sauf toutefois les exceptions, comme nous l'avons dit. Il a gardé le silence sur l'indivisibilité de l'aveu extrajudiciaire; et si l'on ne peut de son silence conclure rigoureusement qu'il autorise la divisibilité, on peut au moins en conclure qu'il ne la défend pas. On peut, il est vrai, on doit même souvent appliquer, par analogie, le principe de l'indivisibilité à l'aveu extrajudiciaire; mais enfin aucune loi ne l'ordonne, et par conséquent le juge demeure libre. En divisant l'aveu extrajudiciaire, il ne violerait aucune loi.

Un arrêt de la Cour royale d'Orléans, du 7 mars 1818, a jugé, en faveur des héritiers de la dame Barbot, contre son mari, que l'aveu extrajudiciaire était divisible, sur le fondement qu'il n'y a que l'aveu judiciaire qui soit déclaré indivisible par l'article 1356 du Code (1).

---

(1) Remarquons ici qu'un arrêt du 30 avril 1821 a décidé qu'un

341. M: Merlin, qui rapporte cet arrêt en traitant la question qui nous occupe (1), observe que la *section de l'aveu de la partie* ne parle que de l'aveu verbal, et que l'aveu écrit rentre dans la classe des preuves littérales.

Or, dit-il, les art. 1319 et 1322, portant que les actes authentiques ou sous seings privés font pleine foi entre ceux *qui les ont signés*, même des énon-

---

aveu extrajudiciaire, mais répété en justice, prend le caractère d'aveu judiciaire, et ne peut être divisé sans violer l'art. 1356.

Voici l'espèce :

Huré père, pour s'acquitter envers le sieur Gourrand, passa à son ordre un billet de 15,000 fr., souscrit par Vaulthier. Cet ordre rendait Gourraud propriétaire du billet ; mais celui-ci donna à Huré une déclaration écrite par laquelle il reconnut lui redevoir 1,500 fr. sur le billet.

En 1816, Huré fils demanda à Gourraud 9,008 fr. qu'il prétendait redus par Gourraud à son père, qui n'avait confié à ce dernier que le recouvrement du billet, et pour prouver que Gourraud n'était pas propriétaire du billet, il invoquait la déclaration par laquelle Gourraud reconnaissait devoir 1,500 fr. sur le billet.

Gourraud persista dans cette reconnaissance, qu'il répéta dans le cours de l'instruction, en ajoutant qu'elle ne pouvait être divisée.

Le Conseil supérieur de la Guadeloupe avait décidé le contraire ; mais son jugement fut cassé par arrêt du 30 avril 1821, par le motif « *que la déclaration a pris le caractère de l'aveu judiciaire*, lorsque le » sieur Gourraud, en s'en appuyant, en a fait l'unique base de sa dé- » fense, et n'a cessé d'opposer qu'elle devait faire foi de son contenu, » et qu'elle ne pouvait être divisée contre lui ». Sirey, tom. XXII, pag. 54.

On peut, ce semble, induire de cet arrêt que si la reconnaissance n'eût pas pris le caractère de l'aveu judiciaire, la division de l'aveu n'eût pas été une violation de l'art. 1356, et que, par conséquent, il n'y eût pas eu ouverture à cassation.

(1) Questions de droit, v.° *Confession*, tom. I, §§ 3 et 4.

ciations qu'ils contiennent, il en conclut qu'il faut prendre ces actes dans leur parfaite intégrité, sans quoi ils ne feraient pas pleine foi : ils ne feraient foi qu'à demi, si l'on pouvait les diviser, pour n'en adopter qu'une partie et rejeter l'autre.

Ce raisonnement est parfaitement exact à l'égard des écrits signés des deux parties ; mais il est sans force à l'égard des écrits qui ne sont signés que de l'une d'elles, comme les lettres missives ; et c'est le cas dont il parle dans son § 4. Or, lorsque Titius, dans l'exemple tiré de la loi 26, § 2, *ff depositi*, en écrivant aux Sempronius qu'il reconnaît le dépôt qu'ils lui ont confié, ajoute, pour se former un titre, qu'ils lui doivent 10,000[f] du chef de leur père, *ex ratione patris*, cette addition n'est pas signée des Sempronius : elle ne peut donc pas faire pleine foi contre eux, en vertu des art. 1319 et 1322.

Nous persistons donc à penser que, même sous l'empire du Code, la décision de la loi romaine doit être suivie : *Judicem æstimaturum.*

SECTION V.

Du Serment.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

342. *Transition.*

343. *Nature, définition et analyse du serment.*

344. *C'est dans l'imprécation que consiste la force et l'essence du serment.*

345. *Il est établi comme précaution contre l'inconstance et l'infidélité des hommes.*

346. *Le lien du serment est nul pour ceux qui sont sans religion ; mais il peut raffermir les gens religieux et faibles.*

347. *On a, mal à propos peut-être, retranché du serment la formule d'imprécation, qui n'y est plus que sous-entendue. Les juges peuvent et doivent la rappeler.*

348. *Erreur de Grotius, qui a cru que le serment renferme une promesse à Dieu.*

349. *Deux espèces de sermens, le promissoire et l'affirmatif.*

350. *Le serment affirmatif est aussi considéré comme tenant lieu de preuve.*

351. *Etendue donnée au serment promissoire, pour étendre la jurisdiction des juges d'église.*

352. *Le serment promissoire est un accessoire de l'engagement, qui n'y ajoute aucune force nouvelle, dans le for extérieur.*

353. *La disposition du droit romain qui validait, par le serment, les obligations des mineurs, n'était pas reçue en France.*

354. *Les fonctionnaires publics, même les pairs, ne peuvent commencer l'exercice de leurs fonctions avant la prestation du serment promissoire qu'ils doivent prêter. C'est cette prestation qui achève de leur conférer le caractère d'hommes publics.*

355. *Tout acte d'autorité publique qu'ils feraient auparavant est nul.*

356. *Devant qui les membres de l'autorité judiciaire doivent prêter serment.*

357. *En changeant de fonctions ou de territoire, les fonctionnaires doivent prêter un nouveau serment.*

358. *Serment des interprètes, des jurés, des experts. Peine contre les témoins qui refusent de le prêter.*

359. *Le serment affirmatif est judiciaire ou extrajudiciaire.*

360. *On n'est point obligé de prêter ni de référer le serment extrajudiciaire déféré sans convention.*

361. *S'il est déféré en vertu d'une convention, on ne peut ni se dispenser de le prêter, ni le référer.*

362. *C'est alors une véritable transaction conditionnelle.*

363. *Le serment déféré en bureau de paix en offre un exemple. Développement.*

364. *Deux espèces de serment judiciaire, le décisoire, le supplétif.*

342. **Après l'aveu de la partie, le Code passe au serment, considéré comme un genre de preuve.** C'est sous ce seul point de vue qu'il forme une section du chapitre *de la preuve des obligations et de celle du paiement.*

Avant d'entrer dans le détail des règles relatives à ce genre de preuve, il faut expliquer la nature du serment.

343. Le serment est un acte religieux, où celui

qui jure invoque Dieu, non seulement pour témoin de la vérité d'un fait, ou de la sincérité d'une promesse, mais encore pour vengeur de l'imposture ou de la foi violée, en un mot, du parjure.

Ainsi, deux choses à distinguer dans le serment:

1°. L'invocation, par laquelle on prend à témoin le Dieu de vérité, qui sait tout;

2°. L'imprécation, par laquelle on le prie, comme juste et tout-puissant, de venger sur nous le parjure.

Ces deux choses, en effet très-distinctes, ont porté Saint-Thomas, et après lui plusieurs canonistes célèbres (1), à distinguer deux espèces de sermens: le simple, qui se fait par la seule invocation de Dieu, pour témoin de la vérité de ce qu'on affirme ou de ce qu'on promet; et celui où l'on ajoute l'imprécation expresse ou tacite, par laquelle on provoque la vengeance divine contre le parjure.

344. Mais les plus graves auteurs (2) soutiennent, au contraire, par les raisons les plus fortes, que la simple invocation de Dieu, comme témoin de la vérité, ne constitue point un serment proprement dit. Il est du moins certain que c'est dans l'imprécation que consiste principalement la force

---

(1) Tels que Suarez, *lib.* 1, *de jur.*, *cap.* 13, *n.os* 2 *et* 28. Pirrhing, *in tit. X de jurejurand.*, *n.°* 18, *etc.*

(2) *Voy.* Boëhmer, *Jus ecclesiast. protest.*, *lib.* 2, *tit.* 24, *n.os* 5 *et sequent.*

du serment. Elle en est la sanction : aussi était-elle toujours explicitement contenue dans les anciennes formules de serment, comme on peut le voir dans la formule du serment prescrit pour les juges à la fin de la Novelle 8.

C'est aussi dans l'imprécation que nos auteurs français font consister l'essence du serment. Pothier, n°. 103, dit que le « serment est un acte religieux par lequel une personne déclare qu'elle » se soumet à la vengeance de Dieu, ou renonce à » sa miséricorde, si elle n'accomplit pas ce qu'elle » a promis. C'est, ajoute-t-il, ce qui résulte de ces » formules : *Ainsi Dieu me soit en garde* ou *en aîde;* » *je veux que Dieu me punisse, si je manque à ma* » *parole.* »

Domat enseigne aussi que l'imprécation par laquelle on prend Dieu pour vengeur du parjure, est de l'essence du serment.

Il paraît même que c'est par cette raison que toutes les nations, comme de concert, ont considéré le serment comme une sûreté, et l'ont employé pour affermir un engagement, ou pour confirmer un témoignage ou une déclaration sur la vérité d'un fait. Cette sûreté consiste dans la confiance qu'on peut avoir que celui qui jure ne violera pas un devoir où il prend Dieu pour témoin de sa fidélité, et pour vengeur de son parjure.

345. Le serment est donc un acte accessoire, établi comme une précaution contre l'inconstance et l'infidélité des hommes, et pour suppléer, par

la crainte de la vengeance divine, aux autres assurances que celui de qui on exige le serment ne peut donner, ou qu'il ne serait pas juste d'exiger de lui.

Ainsi, on ne peut prendre d'un témoin d'autre sûreté de sa bonne foi que celle que peut donner son serment, et la crainte qu'on doit lui supposer de commettre un parjure qui attirerait sur lui la vengeance divine.

Ainsi, il ne serait ni juste ni honnête d'exiger d'un magistrat qu'il donnât caution de remplir fidèlement ses fonctions, ni d'autre sûreté que son serment.

346. Le lien du serment n'existe donc réellement qu'à l'égard de ceux qui croient sincèrement en un Dieu rémunérateur et vengeur. Une longue et bien triste expérience a prouvé qu'en des tems où la dépravation des mœurs et des doctrines est extrême, où les croyances religieuses sont infiniment affaiblies ou nulles dans la plupart des individus de tous les rangs, le lien sacré du serment n'est plus une sûreté contre les infidélités et les parjures. C'est alors le caractère moral de l'homme qui donne du poids à son serment, et non le serment qui donne du poids à la parole de l'homme: *Dat fidem vir jurejurando, non jusjurandum viro* (1).

Cependant il reste encore bon nombre d'hommes religieux, mais faibles, qu'il est utile d'affermir

(1) Æschilus, *apud Stobæum.*

par la religion du serment. De là ces solennités, établies pour frapper les sens et l'imagination, dont les anciens entouraient le serment ; de là, chez les chrétiens, les sermens prêtés sur l'autel, sur les saints évangiles, etc. ; de là ces formules effrayantes d'imprécation (1), dont on trouve un exemple, comme nous l'avons déjà remarqué, dans la Novelle 8 de Justinien, *in fine*.

347. Dans la suite, on retrancha de la formule du serment l'imprécation, qui néanmoins y est toujours sous-entendue implicitement, en quelques termes que le serment soit prêté. La formule en est aujourd'hui réduite aux seuls mots *je le jure*, prononcés à l'audience.

Peut-être est-ce une faute, dans une législation où l'on emploie le serment comme un critère de vérité, d'avoir retranché de la formule l'imprécation explicite. D'après la doctrine des jésuites Suarez et Pirrhing, les mots *je le jure*, employés seuls, peuvent paraître équivoques et prêter aux interprétations et aux réserves mentales, si l'on n'y ajoute pas l'imprécation explicite. Certaines personnes peuvent arranger leur conscience de manière à ne pas croire faire un parjure, mais seulement un mensonge, en prenant Dieu à témoin, sans l'invoquer pour vengeur. On trouvera des casuistes qui enseignent cette doctrine. Il n'est pas bon de

(1) Boehmer, *ubi supra*, n.° 14, et les auteurs qu'il cite.

laisser lieu à l'interprétation du serment. Le Code de procédure, pour le canton de Genève, dont nous avons déjà parlé, a donc eu raison de rétablir l'imprécation. Il exige, art. 134, que les saintes écritures soient ouvertes devant la partie qui s'apprête à jurer, et qu'après qu'elle aura prononcé *je le jure*, le président lui rappèle l'imprécation contenue dans ces mots, en ajoutant : *Que Dieu, témoin de votre serment, vous punisse si vous êtes parjure.*

Si l'imprécation était explicitement et solennellement rétablie dans la formule de notre serment, peut-être verrions-nous plus rarement des personnes, respectables par le rang qu'elles tiennent, déguiser la vérité, et la trahir de dessein prémédité par des mensonges ou par des réticences honteuses, souvent pour les motifs les plus frivoles, tels que la crainte de voir la flétrissure du criminel rejaillir sur une famille de leur société.

348. Grotius (1) a pensé que le serment renferme un vœu ou une promesse faite à Dieu même. Il en conclut que le serment arraché par crainte ou par violence, *vi et metu*, n'en est pas moins obligatoire (2), parce que, si celui qui l'a extorqué par des voies condamnables n'a pas le droit

---

(1) *De J. B. et P., lib. 2, cap. 13, n.os 14 et seq.*

(2) Sur cette question, *voy.* Pothier, n.° 108 : mais ce qu'il dit n'a de rapport qu'au for intérieur. *Voy.* aussi le Répertoire, v.° *Convention*, § 8, où la question est bien traitée.

d'en exiger l'accomplissement, c'est à Dieu que l'on a affaire : *Etsi enim personæ jus deficiat, cum Deo tamen negotium est quâ de causâ juramentum voti nomine nuncupatur.*

Cette doctrine, contraire à celle de Saint-Thomas et des canonistes (1), est d'une fausseté palpable. Le vœu est une simple promesse faite à Dieu, *simplex promissio.* Il peut être accompagné du serment ; il est alors ce que les docteurs appèlent *votum juratum* ; mais le vœu n'est pas contenu dans le serment, qui est un accessoire au vœu, comme il est un accessoire à une promesse ou à une convention, qu'on appèle alors *pactum juratum.* Le vœu est donc très-réellement distinct du serment, qui peut l'accompagner ou ne pas l'accompagner; mais il n'est point contenu dans le serment. Celui qui prend Dieu pour témoin et pour vengeur du parjure n'a pas l'intention de faire une promesse à Dieu, mais à la personne qui exige pour sûreté son serment accessoire. Écartons donc sans retour une doctrine qui confond des notions entièrement distinctes, et qui transforme en vœu le serment, qui ne peut être que l'accessoire du vœu ou de la promesse faite aux hommes.

349. L'usage que l'on fait du serment en forme comme deux espèces : la première, quand il est employé pour affermir un engagement ou une pro-

(1) Suarez, *lib.* 1, *de jur.*, *cap.* 8, *n.os* 5 *et* 6. Pirrhing, *in X de jurejurando*, *n.o* 13, *in fine.*

messé, comme une sûreté, comme une garantie de son accomplissement. C'est le serment que les docteurs appèlent promissoire, *juramentum promissorium.* Ce serment se rapporte donc à un tems futur : je jure que je ferai ou ne ferai pas telle chose. Remarquons cependant que ce serment renferme implicitement l'affirmation d'un fait présent, savoir : que celui qui jure a présentement la volonté, et qu'il est dans la ferme résolution de faire ce qu'il promet. Autrement, son serment serait un mensonge et un parjure.

Ce serment rentre donc, en ce point, dans la seconde espèce de serment, celui qu'on emploie ou qu'on exige pour garantir la sincérité de l'affirmation ou de la négation d'un fait présent ou passé. Je jure que j'ai payé les 500^{f} que je devais à Titius. Les docteurs appèlent ce serment affirmatif, *juramentum assertorium.*

Il ne peut être employé que pour affirmer un fait présent ou passé; car, comme nous ne pouvons avoir de certitude sur l'événement des choses contingentes, il y aurait de la témérité à jurer qu'elles arriveront ou qu'elles n'arriveront pas. Ce serment se réduirait nécessairement à dire que l'on croit qu'elles arriveront.

350. Mais le serment affirmatif, déféré à une partie, quoiqu'il doive avoir à son égard l'effet d'affermir son engagement de dire la vérité, est, sous un autre point de vue, considéré comme tenant lieu d'une preuve, qui fait qu'on tient pour véritable

le fait sur lequel la partie a juré; et c'est sous ce point de vue que cette sorte de serment forme une section du chapitre des preuves, dont les règles sont expliquées dans la présente section. Avant de les développer, il faut faire quelques remarques, relativement au serment promissoire, sur lequel nous n'aurons plus occasion de revenir.

Du Serment promissoire.

351. Les prétentions ultramontaines avaient autrefois, nous dit Pothier, n°. 104, rendu bien commun l'usage du serment promissoire dans tous les contrats. Les papes prétendaient que la connaissance de toutes les contestations, sur l'exécution des contrats qui étaient confirmés par serment, appartenait aux juges d'église, parce que le serment étant un acte religieux, et le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment étant une violation de la religion du serment, la religion paraissait intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagemens; ce qui devait les rendre de la compétence du juge d'église.

C'est pourquoi les notaires, qui étaient gens d'église, ne manquaient point d'insérer dans les contrats qu'ils recevaient, que les parties avaient fait serment de ne contrevenir à aucune clause du contrat, et de les exécuter fidèlement, afin d'assurer aux juges d'église la connaissance de l'exécution du contrat. Un grand nombre de notaires

avaient encore, avant la révolution, conservé par habitude cet ancien style, et ils inséraient à la fin de l'acte, après mention de la lecture, que les parties l'avaient « ainsi voulu, promis, *juré* tenir. »

Il y a long-tems que les papes et le clergé ont été forcés d'abandonner ces prétentions auxquelles l'ignorance avait donné lieu; et l'usage des sermens a cessé dans les contrats des particuliers. Néanmoins, comme il peut arriver encore que quelques personnes emploient le serment pour assurer l'accomplissement futur de leurs promesses, il peut être utile d'examiner sommairement quel peut être l'effet de ce serment.

352. Il n'a point d'effet dans le for extérieur. Si l'obligation est valable par elle-même, le serment est superflu, puisque, sans qu'il intervienne, le créancier envers qui elle a été contractée a action contre son débiteur, pour en exiger l'accomplissement. Le serment n'ajoute rien à cette action, et ne donne pas plus de droit au créancier qu'il n'en aurait eu, si le serment n'eût pas été interposé.

Si l'obligation n'est pas valable par elle-même, si elle est du nombre de celles pour lesquelles la loi dénie l'action, la loi civile n'en dénie pas moins l'action au créancier, malgré le serment du débiteur.

Par exemple, un joueur n'aura pas plus d'action pour exiger une dette du jeu, quoique l'obligation du débiteur ait été accompagnée du serment.

La raison en est, dit Pothier, n°. 105, que le serment étant un accessoire de l'engagement, la loi qui répute l'engagement nul doit, par une conséquence nécessaire, réputer le serment nul, suivant cette règle de droit : *Cùm principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent. Loi* 129, § 1; *loi* 178, *ff de R. J.*

Il ne doit pas dépendre des particuliers de rendre valables, au moyen d'un serment, des engagemens que la loi réprouve. Il serait inutile de faire des lois sur les conditions requises pour la validité des conventions, si on pouvait les éluder par l'intervention d'un serment qui deviendrait bientôt de style.

353. Suivant le droit romain, le serment ajouté à la convention n'a aucun effet, lorsqu'elle est nulle par rapport à son objet, qui est illicite, ou par rapport à la violence qu'on y a employée; mais, lorsque la convention n'est attaquable que pour cause de minorité, le serment fait par le mineur, de ne pas se pourvoir contre, l'y rendait non recevable (1). C'est ce que décide l'empereur Alexandre Sévère, dans l'espèce d'une vente faite par un mineur, qui s'était engagé, par serment, envers l'acheteur, de ne pas revenir contre pour cause de lésion : *Nec perfidiæ, nec perjurii me autorem tibi futurum sperare debuisti.*

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Convention*, § 8.

« Automne, sur cette loi, nous apprend qu'elle n'était pas suivie en France, parce qu'autrement les lois qui subviennent à la faiblesse des mineurs seraient toujours éludées par un serment qui deviendrait de style. Notre Coutume de Bretagne en avait une disposition formelle. L'art. 498 porte : « Les contrats des mineurs, sous l'âge de vingt-» cinq ans, ne sont validés par le serment desdits » mineurs. »

354. C'est au serment promissoire que se rapporte le serment que doivent prêter les fonctionnaires publics, avant d'entrer en fonction. Ce serment produit un effet remarquable; car, suivant un principe très-ancien en France, attesté par Loiseau, liv. 1, *des offices*, chap. 4, n°. 71, c'est « en ce serment que gît la principale cérémonie » de la réception; et c'est ce serment qui attribue » et accomplit, en l'officier, l'ordre, le grade, et, » s'il faut ainsi parler, le caractère de son office (1), » et qui lui défère la puissance publique. »

La nécessité de la prestation d'un serment, de la part de tout fonctionnaire public, avant son entrée en exercice, était, sous l'ancien régime, si constante, si générale, que les pairs de France y étaient soumis comme les autres officiers. C'est la doctrine que le chancelier d'Aguesseau professait

(1) *Voy.* la loi 14, *Cod. de judiciis*, 3. 1.

» aux chambres assemblées du Parlement de Paris, le 9 mars 1716 (1).

« Si la pairie, disait-il, est une véritable di-
» gnité, elle exige nécessairement une réception,
» *une prestation de serment;* en un mot, une prise
» de possession solennelle, où la puissance pu-
» blique achève de former le caractère de l'homme
» public.

» L'élévation des dignités ne peut servir qu'à
» rendre cette maxime plus inviolable et plus né-
» cessaire, pour le maintien de l'autorité royale.
» Quelque éminentes que soient les dignités de
» chancelier et de connétable, elles sont néan-
» moins assujéties, sur ce point, à la règle com-
» mune de toutes les dignités. Ceux que le Roi ho-
» nore de son choix, pour remplir ces places im-
» portantes, ceux même à qui il en a donné des
» provisions, pourraient-ils jouir des prérogatives
» personnelles qui y sont attachées, jusqu'à ce qu'ils
» se soient liés, par *un nouveau serment*, à la ma-
» jesté royale, et que, par cette solennité, elle
» leur ait *imprimé le sceau de la puissance publique?*

» Si les pairs de France opposent à une compa-
» raison si naturelle que ces dignités, quelque émi-

---

(1) *Voy.*, dans le tom. VII de ses Œuvres, pag. 616, le procès-verbal de ce qui s'est passé au Parlement de Paris, en 1716, au sujet d'une accusation de duel intentée par le procureur général du Roi, contre un pair de France qui n'avait pas encore été reçu au Parle-

» nentes qu'elles soient, ne sont pas héréditaires, » comme celle de pairs de France, tout ce qui ré- » sulte de cette différence, est que ceux qui sont » appelés successivement à la pairie, ne sont pas » obligés de prendre, de degré en degré, de nou- » velles lettres du Roi; ils ont la propriété de leurs » dignités en vertu des premières, dans lesquelles » ils sont tous compris, comme des branches dans » leur tige, et des ruisseaux dans leur source. Mais » il y a une grande différence entre la propriété de » l'office et le caractère de l'officier; l'une est ac- » quise au pair par succession, comme elle l'est » aux autres par leurs provisions; mais il ne peut » acquérir l'autre que par une réception, à laquelle » il n'est pas moins assujéti que ceux qui remplis- » sent des dignités non héréditaires. Il est donc, » en vertu des lettres accordées à toute sa race, » dans le même état où les autres officiers se trou- » vent, avec des provisions qui ne regardent que » leurs personnes; et comme un connétable ne » pourrait jouir d'aucune des prérogatives person- » nelles de sa charge, avant que d'avoir *prêté le ser-* » *ment*, quoiqu'il en eût des provisions, la loi doit » être égale pour le successeur d'un pair de France, » quoiqu'il ait des lettres obtenues par son auteur, » qui lui tiennent lieu de provisions. »

Ces principes, sur l'effet du serment exigé des fonctionnaires publics, n'ont rien perdu de leur force par la révolution qui s'est opérée de nos jours dans les pouvoirs publics. Les dignités, les fonc-

tions, les offices, ont changé; mais la nécessité du serment est restée la même, ainsi que son effet.

L'art. 1^er^. de la loi du 21 nivôse an VIII, en changeant la formule du serment à prêter par les fonctionnaires publics, ajoute qu'ils « ne pourront com-» mencer ou continuer l'exercice de leurs fonctions » ou emplois, que préalablement ils n'aient fait la » déclaration suivante : je promets, etc. »

355. Ainsi, le principe que c'est le serment qui achève de former le caractère de l'homme public, est resté en pleine vigueur. Il en résulte que tout acte de l'autorité publique, fait par un fonctionnaire public non encore assermenté, est nul. La Cour de cassation a consacré ce principe par un arrêt, fondé sur la loi du 21 nivôse an VIII, que nous venons de citer. Il est rapporté dans le Répertoire de jurisprudence, v°. *Serment*, § 1, art. 1, n°. 2. Il s'agissait d'un jugement rendu par le suppléant d'un juge de paix, qui n'avait pas encore prêté serment, en qualité de suppléant de la justice de paix. Ce jugement fut déféré à la censure de la Cour de cassation, qui, après s'être assurée qu'en effet le suppléant n'avait point encore prêté serment, lorsqu'il avait prononcé le jugement attaqué, rendit, le 12 janvier 1809, un arrêt par lequel,

« Vu l'art. 1^er^. de la loi du 21 nivôse an VIII (ci-» dessus copié), attendu que cette disposition est » en pleine vigueur, bien qu'il ait été apporté quel-

» que changement à la déclaration qu'elle prescrit;
» que les suppléans des juges de paix, établis en
» exécution de la loi du 29 ventôse an IX, sont du
» nombre des fonctionnaires dont parle la disposi-
» tion ci-dessus transcrite; qu'il est constant qu'à
» la date du 4 janvier 1808, date du jugement dé-
» noncé, le sieur Jean-Pierre Jourdan n'avait pas
» prêté, en sa qualité de second suppléant de la
» justice de paix de Saint-Tropez, le serment pres-
» crit par la loi; que, par conséquent, il n'avait pas
» acquis le complément du *caractère* de second sup-
» pléant, et il n'avait pas le pouvoir d'en exercer
» les fonctions : par ce motif, la Cour casse et an-
» nule le jugement rendu le 4 janvier 1808, par le
» sieur Jourdan, au nom du tribunal de police du
» canton de Saint-Tropez. »

356. Les lois règlent devant qui doit être prêté le serment préliminaire, essentiel pour l'exercice de toute fonction publique. Nous ne parlerons ici que des fonctions publiques de l'ordre judiciaire.

Suivant le décret du 24 messidor an XII, art. 2, le tribunal de première instance reçoit le serment des juges de paix de son arrondissement, et de leurs suppléans.

L'art. 3 porte : « Les présidens et autres juges des tribunaux de première instance, les procureurs du Roi et leurs substituts près ces tribunaux, et les juges des tribunaux de commerce, prêtent serment devant la Cour d'appel à laquelle ils ressortissent. »

L'art. 4 porte que les premiers présidens des Cours d'appel et des Cours criminelles reçoivent le serment des juges et celui des substituts du procureur général, près les tribunaux qu'ils président.

L'art. 629 du Code de commerce a modifié ce qui concerne le serment des membres des jurisdictions commerciales. « Ils prêtent serment, porte » cet article, avant d'entrer en fonctions, à l'audience de la Cour d'appel, lorsqu'elle siége dans » l'arrondissement communal où le tribunal de » commerce est établi; dans le cas contraire, la » Cour d'appel commet, si les juges de commerce » le demandent, le tribunal civil de l'arrondisse- » ment, pour recevoir leur serment, et, dans ce » cas, le tribunal en dresse procès-verbal, et l'en- » voie à la Cour d'appel, qui en ordonne l'insertion » dans ses registres. Ces formalités sont remplies » sur les conclusions du ministère public et sans » frais. »

Les lois ayant pris soin d'indiquer devant qui doit être prêté le serment des fonctionnaires publics, il en résulte que le serment prêté devant une autorité incompétente est regardé comme non avenu ou nul.

557. Et si le fonctionnaire, après avoir régulièrement prêté son serment, était promu ailleurs à une autre place de même nature que celle qu'il quitte, il n'en serait pas moins tenu de prêter un nouveau serment devant qui de droit; par exemple, si un juge de première instance de Saint-Malo,

après avoir prêté son serment devant la Cour royale de Rennes, était nommé juge au tribunal de première instance de Nantes, il devrait, avant d'entrer en fonction, prêter un nouveau serment devant la même Cour; car son premier serment ne lui donnait le droit d'exercer les fonctions de juge que dans le ressort du tribunal de Saint-Malo.

C'est ce qui s'observe à l'égard des fonctions, bien moins importantes, de gardes champêtres et forestiers. L'art. 16 du Code d'instruction criminelle les charge de rechercher, *chacun dans le territoire pour lequel ils sont assermentés*, les délits et les contraventions de police qui auront porté atteinte aux propriétés rurales et forestières. Ils n'ont donc pas de caractère pour exercer ces fonctions dans un autre territoire. La Cour de cassation l'a décidé dans l'espèce suivante :

Chaufton, nommé garde forestier dans l'arrondissement du tribunal civil de Vienne, y avait prêté son serment. Il fut transféré dans l'arrondissement de la Tour du Pin, ressortissant du tribunal de Bourgoing, où il ne prêta point un nouveau serment. Cependant, il y signa un procès-verbal, constatant un délit forestier contre Drevet et son fils. Ce procès-verbal fut annulé par un jugement du tribunal correctionnel de Bourgoing, confirmé par arrêt de la Cour de Grenoble, le 11 juin 1812. L'administration des forêts se pourvut en cassation; mais, par arrêt du 6 août suivant, son pourvoi fut rejeté, attendu qu'aux termes de l'art. 16 du

Code d'instruction criminelle, les gardes forestiers n'ont caractère, pour exercer leurs fonctions, que dans le tribunal pour lequel ils sont assermentés, et que Chaufton n'avait pas prêté serment devant le tribunal de Bourgoing, où les prévenus étaient cités, et dans le ressort duquel le prétendu délit avait été commis (1).

Les mêmes motifs s'appliquent aux juges. C'est une maxime ancienne : *Judex non potest extra territorium suum jus dicere*; il n'est ailleurs qu'une personne privée. Un juge nommé par le Roi reçoit le pouvoir d'exercer ses fonctions dans le tribunal ou dans la Cour où il est nommé; son serment achève de lui *imprimer le sceau de la puissance publique*, dit d'Aguesseau; mais cette puissance, il ne peut l'exercer hors de son ressort. S'il est transféré ailleurs, il doit donc y prêter un nouveau serment, qui lui conférera le sceau de la puissance publique dans ce nouveau territoire, où il n'avait pas auparavant le droit de l'exercer.

358. Les témoins, les interprètes, les jurés, les experts, sont aussi obligés de prêter un serment promissoire.

L'expert qui refuse de prêter le serment d'où dépend la légalité de sa mission, n'encourt aucune peine, parce qu'il est libre de ne pas accepter l'expertise. On en nomme un autre dans la

(1) L'arrêt est rapporté dans le Répertoire, v.° *Serment*, pag. 493 de la 4.e édition, § 1, art. 1, n.° 4.

place de celui qui refuse. (Art. 316 du Code de procédure.)

Mais il n'en est pas ainsi du témoin. Tout citoyen est rigoureusement tenu de dire la vérité à la justice; il doit une entière soumission à la loi. Tout moyen d'en suspendre l'effet est un crime, dit la loi du 12 prairial an IV. L'action de la justice serait entièrement paralysée, si les témoins, appelés pour l'éclairer, pouvaient, de quelque manière que ce soit, se dispenser de révéler les faits qui sont à leur connaissance. La loi a donc prononcé des peines contre les témoins qui ne comparaîtraient pas. Les art. 263 et 264 du Code de procédure civile prononcent contre les témoins défaillans une amende de 100[f], à laquelle ils peuvent être condamnés par corps, outre une somme de 10[f] au profit de la partie.

L'art. 80 du Code d'instruction criminelle prononce la même peine contre les témoins défaillans.

Le témoin qui comparaît, mais qui refuse de déposer ou de prêter le serment, sans lequel sa déposition ne peut être reçue, ne désobéit pas moins à la loi que celui qui ne comparaît pas; il lui désobéit même en face de la justice: il doit donc être soumis à la même peine. C'est l'opinion de M. Merlin (1); elle nous paraît fondée sur une conséquence nécessaire de la loi.

(1) *Voy.* le Repertoire, v.° *Serment*, § 2, art. 4, pag. 495 de la 4.e édition.

Les jurés qui refuseraient le serment que la loi exige d'eux devraient, également être soumis à l'amende de 500^f^, prononcée contre les défaillans par l'art. 396 du Code d'instruction criminelle.

Du Serment affirmatif.

359. Le serment affirmatif, le seul dont parle la section qui nous occupe, est appelé par les jurisconsultes *jusjurandum assertorium*. Nous avons dit, n°. 349, en quoi il diffère du serment promissoire.

Le serment affirmatif est *extrajudiciaire* ou *judiciaire*. Le premier est celui qu'une partie défère à l'autre, hors jugement, et de la prestation duquel elle fait dépendre le sort d'un différent non encore porté en justice.

Il peut être déféré en vertu d'une convention, ou même sans convention.

360. Mais dans ce dernier cas, celui à qui il est déféré ne peut être forcé à le prêter. La justice peut seule imposer cette obligation. Et si le serment extrajudiciaire, déféré sans convention, était référé, celui à qui il serait référé ne pourrait également être forcé à le prêter.

361. Au contraire, si le serment extrajudiciaire a été déféré par une convention faite entre les parties, celui qui doit le prêter d'après la convention peut être forcé de le prêter, et ne peut s'en dispenser, même en le référant à l'autre partie; ce

serait changer la condition de la convention : *Jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest,* dit le jurisconsulte Paul, loi 17, *ff de jurejur.*, 12. 2.

362. Une pareille convention est évidemment une véritable transaction conditionnelle. Il s'est élevé entre vous et moi un différent au sujet d'une somme de 1,000^{f} que je vous demande, et que vous prétendez ne pas me devoir. Avant de porter cette affaire en justice, nous nous rapprochons. Je propose de renoncer à mes prétentions et de vous tenir quitte, si vous voulez, en présence d'amis communs, jurer dans votre âme et conscience que vous ne me devez rien. Vous acceptez la condition, et promettez de votre côté de me payer la somme, si vous ne prêtez pas le serment convenu. Un pareil acte est réellement une transaction faite sous la condition potestative que vous prêterez le serment. Vous ne pouvez plus changer la condition convenue, en me référant le serment ; vous êtes rigoureusement astreint à le prêter, ou à me payer les 1,000^{f}. Si vous refusez, je pourrai vous contraindre, par les voies judiciaires, ou à prêter serment, ou à me payer les 1,000^{f}, *jurare aut solvere cogam.* De semblables conventions sont rares, mais non pas sans exemple.

363. On en trouve un exemple remarquable dans le serment déféré devant le bureau de paix, par l'une des parties à l'autre. Elles ne sont obligées d'y comparaître que pour éviter, par la voie de la conci-

liation, s'il est possible, le malheur d'entrer en jugement. Le serment déféré au bureau de paix est donc un serment extrajudiciaire. L'art. 55 du Code de procédure porte, à cet égard, que, « si » l'une des parties défère le serment à l'autre, le » juge de paix le recevra, ou fera mention du re- » fus de le prêter. »

Ainsi, d'après les principes ci-dessus posés, celle des parties à qui le serment est déféré en bureau de paix, n'est point obligée de le prêter. La justice seule peut imposer cette obligation. Or, le juge de paix ne fait point à ce bureau les fonctions de juge, mais de simple médiateur. Il ne peut dire, comme le juge, *jurare aut solvere cogam. Loi* 34, § 6, *ff hoc tit.*, 12. 2. Il n'a de mission que pour aider à la conciliation, sans pouvoir rien ordonner. Et si celui à qui le serment est déféré le refuse, le juge de paix doit se borner à faire *mention du refus.*

Et il ne faut pas appliquer à ce refus la disposition de l'art. 1361, qui porte que celui auquel le serment est déféré et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. Cet article n'est applicable qu'au serment décisoire, déféré ou référé devant le juge qui doit connaître du différent des parties. Ce n'est que dans ce cas seulement que celui qui refuse de prêter le serment ou de le référer doit succomber, et non dans le cas du serment déféré, et refusé en bureau de paix, parce qu'un tel refus n'est pas autre chose qu'un refus de se concilier, ainsi que l'a sage-

ment décidé la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 juillet 1810, Sirey, tom. X, pag. 327.

Celui qui l'avait déféré ne peut donc s'en prévaloir devant le tribunal civil; il peut seulement déférer de nouveau le même serment, que son adversaire ne peut alors impunément refuser de prêter ou de référer; comme aussi la délation du serment n'ayant point été acceptée en bureau de paix, peut être rétractée au tribunal civil.

Mais si, au lieu de refuser la délation, celui auquel le serment est déféré l'accepte, il se forme, par cette acceptation, une convention parfaite, dont le juge de paix est autorisé à constater l'exécution, en recevant le serment, dont la prestation produit les mêmes effets que celle du serment judiciaire décisoire, c'est-à-dire que celui qui l'a déféré succombe, sans pouvoir être reçu à prouver la fausseté du serment. Et cela, non par l'application de l'art. 1361, qui, comme nous l'avons vu, n'est pas applicable au serment déféré en bureau de paix, mais en vertu de la transaction par laquelle les parties sont convenues mutuellement de s'en rapporter à la condition du serment; condition et convention dont le juge de paix a la mission légale d'attester l'exécution et l'accomplissement, par les art. 54 et 55 du Code de procédure, dont le premier porte que les « conventions des parties, » insérées au procès-verbal, ont force d'obligations » privées »; et le second, « que le juge de paix rece- » vra le serment, s'il est déféré et accepté. »

Du Serment affirmatif judiciaire.

364. Le serment judiciaire est de deux espèces :

« 1°. Celui qu'une partie défère à l'autre, pour » en faire dépendre le jugement de la cause; il est » appelé décisoire;

» 2°. Celui qui est déféré d'office par le juge à » l'une ou à l'autre des parties. » (Art. 1357.) Les auteurs l'appèlent serment *supplétif*.

§ Ier.

Du Serment décisoire.

SOMMAIRE.

365. *Le serment décisoire est aussi une véritable transaction conditionnelle. Développement.*

366. *On peut, jusqu'à l'acceptation, rétracter la délation ou la relation du serment.*

367. *Le droit romain défend à celui qui a rétracté sa délation de serment, de le déférer une seconde fois. Il ne paraît pas que cette disposition doive être suivie en France.*

368. *Point de transaction, si celui à qui le serment est déféré n'accepte pas la condition. Mais la loi lui ordonne de payer ou de jurer.*

369. *Ou de référer le serment.*

370. *A moins qu'il ne s'agisse d'un fait qui lui soit personnel. Alors il est tenu de jurer.*

371. *On ne peut déférer le serment que sur un fait personnel à celui à qui on le défère.*

372 *On peut le déférer à son héritier, sur le point de savoir s'il n'a pas connaissance du fait.*

373. *Le serment contenant une transaction, il faut, pour le déférer, ainsi que pour l'accepter, être maître de ses droits.*

374. *Par qui, à qui, sur quoi le serment peut être déféré.*

375. *S'il peut l'être par le mineur, l'interdit, la femme mariée, le mandataire, le tuteur.*

376. *Cas où la délation n'excède pas les bornes de l'administration.*

377. *Le serment peut être déféré aux majeurs, sur quelque contestation que ce soit, sur laquelle on peut transiger, quoiqu'on ne puisse pas compromettre. Différence entre la faculté de transiger et celle de compromettre.*

378. *On ne peut déférer le serment sur les faits qui motivent une demande en séparation.*

379. *Hors les cas où la loi le défend, le serment peut être déféré, dans toute espèce d'instance civile, quand même il n'existerait aucun commencement de preuve de la demande.*

380. *Il peut être déféré sur les faits contenus dans des actes authentiques, quoique passés en présence des notaires; sur la sincérité des actes, même sur celle d'un endossement.*

381. *Et sur la vérité des faits contenus dans une enquête; mais non sur des faits de subornation ou de faux témoignage.*

382. *Il peut être déféré en tout état de cause, même en cause d'appel.*

383. *La prestation de serment tient lieu de paiement, et a plus de force qu'un jugement.*

384. *Celui qui a déféré le serment peut dispenser de le prêter celui qui a déclaré être prêt à le faire.*

385. Quid, *si celui à qui le serment est déféré décède sans l'avoir prêté? Distinctions importantes.*

386. *Après la prestation du serment, on n'est plus recevable à en prouver la fausseté.*

387. *Cependant, le Code pénal punit le parjure; mais il ne peut être poursuivi par celui qui a déféré le serment.*

388. *Le ministère public peut-il prouver le parjure par témoins, sans commencement de preuve par écrit?*

389. *La condamnation du parjure ne profite point à celui qui avait déféré le serment, et pourquoi.*

390. *Mais un dol personnel, tel que la soustraction du titre qui prouve la demande, peut donner lieu à faire rescinder la délation de serment.*

391. *Le serment ne forme preuve qu'entre les parties, leurs héritiers ou ayant-cause. Il ne peut nuire ni profiter aux tiers.*

392. Quid, *à l'égard des cautions, des débiteurs et créanciers solidaires?*

393. *Le serment n'a d'effet, même entre les parties, qu'à l'égard de la chose sur laquelle il a été déféré, et non à l'égard d'une autre.*

394. *Exemple tiré de la loi 11*, ff de jurejur.

395. *Règles à suivre pour connaître quand la chose est la même.*

396. *Le serment est indivisible comme les aveux.*

565. On voit, par la définition même qu'en donne le Code, que le serment judiciaire décisoire a, comme l'extrajudiciaire, le véritable caractère d'une transaction. La délation du serment est un acte entièrement libre de la volonté de celui qui le défere; c'est une offre qu'il fait à son adversaire. Si

c'est le demandeur qui le défère, il dit implicitement, mais nécessairement, si vous voulez jurer que vous ne me devez rien, et que vous m'avez payé ce que je demande, je vous tiendrai quitte.

Et si c'est le défendeur, je vous paierai ce que vous me demandez, si vous voulez jurer que je vous le dois réellement.

Si celui à qui le serment est déféré accepte les offres conditionnelles qui lui sont faites, il y a évidemment convention parfaite par le concours des deux volontés. Il ne reste plus que l'accomplissement de la condition potestative, sous laquelle les offres ont été faites; et comme cette convention a pour objet de terminer un procès, c'est une véritable transaction conditionnelle, qui même a plus de force qu'un jugement, dont on peut se porter appelant. Le jurisconsulte Paul a donc raison de dire que le serment renferme une transaction : *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet autoritatem quàm res judicata* (1). *Loi 2, ff de jurejur.*, 12. 2.

Ce principe est répété dans une foule d'autres lois (2), et reconnu par tous les auteurs (3).

---

(1) *Majorem; quia à re judicatâ appellare potest*, dit Cujas sur cette loi.

(2) Lois 31 et 35, § 1, *de jurejur.*, 12. 2; loi 21, *ff de dolo*, 4. 3, *et alibi passim.*

(3) Voët, *in tit. de jurejur.*, n.° 25; Huberus, *ibid.*, n.° 8; Pothier, des obligations, n.os 822 et suiv.

366. La convention n'étant parfaite que par l'acceptation des offres, elles peuvent être rétractées jusqu'au moment de l'acceptation. C'est un principe général, également applicable à la délation du serment, qui, n'étant pas autre chose qu'une offre, ne peut plus être rétractée après l'acceptation. « La partie qui a déféré ou *référé* le serment » ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a » déclaré qu'il est prêt à faire ce serment, dit l'ar- » ticle 1364. »

Celui qui a déféré le serment peut donc se rétracter avant que son adversaire ait consenti à le prêter. Il en est de même de celui qui réfère le serment; il peut se rétracter jusqu'à l'acceptation de celui qui le lui avait d'abord déféré, en lui notifiant qu'il préfère le prêter lui-même.

367. La loi romaine (1) ne permet plus à celui qui a rétracté la délation de serment qu'il avait faite à son adversaire, de le lui déférer une seconde fois. Justinien trouvait en cela absurdité et injustice : *Satis enim absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cùm desperavit aliam probationem, tunc denuò ad religionem convolare, et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes.*

On ne trouve point de pareille disposition dans notre Code, quoiqu'elle soit rappelée par Pothier,

(1) La loi 11, *Cod. de reb. cred. et jurejur.*, 4. 2.

guide ordinaire des rédacteurs. Il nous paraît qu'on doit en conclure qu'ils ne l'ont pas adoptée. On ne voit, en effet, ni absurdité ni injustice à revenir à une seconde délation de serment, après avoir rétracté la première. On ne peut en cela voir tout au plus que légèreté; mais cette légèreté ne causant aucun préjudice à celui à qui le serment est déféré une seconde fois, ne l'autorise pas à refuser d'être juge dans sa propre cause : *Manifestæ turpitudinis est et confessionis nolle jurare, etc.*

L'esprit de notre Code est de donner la plus grande latitude à la délation de serment décisoire, le grand moyen de terminer les procès, *maximum remedium expediendarum litium. Loi* 1, *ff de jurejurando*, 12. 2. Il semble donc que les juges excéderaient leurs pouvoirs, en rejetant la seconde délation de serment de la part de celui qui aurait rétracté la première.

368. Si celui à qui le serment est déféré n'accepte pas la condition ou l'offre du serment, il n'y a point, à la vérité, de convention ni de transaction, puisqu'il n'y a pas concours des deux volontés. Mais alors la loi, d'accord avec la raison, condamne celui qui refuse la condition du serment : *Ait prætor eum à quo petetur solvere aut jurare cogam; alterum itàque eligat reus, aut solvat aut juret : si non solvat solvere cogendus erit à prætore. Loi* 34, § 6, *H. T.*

369. La loi indulgente accorde même une autre faculté à celui qui ne voudrait pas jurer; elle lui

permet de référer le serment à son adversaire : *Datur et alia facultas reo, ut si malit referat jusjurandum. Loi* 34, § 7, *H. T.*

Notre Code a suivi ces principes dans l'art. 1361 : « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse » ou ne consent pas à le référer à son adversaire, » ou l'adversaire à qui il a été référé, et qui le re- » fuse, doit succomber dans sa demande ou dans » son exception. »

370. Il est vrai que, suivant l'art. 1362, « le ser- » ment ne peut être référé, quand le fait qui en est » l'objet n'est pas celui des deux parties, mais est » purement personnel à celui auquel le serment » avait été déféré. »

Mais c'est qu'alors il est inexcusable de refuser le serment, sur un fait qui lui est purement personnel. De quel front pourrait-il s'en dispenser, et se plaindre qu'on le fasse témoin et juge dans sa propre cause? Il doit la vérité à la justice, même sans qu'il soit nécessaire de lui déférer le serment. Dans le cas d'un interrogatoire, ordonné sur la demande d'une partie ou d'office par le juge, le refus de répondre, ou le silence, est considéré comme un aveu, et les faits sont tenus pour avérés, quoiqu'on ne fasse pas dépendre le sort du procès des réponses de l'interrogé; à plus forte raison, l'on doit prendre pour un aveu ou une reconnaissance du fait le refus de prêter un serment, dont la prestation deviendrait une preuve en faveur de celui à qui il est déféré. Ce refus ne peut

donc être attribué qu'à la honte ou à la crainte de se parjurer, en affirmant un fait dont, au fond du cœur, l'on reconnaît la fausseté. De là, cet axiôme avoué par la raison : *Manifestæ turpitúdinis est, et confessionis, nolle nec jurare nec jusjurandum referre. Loi* 28, *ff de jurejur.* 12. 2.

371. Après avoir examiné en quoi consiste le serment, le fondement de la preuve qui en résulte et le caractère de la délation de serment, il faut voir sur quoi, par qui, à qui, en quel cas, quand il peut être déféré, et les effets qu'il produit.

Un premier principe, en matière de serment judiciaire et décisoire, est « qu'il ne peut être déféré » que sur un fait personnel à la partie à laquelle on » le défère. » (1359).

La raison dit assez que je ne saurais être contraint d'affirmer, par serment, ce qui est du fait d'une autre personne, quand même je serais son héritier ou son ayant-cause; car, si je ne puis ignorer mon propre fait, je puis ignorer celui de la personne à qui j'ai succédé : *Hæredi ejus cum quo contractum est jusjurandum deferri non potest.* Paul, *sentent.*, II. 1. 4.

372. Cependant, comme je puis aussi ne pas l'ignorer, on peut me déférer le serment sur le point de savoir si ou non j'en ai connaissance. Je vous demande une somme de 1,000^{f}, que vous deviez à mon auteur. Vous prétendez la lui avoir payée. Vous pouvez me déférer le serment sur le point de savoir si je n'ai pas connaissance de ce

paiement; car cette connaissance m'est personnelle. Pothier, n°. 819.

373. Si, comme on n'en peut douter, la délation et l'acceptation du serment décisoire contiennent une véritable transaction, par laquelle, d'un côté, celui qui le défère renonce, sous la condition du serment déféré, à un droit qu'il prétendait lui appartenir, et par laquelle, de l'autre côté, celui qui l'accepte contracte, sous la même condition, une obligation qu'il déniait, et qui n'était pas prouvée, il en résulte nécessairement que, pour déférer le serment, comme pour l'accepter, il faut avoir la capacité de disposer des droits ou des choses qui sont l'objet de la transaction (2045). « Comme on fait » dépendre du serment décisoire, dit très-bien Po» thier, n°. 821, la décision de la contestation et » du droit des parties, il s'ensuit qu'il n'y a que » ceux qui ont la disposition de leurs droits qui » puissent déférer ce serment, et auxquels il puisse » être déféré. »

374. En suivant les conséquences de ce principe, il deviendra facile de connaître sûrement par qui, à qui, sur quoi le serment peut être déféré.

1°. Il faut que ce soit sur un fait personnel à celui à qui on le défère;

2°. Il faut que le droit que l'on fait dépendre de la condition du serment soit du nombre de ceux dont celui qui le défère et celui qui l'accepte peuvent disposer librement. (1)

(1) C'est un principe universellement reconnu. Boëhmer, *Jus eccl.*

375. Ainsi, le mineur et l'interdit ne peuvent déférer le serment, parce qu'ils n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

Ainsi, la femme mariée ne peut déférer ni accepter le serment, sans y être autorisée par son mari.

Ainsi, l'individu soumis à la direction d'un conseil judiciaire ne peut, sans l'avis de son conseil, déférer le serment sur les droits dont il n'a pas la libre disposition.

Mais le majeur qui aurait déféré le serment à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée, ne pourrait leur opposer leur incapacité pour faire annuler le serment (1125).

Et par la raison contraire, le mineur émancipé, la femme séparée de biens, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, peuvent déférer le serment sur les droits dont ils ont la libre disposition.

Ainsi, le mandataire ou procureur *ad negotia*, même pourvu d'un mandat général (1987, 1988 et 1989), ni l'avoué ou procureur *ad lites* (art. 362 du Code de procédure), ne peuvent déférer ni accepter le serment; car le serment renferme une

---

protest., in tit. X de jurejur., dit : *Locum habet hæc delatio tantùm in rebus privati arbitrii, et de quibus transigi potest liberè, cùm re ita per hujusmodi delationem transigatur. Loi 31, ff de jurejur.*, 12. 2 *Leg. fin., Cod. de reb. cred.*, 4. 1. *Adeòque de quibus transigi nequit in is nec delationi juramenti locus est.*

Voy. aussi Voët, H. T., n.° 8; Huberus, H. T., n.° 8.

transaction, et la transaction une aliénation : *Inest enim transactioni alienatio.*

Ainsi, le tuteur ne peut déférer le serment pour le mineur ou l'interdit, qu'en suivant les formes prescrites par l'art. 467 pour les transactions. Son incapacité, pour transiger et déférer le serment, est un point très-ancien dans le droit français. L'art. 509 de notre Coutume de Bretagne portait : « Aussi ne peut, ledit tuteur ou curateur, compro-» mettre, transiger, déférer le serment décisif ès » causes héritelles et de meubles riches et précieux, » *sans l'avis de parens* et décret de justice. »

376. Néanmoins, il y a des cas où la délation de serment peut ne pas excéder les bornes de l'administration, comme lorsqu'il s'agit de régler les comptes d'un fermier, etc. C'est ce que fait entendre l'article cité de la Coutume de Bretagne. C'est à ce cas qu'il faut appliquer la décision de la loi 17, § 3, *ff de jurejur.*, 12. 2 (1).

377. Quant aux majeurs qui ont la pleine disposition de leurs droits, l'art. 1358 porte : « Le » serment décisoire peut être déféré sur quelque » contestation que ce soit. »

Mais il ne paraît pas douteux que cette disposition trop générale doit être modifiée par celle de l'art. 2045, qui porte que, « pour transiger, il

---

(1) Elle porte : *Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est; scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatione mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

» faut avoir la capacité de disposer des objets com-
» pris dans la transaction. »

Il est incontestable que le serment contient, comme nous l'avons prouvé, une véritable transaction. Ainsi, pour rendre parfaitement exacte la disposition de l'art. 1358, il faut dire : « Le ser-
» ment décisoire peut être déféré sur quelque con-
» testation que ce soit, *sur laquelle on peut transi-*
» *ger.* »

Remarquez que nous ne disons pas sur laquelle on peut *compromettre ;* car, quoiqu'il soit, sans contredit, moins dangereux de compromettre que de déférer le serment, puisque, dans la compromission, la décision est remise à des tiers désintéressés, du jugement desquels on peut même appeler, tandis que, dans la délation de serment, on la remet à son adversaire même, qui est ainsi constitué juge souverain et en dernier ressort dans sa propre cause, il n'en est pas moins vrai que « *le*
» *pouvoir de transiger* ne renferme pas celui de com-
» promettre. » (1989.) On peut terminer par transaction un grand nombre de contestations, sur lesquelles on ne peut compromettre.

C'est un principe fort ancien, qu'on trouve établi dans les lois romaines. Elles permettent de transiger sur les questions d'état ou actions préjudicielles, *in quibus de statu et conditione agitur* (1).

---

(1) La loi dernière au Code *de transactionibus*, 2. 4, dit : *Jubemus*

Et cependant on ne pourrait valablement compromettre sur ces sortes de questions, ainsi que nous l'apprend le jurisconsulte Paul, dans la loi 32, § 7, *ff de receptis*, 4. 8, qui nous indique en même tems la raison de différence : *De liberali causâ compromisso facto, rectè non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est ut majores judices habere debeat. Eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate, sive de libertinitate quæstio sit, etsi ex fideicommissi causâ libertas deberi dicatur. Idem dicendum est in populari actione.*

Ainsi, de ce qu'il est défendu de compromettre sur telle affaire, il ne faut pas conclure qu'on ne peut la terminer par transaction ou la délation du serment décisoire. La défense de transiger n'est et ne peut être fondée que sur l'impuissance de disposer de l'objet en contestation. La défense de compromettre vient d'une autre considération qui tient à l'ordre public; c'est que si les parties n'ont pu s'accorder et transiger, comme c'est toujours le vœu de la loi, s'il leur faut absolument des juges, la faveur et l'importance de certaines causes exigent qu'elles soient décidées et jugées avec plus de solennité, *per majores judices*. La loi déclare les arbitres, ou les juges privés, incompétens pour en connaître.

---

in omnibus litigiis jam motis et pendentibus, seu posteà super servili vel adscriptitiâ conditione movendis transactiones celebrandas et celebratas... ires suas obtinere, nec ob hoc videri tenorem earum titubare quod pro conditione servili vel adscriptitiâ confectæ sunt.

Au contraire, la transaction est la voie la plus désirable de terminer toute espèce de contestation. Celui qui peut former une action ou une demande a aussi le pouvoir d'y renoncer ou de l'abandonner en tout ou partie, c'est-à-dire de transiger. Aussi, la loi des douze tables ratifiait, sans distinction, les transactions faites par les parties sur quelque contestation que ce fût : *Rem uti pacunt orato* ou *ratum esto.* (1)

378. On ne conçoit guère que l'incapacité personnelle de former une demande qui puisse empêcher de transiger sur celle que l'on a formée (2). Cependant, par des considérations d'intérêt public, la loi peut défendre de transiger en certains cas. Les séparations entre époux, soit de corps, soit de biens, en présentent un exemple. Le Code

---

(1) *Voy.* le Commentaire de Bonchaud sur la loi des douze tables, tom. I, pag. 261, 1.re édition, et les auteurs qu'il cite.

(2) Nos lois, de même que les lois romaines, ne défendent point de transiger sur les questions d'état. Ainsi, rien n'empêche de déférer le serment sur les faits dont dépend leur décision. Par exemple, l'enfant légitime, dont l'état a été supprimé, et qui réclame pour mère une femme mariée, doit prouver deux choses : 1.° qu'elle est accouchée dans tel tems ; 2.° qu'il est le même enfant dont elle est accouchée. Il peut déférer le serment à celle qu'il réclame pour mère, sur le point de savoir s'il n'est pas vrai qu'elle mit au monde un enfant de tel sexe à l'époque indiquée.

Mais l'enfant naturel ne pourrait pas déférer un pareil serment à celle qu'il réclamerait pour mère. *Voy.* ce que nous avons dit tom. II, n.os 944 et suiv. Ce serait lui déférer le serment sur son propre déshonneur; ce qui n'est pas permis dans nos mœurs. *Voy.* Voët, H. T., n.° 10; Ant. Fab., *Cod. lib. 4, tit. 1, defin. 43*

civil, conforme à notre ancienne jurisprudence, déclare nulles les séparations volontaires ou par consentement mutuel. (Art. 307 et 1443). Il en résulte que l'on ne peut consentir à une séparation par transaction.

Et par une conséquence ultérieure, il faut dire que si la femme n'avait pas la preuve des faits qui motivent sa demande en séparation, elle ne pourrait déférer à son mari le serment décisoire sur ces mêmes faits (1); car l'aveu qu'il en ferait ne pourrait avoir aucune force (art. 870 du Code de procédure), quand même il n'y aurait pas de créanciers intéressés à empêcher la séparation. Le jugement qui prononcerait une séparation sur le serment par lequel le mari aurait avoué les faits serait donc nul, et pourrait être attaqué par tous ceux qui seraient intéressés à le faire annuler.

379. Hors les cas où la loi le défend, le serment peut être déféré dans quelque espèce d'instance civile que ce soit, au possessoire comme au pétitoire, sur les causes personnelles et sur les réelles. Il peut l'être toutes les fois que le demandeur croit ne pas avoir une preuve suffisante du fait qui sert de fondement à sa demande ou à son exception. Enfin, il peut l'être, quand même il n'aurait absolument aucune preuve ni commencement de preuve. « Il » peut être déféré, dit l'art. 1360, en tout état de

---

(1) *Voy.* le Répertoire, v.° *Serment*, pag. 499, n.° 6.

» cause, et encore qu'il n'existe aucun commence-
» ment de preuve de la demande ou de l'exception
» sur laquelle il est provoqué. » (1)

Quelques docteurs ont soutenu que la délation de serment ne doit pas être admise, sur un fait particulier à celui auquel il est déféré, parce qu'alors il ne peut être référé, et que cependant les lois romaines, ainsi que notre Code civil, accordent à celui à qui le serment est déféré la faculté de le référer. Pothier, n°. 821, a fort bien démontré que cette opinion est sans fondement, parce que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause.

380. On avait douté, sous l'ancienne jurisprudence, si le serment peut être déféré contre les obligations consignées dans des actes authentiques, qui forment une preuve complète, et qu'on ne peut attaquer que par la voie du faux; par exemple, lorsqu'il est dit que vous avez reçu une somme que je vous ai comptée en présence des notaires, pouvez-vous me déférer le serment sur le point de savoir si la numération m'a réellement été faite? La jurisprudence avait même varié sur ce point (2). Le doute n'était guère raisonnable en

(1) Quelques docteurs en avaient douté. *Voy.* Pothier, n.° 820. Leur opinion avait été rejetée. Notre article ne permet plus de doute sur ce point.

(2) *Voy.* les Principes du droit de Duparc-Poullain, tom. IX, pag. 437.

Bretagne, où l'art. 293, en proscrivant « l'excep-» tion de *pécune non nombrée* ou de marchandise » non livrée, » ajoutait que celui qui s'est obligé pouvait néanmoins requérir et avoir de serment du créancier.

La généralité de l'art. 1360 du Code ne permet point également de douter que le débiteur ne puisse déférer au créancier le serment, sur la réalité de la numération d'une somme, quoique dite comptée en présence des notaires. D'ailleurs, dit fort bien Duparc-Poullain, la numération qui leur a paru réelle et sincère peut n'avoir été que feinte, et il suffit qu'ils puissent avoir été trompés, sans être coupables de faux, pour admettre la ressource du serment entre les parties, sans inscrire l'acte en faux (1).

---

(1) M. Delvincourt, tom. II, pag. 838, pense que si le fait sur lequel le serment est déféré est contraire aux faits certifiés dans l'acte, le serment ne pourrait être déféré qu'autant que le défendeur se serait inscrit en faux, parce que si l'art. 1360 dit que le serment peut être déféré quand même il n'existerait aucun commencement de preuve de l'exception, il faut au moins qu'il ait été proposé une exception. Or, dit-il, *on ne peut proposer d'exception contraire aux faits attestés dans un acte authentique, qu'en s'inscrivant en faux.*

Cette dernière proposition est inexacte. L'art. 1319 du Code dit bien que l'acte authentique fait *pleine foi, etc.*; mais il ne dit pas, et nulle autre loi ne le dit, qu'on ne peut proposer d'exception contre la foi due à cet acte. On peut certainement opposer par exception qu'il est simulé, quoique le notaire en atteste la réalité. Pourquoi donc, quand il atteste la numération des espèces en sa présence, ne pourrais-je pas vous opposer qu'elles ne m'ont pas été réellement comptées, et vous déférer le serment sur ce point? Nous préférons donc la doctrine de Duparc-Poullain et de la Coutume de Bretagne.

A plus forte raison, le serment peut être déféré sur ce qui s'est passé ou sur ce qui a été dit avant, lors ou depuis l'acte, sur le sens ou l'intention des parties, dans une clause équivoque ou obscure, sur la simulation d'un acte, etc.

On pensait autrefois qu'un porteur d'endossement n'était pas obligé de se purger, par serment, sur la sincérité de l'ordre passé à son profit ; mais aujourd'hui le serment ne peut être refusé dans aucun cas. Cela résulte de ce qu'il n'est dérogé, par aucune disposition du Code de commerce, aux art. 1358 et 1360 du Code civil. *Voy.* le Répertoire, v°. *Endossement*, tom. IV, pag. 607 de la 4°. édit.

381. Si l'on peut déférer le serment sur la vérité des faits attestés dans un acte même authentique, sans l'attaquer de faux, il faut dire aussi qu'on peut le déférer sur la vérité des faits contenus dans une enquête. L'art. 147 de notre Coutume de Bretagne le permettait expressément (1).

On ne pourrait certainement pas déférer le serment sur des faits de subornation des témoins ou de faux témoignages; mais le témoin qui n'a pas dit la vérité, ou toute la vérité, n'est pas toujours un faux témoin ; il a pu se tromper dans sa déposition, rapporter les faits d'une manière inexacte

(1) Cet article porte : « La preuve qui est faite par deux témoins » est suffisante, et néanmoins pourra être pris le serment de la partie » que ses témoins ont dit vérité, si requis est. »

par défaut de mémoire, parce qu'il ne les a pas bien vus. Telle est souvent la cause de cette affligeante variété qu'on remarque dans les enquêtes. Pourquoi donc refuserait-on la ressource du serment décisoire, qui peut être déféré, suivant l'article, 360, en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve? Il serait honteux de refuser le serment sur la vérité d'un fait attesté par un témoin, lorsqu'on a de ce fait une connaissance personnelle.

382. Le serment décisoire peut être déféré *en tout état de cause* (1360), même en cause d'appel, comme en première instance; car c'est un moyen de prouver la demande originaire, et s'il n'est pas permis de former de nouvelles demandes en cause d'appel (art. 464 du Code de procédure), il est toujours permis d'y faire valoir des moyens nouveaux, d'y proposer des preuves nouvelles ou omises en première instance (1).

383. La prestation du serment devient, en faveur de celui qui l'a prêté, une preuve irréfragable de libération, qui tient lieu de paiement : *Vicem solutionis obtinet est acceptilationi simile. Lois* 27 *et* 40, *ff de jurejur.*, 12. 2. Les lois romaines disent aussi que le serment tient lieu d'un jugement (2).

---

(1) *Voy.* Domat, *Suppl. au Droit public*, liv. 4, tit. 8, n.° 6. *Voy.* aussi les Questions de procédure de M. Carré, sur l'art. 464, questions 2382--2387.

(2) Loi 1, *ff quarum rerum actio non detur*, 44. 5.

Mais il a plus de force qu'un jugement dont on peut appeler : *Majoremque habet autoritatem quàm res judicata. Loi 2, ff H. T.* Après la prestation, celui qui l'a déféré ou référé ne peut plus, sous aucun prétexte, reproduire son action en justice (1).

384. Au reste, celui qui a déféré le serment peut dispenser de le prêter l'adversaire qui a déclaré être prêt à le faire, et cette dispense a le même effet que la prestation effective. *Voy.* Voët, *in Pandectas, H. T., n°.* 23.

385. Si celui à qui le serment a été déféré venait à décéder avant de l'avoir prêté, sans en avoir été dispensé, la délation de serment demeurerait comme non avenue, parce que la condition ne serait pas accomplie, et que le défaut d'accomplissement ne viendrait pas de la faute de celui qui avait déféré le serment (2).

C'est le principe général qui s'applique au serment supplétif, aussi bien qu'au serment décisoire; mais dont l'application est soumise à une distinction.

Si le défunt avait, sans motifs légitimes, retardé de prêter le serment et de déclarer qu'il était prêt à le faire, et, à plus forte raison, s'il avait été mis en demeure, nul doute que le serment doive être

---

(1) *Si inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eamdem causam retractare. Lois* 31 *et* 35, § 1, *H. T. Loi* 31, *ff de dolo.*

(2) *Voy.* ce que nous avons dit sur l'accomplissement des conditions tom. VI, n.os 609 et 610.

tenu pour non prêté, et, en conséquence, si c'est un serment décisoire, la délation est comme non avenue, les choses rentrent dans l'état où elles étaient auparavant. S'il s'agit d'un serment supplétif déféré au demandeur, les sommes qui lui avaient été adjugées sous cette condition doivent être déclarées ne lui être pas dues, sans que ses héritiers puissent être admis à prêter le serment. Le juge peut seulement déférer au défendeur le serment supplétif, qu'il avait d'abord déféré au demandeur.

Si c'est le défendeur qui décède sans avoir prêté le serment supplétif qu'on lui avait déféré, sa succession doit être condamnée de payer les sommes demandées, en déférant toutefois le serment supplétif au demandeur; car c'est par la faute du défendeur qu'a défailli la condition de sa libération.

Si, au contraire, le serment n'a pas été prêté par la faute de l'adversaire de celui à qui il était déféré; s'il n'a pas tenu à ce dernier de le prêter; par exemple, s'il en a été empêché par des appels, des requêtes civiles ou des subterfuges de son adversaire, le serment doit être tenu pour prêté.

Cette distinction, conforme aux principes sur l'accomplissement des conditions, est aussi conforme à l'ancienne jurisprudence des arrêts (1).

---

(1) *Voy.* le Dictionnaire des arrêts de Prost du Royer, tom. III, v.° *Affirmation*, pag. 382, n.° 18. Boucheul sur Poitou, art. 76, numéro 14.

Le serment devrait également être tenu pour prêté, si celui à qui il était déféré avait déclaré être prêt à le faire, et mourait sans qu'on pût lui reprocher aucun retardement (1).

La mort de celui qui avait déféré le serment, arrivée avant que son adversaire eût accepté la condition, autorise ses héritiers à rétracter la délation, comme il pouvait le faire lui-même, jusqu'à l'acceptation (1364); car ils succèdent à tous ses droits.

386. Après la prestation du serment déféré ou référé, tout est irrévocablement consommé. On n'a plus à rechercher si le débiteur devait réellement, mais seulement s'il a rempli, par son serment, la condition de la transaction : *Dato jurejurando, non aliud quæritur quàm an juratum sit; remissâ quæstione an debeatur. Loi* 5, § 2, *ff H. T.* 12.

Celui qui a déféré ou référé le serment n'est plus recevable à en prouver la fausseté (1363), même sous prétexte de parjure : *Causa jurejurando, ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato et præstito, vel remisso decisa, nec perjurii prætextu retractari potest. Loi* 1, *Cod. de rebus creditis et jurejur.*, 4. 1.

L'empereur Alexandre pose en principe, avec beaucoup de raison, que ce n'est point à l'homme, mais à Dieu, de venger le parjure : *Jurisjurandi*

---

(1) *Voy.* Voët, *in ff. lib.* 12, *tit.* 2, *n.°* 24.

contempta religio satis Deum habet ultorem. Loi 2, ibid.

387. Cependant, l'art. 356 du Code pénal punit celui à qui le serment aura été déféré ou référé en matière civile, et qui aura fait un faux serment, de la dégradation civique, peine infamante, qui « consiste dans la destitution et l'exclusion du con-» damné de toutes fonctions ou emplois publics, » et dans la privation du droit d'être juré, expert, » témoin dans les actes, ni déposer en justice au-» trement que pour y donner de simples renseigne-» mens, d'être tuteur ou curateur, si ce n'est de ses » enfans, et sur l'avis seulement de sa famille; en-» fin, déchu du droit de port d'armes, et du droit » de servir dans les armées du Roi. » (Art. 34; *junct.* art. 28 du Code pénal).

Ce n'est pas que notre législation ait voulu donner aux hommes le soin de venger Dieu; mais le parjure contient un délit envers la société, en ce qu'il blesse ses intérêts par l'exemple d'immoralité et de perversité qu'il donne.

Mais la partie qui a déféré ou référé le serment n'est pas recevable à poursuivre le parjure. Elle serait repoussée par la disposition de l'art. 1363, ci-dessus cité, qui ne lui permet pas de prouver la fausseté du serment, après qu'il a été prêté. Cette disposition, conforme à notre ancienne jurisprudence et au droit romain, est fondée sur ce que la délation de serment contient, comme nous l'avons vu ci-dessus, une véritable transaction. Celui qui

défère ou qui réfère le serment, offre de soumettre le sort de la contestation à la condition de la prestation du serment déféré ou référé; cette offre, suivie d'acceptation, forme entre les parties une transaction parfaite et irrévocable, qui n'est point subordonnée à la vérité du serment, mais au seul fait de sa prestation.

Inutilement celui qui l'a déféré prétendrait-il que la prestation d'un faux serment est un dol; c'est plus qu'un simple dol, c'est un délit; mais ce délit, mais ce dol, n'a point été la cause de ses offres, *non dedit causam contractui.* Sa volonté n'a point été surprise par des manœuvres sans lesquelles il n'eût pas déféré ou référé le serment. Il n'y a donc pas de motifs pour rescinder la transaction qui s'est formée par des offres dégagées de toute surprise. Sans doute, s'il avait cru son adversaire capable de faire un faux serment, il ne le lui eût pas déféré ou référé; mais, enfin, il a bien voulu en courir les risques. C'est un danger qu'il pouvait prévoir, et auquel est toujours exposé celui qui défère un serment; et comme il s'y expose sciemment et volontairement, il n'y a pas de motif pour annuler la transaction, à laquelle il doit s'en tenir (1).

---

(1) Ce sont les raisons qu'en donne la loi 21, *ff de dolo*, 4. 3 : *Quod si, deferente me, juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit ad probatum; Labeo ait actionem de dolo, in eam dandam. Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus, lib. 8 Digestorum, probat stari enim religioni debet.*

388. Mais quoique la loi défende de recevoir l'action de la partie qui demande, pour son intérêt privé, à prouver la fausseté du serment qu'elle a imprudemment déféré, l'intérêt de la société exige que le parjure ne reste pas impuni. Ainsi, le ministère public peut et doit le poursuivre. La seule question qui s'élève à cet égard est de savoir si, lorsqu'il s'agit d'une valeur de plus de 150^f^, il peut prouver par témoins la fausseté du serment, sans un commencement de preuve par écrit.

Il est de principe, à la vérité, que les délits peuvent être prouvés par témoins; c'ést même presque toujours le seul genre de preuve que l'on puisse employer pour en découvrir les auteurs; mais d'un autre côté, c'est une maxime générale et fort ancienne (1), que, toutes les fois que la réalité d'un délit suppose l'existence d'un fait antérieur non reconnu, dont la compétence n'est pas des tribunaux criminels, et dont la preuve testimoniale n'est pas admissible au civil, la poursuite de ce prétendu delit n'est pas reçue, s'il n'existe du fait antérieur qu'il suppose un commencement de preuve écrite, qui autorise à compléter la preuve par témoins. Cette maxime s'applique naturellement au crime du parjure, qui suppose toujours un fait civil antérieur, sans la réalité duquel il ne peut exister.

Supposons que je vous demande une somme de

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, tom. IX, n.^os^ 145, 150 et suiv.

300^{f}, en vertu d'un billet. Vous prétendez me l'avoir payée, et vous me déférez le serment sur ce point. Je jure que vous ne m'avez pas payé. Il est bien évident que ce serment ne peut être réputé faux qu'en supposant que vous m'avez réellement payé. Or, ce paiement est un fait qui n'est pas de la compétence des tribunaux criminels, et dont la preuve par témoins n'est pas admissible au civil, sans un commencement de preuve par écrit. On ne peut donc pas employer la voie criminelle pour faire admettre indirectement une preuve testimoniale réprouvée par la loi.

Inutilement insisterait-on sur ce que l'art. 1348, n°. 1, permet de prouver par témoins *les délits et les quasi-délits*. Le délit, s'il en existe, n'est pas dans le paiement que vous prétendez m'avoir fait de la somme de 300^{f}, mais uniquement dans la dénégation assermentée de ce paiement. Il ne peut être que là.

On pourrait sans doute, en vertu de l'art. 1348, prouver cette dénégation par témoins, si elle n'était pas déjà authentiquement consignée dans le jugement qui décerne acte de mon serment.

Mais la preuve de cette dénégation n'emporte pas celle de sa fausseté. Pour la prouver, il faut prouver le fait antérieur du paiement; fait purement civil, et qui ne porte aucun caractère de crime.

Et ce fait, qui ne porte aucun caractère de crime, on n'est pas admis à le prouver par les voies qui

sont propres aux faits criminels. N'étant point par lui-même soumis à la preuve testimoniale, il n'y devient pas soumis à raison de ce qu'il est allégué comme ayant précédé un autre fait susceptible de cette preuve.

C'est de la nature individuelle de chaque fait que dépend le genre de preuve dont il est susceptible, et comme sa nature n'est pas changée par cela seul qu'il est suivi d'un second fait auquel peut s'appliquer un autre genre de preuve, la règle qui détermine la manière de le prouver ne peut pas non plus être changée par la survenance de ce second fait.

Ces principes s'appliquent au cas même où c'est par le ministère public, seul et d'office, qu'est poursuivi un délit qui présuppose un fait antérieur, dont la preuve ne peut être légalement faite que par écrit. La Cour de cassation l'a ainsi décidé, dans un arrêt du 5 décembre 1806 (1), en rejetant la demande du procureur général de la Cour de justice criminelle du département d'Indre-et-Loire, en cassation d'un arrêt qui avait déclaré le ministère public non recevable à prouver par témoin un dépôt volontaire, qu'il accusait le sieur Pichonneau d'avoir violé. « Attendu qu'avant de » porter aux tribunaux correctionnels une plainte » en violation de dépôt, il est nécessaire que ce dé-

(1) Il est rapporté dans le Répertoire de jurisprudence, v.° *Serment*, tom. XII, pag. 504 de la 4.e édit.

» pôt soit légalement constaté; qu'autrement, ce » serait admettre la preuve testimoniale dans un » cas où la loi l'a expressément prohibée, et four- » nir un moyen aussi facile qu'assuré d'éluder la » loi; que cette règle générale reçoit son applica- » tion, soit que le procès criminel ait commencé » sur la plainte de la partie qui se prétend lésée, » soit qu'il n'y ait eu de plainte et de poursuite » que de la part du ministère public, sans adjonc- » tion d'une partie civile. »

La Cour de cassation a appliqué au cas du parjure les principes que nous venons d'exposer, par deux arrêts, l'un du 5 septembre 1812, l'autre du 17 juin 1813 (1). Voici les considérans de ce dernier arrêt : « Attendu que si les faits criminels peu- » vent être prouvés par des dépositions de témoins, » et par tout autre moyen de conviction, étranger » à la preuve qui résulte des actes écrits, il n'en est » pas de même des faits civils autorisés par la loi » civile, et dont la preuve est assujétie par elle à la » production d'un acte écrit qui les constate;

« Qu'à l'égard de ces faits, la loi, qui détermine » le genre de preuve qui en peut être admise, étend » son empire sur la procédure criminelle comme » sur la procédure civile; qu'elle doit être respectée » et observée par les juges criminels, même dans » le cas où le fait autorisé par la loi civile, se liant

---

(1) Rapportés l'un et l'autre dans le Répertoire, *ubi suprà*, pag. 505 et suiv., avec les savantes conclusions que donna M. Merlin.

» par des rapports nécessaires et absolus au fait » puni par la loi criminelle, la preuve du fait cri- » minel ne peut être établie que par celle du fait » civil, et doit en être la conséquence, etc. »

Voilà les principes clairement établis par la Cour régulatrice. Posons donc en principe que lorsqu'il s'agit d'un fait qui n'est pas susceptible de la preuve testimoniale, le ministère public ne peut prouver par témoin la fausseté du serment, sans un commencement de preuve par écrit.

389. Ajoutons que, dans le cas où le ministère public parviendrait à se procurer des preuves de la fausseté du serment, et à faire condamner le parjure, celui qui lui avait déféré ou référé le serment n'en demeurerait pas moins irrévocablement déchu de sa demande ou de son exception (1), parce que la délation du serment décisoire, suivie d'acceptation, forme, comme nous l'avons déjà dit, une transaction irrévocable, une transaction conditionnelle, au moyen de laquelle le juge n'a

---

(1) D'Argentré, sur l'art. 171 de l'ancienne Coutume de Bretagne, conforme à l'art. 1363 du Code civil, fait une exception pour le cas où l'on peut prouver sur-le-champ le parjure par écrit; mais M. Poullain, dans le Commentaire sur l'art. 163 de la nouvelle Coutume, rejète cette exception, et dit sans balancer que le serment a toujours son effet, sans que la partie puisse profiter de la punition du parjure.

Prost du Royer, *nouveau Dictionnaire des arrêts*, v.° *Affirmation*, tom. III, pag. 375, est d'une opinion contraire. Nous pensons que l'opinion de Poullain, conforme au droit romain, *loi* 1, *Cod. de reb. cred.*, *l.* 1, est aussi plus conforme à l'esprit de l'art. 1363 du Code civil. *Voy.* aussi Voët, *in ff de jurejur.*, n.° 5.

plus à examiner que la seule question de fait, si la condition est accomplie, *an juratum sit*, si le serment a été prêté. Il n'a plus à s'occuper de la question de droit, savoir : si celui à qui était déférée la condition du serment, et qui l'a remplie, doit ou ne doit pas, *an debeatur*. *Loi* 5, § 2, *ff de jurejur.* Il n'a donc point à rechercher si le serment prêté est conforme à la vérité : ce n'est point là la condition de la transaction.

On peut dire cependant que celui qui fait un faux serment commet un dol et même un délit. Il semblerait donc que son adversaire peut lui opposer la fausseté de son serment, comme un dol qui l'autorise à faire rescinder la transaction formée par la délation de serment ; car toute la transaction peut être rescindée pour cause de dol.

Oui, sans doute, lorsque c'est le dol qui a été la cause déterminante de la transaction : *Cùm dolus causam dedit contractui* ; mais ce n'est point ici le cas. En vous déférant le serment décisoire, j'ai, il est vrai, espéré, j'ai cru même que vous respecteriez assez la vérité pour ne pas vous parjurer ; mais je n'en ai point fait une condition de la délation de serment ; je n'ai point dit, je m'en rapporte à votre serment, s'il est conforme à la vérité ; je vous ai dit, je m'en rapporte au témoignage que vous donnerez sous la foi du serment. Je n'ai pas pu ajouter pour condition, s'il est conforme à la vérité. Cette réserve aurait détruit tout l'effet que la loi attend de la délation du serment, et l'aurait

rendu illusoire; car il resterait toujours la question de savoir si le serment est faux ou vrai. Il faudrait donc recommencer le procès. Ainsi, une pareille réserve serait diamétralement contraire au but que s'est proposé la loi, en admettant comme preuve juridique la prestation du serment décisoire qu'elle a introduit comme le remède le plus puissant pour étouffer jusque dans leurs racines tous les germes du procès : *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio. Loi* 1, *ff de jurejur.*, 12. 2.

Or, il est bien évident que, loin d'étouffer les germes, la délation du serment ne ferait qu'y ajouter un serment de plus, si elle contenait la réserve d'en prouver la fausseté.

C'est donc avec beaucoup de sagesse qu'après la prestation du serment décisoire, la loi a défendu d'y opposer l'exception du dol, commis par celui qui s'est parjuré : *Adversus exceptionem jurisjurandi, replicatio doli mali non debet dari. Loi* 15, *ff de except.*, 44. 1. La raison en est que ce dol n'a point été la cause déterminante de la délation de serment, puisqu'il n'a été commis que depuis.

390. Mais si je puis prouver que c'est par un dol personnel que vous m'avez engagé à vous déférer le serment, que je ne vous aurais pas déféré sans vos manœuvres, je pourrai me faire restituer contre l'acte par lequel je l'ai déféré. Pothier, n°. 825, donne pour exemple d'un dol qui a donné lieu à la délation du serment, la soustraction que vous

m'auriez faite du titre qui établit ma créance. Si, sur la demande que je vous ai faite, et faute d'avoir mon titre au soutien, je vous ai déféré le serment, comme c'est en ce cas la soustraction de mon titre, et par conséquent votre dol, qui m'a réduit à le déférer, si je parviens à me procurer la preuve de cette soustraction, je puis me faire restituer contre la délation de serment, en appelant du jugement rendu à votre profit, en conséquence de votre prestation de serment, et conclure à ce que, sans y avoir égard, nous soyons remis au même et pareil état où nous étions avant la délation; et, qu'en conséquence, vu ce qui résulte de la soustraction de mon titre, vous soyez condamné de me payer.

Si le jugement était en dernier ressort, je pourrais me pourvoir par requête civile, pour cause de dol personnel, conformément à l'art. 480 du Code de procédure civile.

391. Du principe incontestable que les effets du serment décisoire dérivent de la transaction ou convention formée par la délation, suivie d'acceptation, il en résulte qu'il ne peut avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayant-cause, et seulement à l'égard de la chose sur laquelle il a été déféré. C'est donc avec beaucoup de justesse que Pothier, n°. 823, applique au serment la disposition raisonnable de la loi 27, § 4, *ff de pactis*, 2. 13.

Animadvertendum est ne conventio in aliâ re facta, aut cum aliâ personâ, in aliâre, aliâve personâ noceat.

La loi 3, § 3, *ff H. T.*, dit aussi que le serment ne peut nuire à des tiers : *Jusjurandum alteri nec nocet nec prodest.*

L'art. 1365 de notre Code civil a consacré ces principes : « Le serment fait ne forme preuve qu'au » profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au » profit de ses héritiers ou ayant-cause et contre » eux. »

Si donc l'un des héritiers de Caïus me demande sa part d'une somme de 4,000^{f}, dont il soutient que mon père était débiteur envers Caïus, et me défère le serment sur la réalité de la dette dont il prétend que j'ai connaissance, le serment négatif que j'aurai prêté formera une preuve contre lui à mon profit, mais non contre ses cohéritiers, ni au profit de mes frères et sœurs, héritiers comme moi de notre père commun. Ainsi, il pourra agir contre eux pour leur part de la dette prétendue de 4,000^{f}, sans qu'ils puissent lui opposer le serment que j'ai prêté, *jusjurandum alteri non prodest*, et les autres héritiers de Caïus pourront agir contre moi, sans que je puisse leur opposer le serment que j'ai prêté sur la délation du premier d'entre eux.

392. Cependant, « le serment déféré au débiteur » principal libère également les cautions....., et » celui déféré à la caution profite au débiteur prin- » cipal. » (Art. 1365).

« Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires pro- » fite aux codébiteurs. » (Même article).

La raison qu'en donnent les lois romaines, d'où

ces dispositions sont tirées, c'est que le serment tient lieu de paiement : *Nam jusjurandum loco solutionis cedit. Lois 27 et 28, § 1, ff H. T.*

« Dans ces deux derniers cas, le serment du co-» débiteur solidaire, ou de la caution, ne profite » aux autres codébiteurs, ou au débiteur principal, » que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non pas » sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.» (1365).

Si modò ideò interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de personâ jurantis ageretur. Loi 28, § 1. Car, si la caution a juré seulement qu'elle n'avait pas contracté de cautionnement, le débiteur principal n'en peut tirer avantage; et si l'un des débiteurs solidaires a juré qu'il n'a pas contracté l'obligation, ses codébiteurs n'en peuvent également tirer avantage.

En suivant ces principes, il semblerait que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur libère également ce dernier envers les autres; car le serment tient lieu de paiement, et le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous, encore que le bénéfice de l'obligation soit divisible entre les divers créanciers. (1197).

Mais comme, à la différence du droit romain, loi 2, *ff de duobus reis*, 45. 2, l'art. 1198 du Code veut que la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier, l'art. 1365 a aussi voulu

que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires, ne libérât celui-ci que pour la part de ce créancier; car la délation du serment décisoire est une véritable remise conditionnelle : je vous tiens quitte, si vous jurez.

393. Le Code n'a point dit expressément que le serment décisoire ne peut, entre les mêmes parties, avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle le serment a été déféré; mais le principe, établi dans le droit romain, n'en doit pas moins être observé; car il est conforme à la raison. Il en résulte qu'après avoir déféré à mon adversaire le serment sur le fait de savoir s'il avait connaissance d'une dette que son auteur avait contractée envers moi, je puis demander à prouver la réalité de cette dette par un autre genre de preuve, sans qu'il puisse m'opposer le serment qu'il a prêté; car il ne s'agit plus de la même chose. L'objet du serment déféré était la connaissance qu'il pouvait avoir de la dette. L'objet de ma demande actuelle est la preuve que je prétends faire de la réalité de cette même dette, qu'il ne connaissait pas.

394. La loi 11, *ff hoc titulo*, 12. 2, nous donne un autre exemple de l'application du principe que le serment ne fait preuve qu'à l'égard du fait précis sur lequel il a été prêté. Le possesseur d'un fonds a juré qu'il n'appartenait point au demandeur qui lui déférait le serment, *rem petitoris non esse.* Tant qu'il possédera ce fonds, le défendeur pourra opposer l'exception du serment à celui qui le lui avait

déféré; mais, si celui-ci devient à son tour possesseur du même fonds, celui qui a perdu la possession ne pourra plus argumenter de son serment pour révendiquer le fonds; car, s'il a juré qu'il n'appartenait point à son adversaire, il n'a pas juré qu'il lui appartenait à lui-même : *Non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse*, dit Ulpien. Il ne peut donc se prévaloir d'un serment dont l'objet n'était pas le même.

395. En général, dit Pothier, n°. 823, « pour » savoir si ce qu'on demande est la même chose » sur laquelle le serment a été déféré, et qui a été » terminée par ce serment, on peut appliquer les » règles que nous avons établies pour savoir quand » ce qui est demandé doit être censé la même » chose que ce qui a été décidé par le jugement in- » tervenu entre les parties. »

396. La prestation du serment tient évidemment de la nature des aveux judiciaires (1). On doit donc appliquer au serment la disposition de l'art. 1356, sur l'indivisibilité de l'aveu. Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 18 janvier 1813, rapporté dans le Répertoire, v°. *Testament*, sect. 4, § 3.

En voici les motifs :

« Attendu que l'arrêt du 28 janvier 1809 a pré- » jugé que les sermens décisoires, déférés par la

(1) *Voy.* le Dictionnaire des arrêts de Prost du Royer, v.° *Affirmation*, pag. 379.

» veuve Buscaillone, et prêtés par les mariés For-
» mica, en exécution de l'arrêt du 13 avril 1808,
» pourraient être divisés, et qu'ils cesseraient de
» faire preuve complète en leur faveur, dans le cas
» où la veuve Buscaillone prêterait, à son avantage,
» le serment à elle déféré sur des faits étrangers à
» ceux sur lesquels le serment décisoire avait été
» déféré par elle, et fait par lesdits mariés For-
» mica : d'où résulte une violation expresse de ces
» articles (1356, etc.) — La Cour casse et annule
» dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de leur
» exécution entre les parties intéressées, lesdits ar-
» rêts des 13 avril 1808 et 28 janvier 1809.....»

§ II.

Du Serment déféré d'office.

SOMMAIRE.

397. ***Deux espèces de sermens déférés d'office, le serment*** supplétif ***et le serment*** in litem.

398. ***Différence du serment décisoire et du serment supplétif, qui n'a rien de commun avec une transaction.***

399. ***Comment on a pu autoriser la délation d'un serment dont l'expérience démontre l'inutilité, et que réprouvent la raison et les principes du droit.***

400. ***L'empire de l'habitude et du préjugé l'ont fait maintenir dans les causes douteuses.***

401. ***Les interprètes ne sont pas d'accord sur ce qu'il faut entendre par causes douteuses. L'opinion de la glose, qui dit que ce sont celles où l'insuffisance des preuves laisse l'esprit du juge dans le doute, a prévalu.***

402. *Les rédacteurs du Code l'ont suivie sans examen; L'art. 1367 exige, pour la délation, que la demande ne soit pas* pleinement justifiée, *et qu'elle ne soit pas* totalement dénuée de preuves.

403. *La première disposition est un correctif de la doctrine de Pothier, qui pensait que le juge pouvait déférer le serment supplétif, lors même qu'il y avait des preuves acquises.*

404. *Il ne doit pas être déféré, même sur la demande de l'autre partie, quand la preuve est complète.*

405. *Un arrêt de la Cour de cassation qui le juge ainsi, défendu contre la critique de M. Duranton.*

406. *Le serment supplétif pourrait être déféré, si la preuve ne consistait que dans une enquête.*

407. *Il faut des commencemens de preuve écrite pour déférer le serment supplétif au-dessus de 150 fr.*

408. *Les déclarations faites à l'audience, lors d'un interrogatoire sur faits et articles, et en bureau de paix, peuvent tenir lieu.*

409. *Au-dessous de 150 fr., il n'est pas besoin de commencement de preuve écrite : des présomptions suffisent.*

410. *Mais elles doivent être plus fortes que pour admettre la preuve testimoniale.*

411. *C'est, au reste, un point entièrement abandonné à la prudence du magistrat.*

412. *Est-ce au défendeur ou au demandeur qu'il faut déférer le serment?*

413. *Dans le doute, c'est au défendeur. On ne peut commettre d'injustice en le lui déférant, quand la preuve de la demande est incomplete.*

414. *La moralité des personnes et les circonstances de la cause, peuvent faire exception au principe.*

415. *La déposition d'un seul témoin ne suffisait pas, sui-*

vant les docteurs, pour déférer le serment supplétif. Elle peut suffire aujourd'hui.

416. Quid *de l'aveu extrajudiciaire fait hors la présence du créancier?*

417. *Les livres des marchands suffisent pour autoriser à leur déférer le serment, ou à le déférer au défendeur, s'ils ne sont pas représentés.*

418. *Le serment supplétif ne doit pas être admis dans les causes d'une grande importance.*

419. *Quelles sont ces causes? Les causes d'état, de mariage, en sont un exemple.*

420. *Le juge ne peut déférer ce serment que sur un fait personnel à celui qui doit le prêter.*

421. *Il ne peut le déférer aux veuves ou héritiers. Différence à cet égard entre le serment décisoire et le supplétif.*

422. *Régulièrement, le serment supplétif doit être déféré par interlocutoire ou avant faire droit.*

423. *Le serment supplétif ne peut être référé. Le juge ne peut changer sa première délation.*

424. *On peut appeler du jugement qui défère le serment supplétif.*

425. *Le peut-on, après la prestation du serment? Distinction.*

426. *On peut prouver la fausseté du serment prêté par pièces nouvellement recouvrées, quand même elles n'eussent pas été retenues par le fait de celui qui l'a prêté.*

427. *Inexactitude de Pigeau sur ce point.*

428. *Le délai de l'appel et de la requête civile court du jour où la pièce a été découverte.*

429. *Comment on peut prouver le jour de la découverte.*

397. Le serment déféré d'office est de deux espèces, le serment nommé ordinairement supplétif, parce qu'il est déféré pour suppléer à l'insuffisance

des preuves, et le serment déféré sur la valeur des choses qui sont l'objet du procès, et que le droit romain appèle serment *in litem*. Nous en parlerons *infrà*, n°. 430. Nous ne parlons ici que du serment supplétif.

398. Il existe une différence essentielle entre le serment décisoire et le serment déféré d'office, appelé aussi serment supplétif.

La délation du serment décisoire, suivie d'acceptation, forme entre les parties, comme nous l'avons vu, une transaction qui lui donne plus de force qu'à la chose jugée : *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quàm res judicata. Loi 2, ff H. T.*, 12. 2.

Il n'est donc plus permis ni d'appeler du jugement rendu sur la prestation de serment, ni de revenir contre la décision, lors même que la fausseté du serment est prouvée.

Au contraire, le serment supplétif, que les interprètes appèlent aussi serment judiciel ou nécessaire, n'a rien de commun avec la transaction. La délation de ce serment n'est point le fait de la partie ; c'est celui du juge, qui peut le déférer sans la consulter, et même malgré son opposition. Il n'a de commun avec le serment décisoire que le danger de confier la décision d'une cause au jugement de la personne intéressée, dans un tems où la dépravation des mœurs est à son comble, les croyances religieuses presque nulles, et où l'intérêt est le dieu caché de la plupart des hommes.

399. Comment donc le législateur, qui a montré avec raison une défiance du témoignage des hommes, même désintéressés, tellement forte qu'il ne permet pas de recevoir leur déposition dans une cause excédant la modique valeur de 150^{f}, a-t-il pu autoriser le magistrat à constituer l'un des contendans juge et partie dans sa propre cause, sans même en fixer la valeur?

Qu'une des parties puisse déférer le serment décisoire, on le conçoit. Maîtresse de ses droits, elle peut y renoncer : elle peut donc en faire la remise ou les abandonner, sous une condition dont elle connaît tout le danger. C'est en conséquence de son excessive, mais imprudente confiance, que la loi ne permet pas à l'autre partie de refuser le serment, si mieux elle n'aime le référer : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.*

D'ailleurs, la délation du serment décisoire est provoquée par la nécessité. Dénué de toute espèce de preuve, un demandeur se trouve réduit à la triste ressource d'abandonner son bon droit à la frêle garantie du serment de son adversaire.

Mais que le magistrat, qui n'a pas le pouvoir de disposer des droits litigieux, mais uniquement de les juger, puisse néanmoins, sans y être forcé, en soumettre la décision au jugement de la partie intéressée, c'est véritablement ce qui a droit d'étonner; c'est, nous osons le dire, ce qui est contraire à la raison; c'est ce que la loi même proclame

hautement inique : *Iniquum est aliquem suæ rei judicem fieri*, dit la loi 17, *ff de judiciis*, 5. 1.

Qui donc a pu autoriser le législateur à donner au magistrat un pouvoir aussi exorbitant?

Est-ce la nécessité? Est-ce l'expérience des effets salutaires du serment supplétif, pour découvrir la vérité? Non, certes; l'expérience n'en a prouvé que les dangers et les mauvais effets. Il y a plus d'un siècle et demi qu'un de nos plus grands magistrats, le président de Lamoignon, disait, en parlant de l'interrogatoire sur faits et articles, toujours précédé du serment de dire vérité, que ceux qui sont interrogés consultent bien moins leur conscience que le palais, sur ce qu'ils ont à dire... et que l'on n'a point vu qu'un homme préparé sur ce qu'il doit répondre, *ait jamais perdu son procès par sa bouche*. C'est bien souvent, ajoute-t-il, l'occasion d'un parjure prémédité, qu'il serait beaucoup meilleur de retrancher (1).

Pothier, n°. 831, dit, en parlant spécialement du serment supplétif, qu'il ne conseillerait pas aux juges d'user souvent de cette précaution, *qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures.*

Quand un homme, ajoute-t-il, est honnête homme, il n'a pas besoin d'etre retenu par la religion du serment.... et quand il ne l'est pas, *il n'a aucune crainte de se parjurer*. Depuis plus de qua-

(1) *Voy.* le Procès-verbal des conférences sur l'ordonnance de 1667, pag. 207 et suiv.

rante ans que je fais ma profession, j'ai vu *une infinité de fois* déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait été retenue, par la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu.

Ainsi, d'après l'observation des hommes les plus sages et les plus expérimentés, loin de prouver les bons effets du serment supplétif, l'expérience en a démontré les mauvais effets et le danger; elle suggère les raisons les plus fortes pour le faire supprimer.

Serait-ce donc la nécessité qui en a fait maintenir l'usage? Nullement encore. Il suffit de rappeler le cas où le Code le permet, pour être convaincu qu'il n'y a nulle nécessité de recourir au serment supplétif, et que les raisons de droit les plus fortes s'élèvent contre cet usage. L'art. 1367 n'en permet la délation que sous deux conditions : 1°. que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2°. qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Mais, d'abord, si la demande n'est pas pleinement justifiée, la loi, d'accord avec la raison, dit qu'il faut la rejeter : *Actore non probante, reus absolvi debet.* Il faut même que la preuve soit complète : *Negantes debitores..... petitore intentionem suam non implente..... absolvi oportet* (1). Le de-

(1) Loi 9, *Cod. de obl. et act.*, 4. 10. *Leg. ult., Cod. de rei vindic.*, 3. 32.

mandeur n'a point à s'en plaindre ; il doit savoir que la justice n'accueille aucune demande sans une preuve complète. Si la demande est fondée sur des indices, sur des conjectures ou présomptions assez fortes pour élever des doutes dans l'esprit du juge, mais insuffisantes pour le déterminer ; en un mot, s'il reste dans le doute, la raison ne lui prescrit-elle pas de suivre cette antique maxime de sagesse, *abstiens-toi*, si tu doutes qu'une action soit bonne ou mauvaise ; abstiens-toi surtout de condamner sans preuves ?

Le doute n'est donc pas un motif raisonnable pour autoriser le juge à s'en débarrasser par un moyen aussi dangereux que la délation du serment à la partie intéressée, contre la volonté de l'autre partie. Le juge qui a recours, sans nécessité, à un tel moyen, a donc évidemment deux reproches à se faire ; l'un, de donner l'occasion d'un parjure ; l'autre, de condamner celui qui peut-être ne devait pas l'être, et cela pour se débarrasser, sans nécessité, du poids d'un doute. Pothier avait bien raison de ne pas conseiller aux juges l'usage d'une ressource qui doit peser sur leur conscience beaucoup plus qu'un doute.

400. Quel motif a donc pu faire maintenir par nos législateurs l'usage d'un serment qui paraît si hautement proscrit par la raison ?

Quel motif ? L'empire de l'habitude et du préjugé. L'usage du serment supplétif, tel que l'admet le Code, s'est introduit par l'interprétation de

deux lois romaines ; la loi 31, *ff de jurejurando*, 12. 2, où il est dit : *Solent judices in dubiis causis, exacto jurejurando secundùm eum judicare qui juraverit ;* et la loi 3, *Cod. de reb. cred. et jurejur.*, 4. 1, qui porte : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

401. Mais que faut-il entendre par les causes douteuses dont parle la première loi, *in causis dubiis?* Par cette disette de preuves dont parle la seconde, *inopia probationum?* C'est sur quoi les interprètes les plus doctes n'ont pu s'accorder.

Les uns, tels que Duaren, Doneau, le président Favre, Heineccius (1) etc., pensent que les causes douteuses, dans lesquelles on peut déférer le sèrment supplétif, sont celles où les contendans ont chacun en leur faveur des preuves également fortes et complètes ; en sorte qu'il est douteux auxquelles il faut donner la préférence.

Les autres (2) pensent que les causes douteuses sont celles où l'esprit du juge reste dans le doute, parce que les preuves ne sont pas assez fortes pour le convaincre et le déterminer : *in quibus*, dit Vinnius, *judex dubius est ; ob minùs plenas probationes allatas.* Ils en donnent pour exemple le cas où le demandeur produit en sa faveur un seul témoin

---

(1) *Voy.* Heinecc., *Dissertat. de lubricitate jurisjurandi suppletorii*, § 8.

(2) *Voy.* Vinnius, *Quæst. select., lib.* 1, *cap.* 44.

sans reproches, dont le témoignage ne suffisait pas, suivant le droit romain, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat. Loi* 9, § 1, *Cod. de testibus.* Il en fallait deux pour former une preuve complète. Elle le devient, suivant la doctrine de ces auteurs, par le serment supplétif. Ainsi, ils ne donnent pas moins de force au sérment de la partie intéressée, dans sa propre cause, qu'à la déposition désintéressée d'un témoin irréprochable, *omni exceptione major*; ce que certainement la raison ne peut approuver.

L'opinion de ceux qui admettent le serment supplétif, dans le cas d'insuffisance des preuves, est celle de la glose, dont l'autorité fut si long-tems presque sans bornes. Elle fut suivie par toute l'école d'Accurse, par le droit canonique, qui a si prodigieusement étendu l'usage du serment (1), et prévalut dans les tribunaux de presque toute l'Europe, sans que l'on songeât seulement à examiner si cet usage est conforme à la raison. Ainsi, en remontant à la source, on voit que l'usage du serment, pour compléter une preuve qui n'existe pas, a été introduit par l'autorité peu imposante de la glose : *Causaque ex glossæ sententiâ judicata est, quam pro idolo habebant*; dit Heineccius (2).

402. Les rédacteurs du Code trouvèrent l'usage du serment supplétif tellement enraciné, qu'ils le suivirent sans examen. La rapidité avec laquelle

(1) Gonzalez, *in cap. ult. X de jurejur, lib.* 2, *tit.* 24.

(2) *Dissert. de lubricitate jurisjur. suppletorii*, § 20.

ils travaillaient ne leur permettait pas de soumettre toutes les doctrines à la balance de la raison.

Voyons donc ce qu'ils ont fait pour diminuer les inconvéniens et les abus d'un serment auquel Pothier conseille aux juges de n'avoir pas souvent recours.

L'art. 1367 du Code porte : « Le juge ne peut » déférer d'office le serment, soit sur la demande, » soit sur l'exception qui y est opposée, que sous » les deux conditions suivantes. Il faut,

» 1°. Que la demande ou l'exception ne soit pas » *pleinement* justifiée ;

» 2°. Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de » preuves.

» Hors ces deux cas, le juge doit, ou adjuger ou » rejeter purement et simplement la demande. »

La première de ces conditions est fondée sur l'inutilité du serment, lorsque la preuve de la demande est complète. La loi s'en tient alors au précepte qui défend les sermens inutiles, Dieu en vain tu ne jureras : *Ego autem dico vobis non jurare omninò. Matth.*, 5. 32. Le juge excéderait donc son pouvoir en ordonnant un serment inutile.

403. Cette première disposition est un correctif de la doctrine de Pothier, qui, à la vérité, a posé en principe, n°. 830, que si la preuve du fait qui sert de fondement à la demande ou aux exceptions est complète, le juge ne doit pas déférer le serment, mais donner gain de cause à celui qui a fait la preuve. Voilà la règle consacrée par notre article

Mais Pothier ajoute que si le juge, pour assurer davantage sa religion, avait déféré le serment sur un fait que ne peut ignorer, parce qu'il lui est propre, la partie qui a fait sa preuve, elle ne devrait pas refuser le serment, et ne serait pas écoutée dans l'appel du jugement; car, quoique le juge eût dû lui donner gain de cause, sans exiger son serment, il ne lui a pas fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien d'affirmer ce qu'on sait être vrai.

Cette assertion est certainement contraire à notre article, qui défend au juge de déférer le serment, lorsque la demande ou l'exception est pleinement justifiée. Cependant Pothier avait raison, dans le tems où il écrivait. Aucune loi n'avait alors déterminé, par une disposition précise, quand une preuve est tellement complète, que le juge ne puisse s'en écarter. *Voy. suprà*, n°. 15—19.

Si donc le juge ne trouvait pas suffisante une preuve quelconque, quoiqu'elle pût paraître complète aux yeux d'un autre, il pouvait, sans contrevenir à aucune loi, déférer d'office le serment supplétif, pour éclairer sa religion, comme le dit fort bien Pothier.

Aujourd'hui, le Code a déterminé l'effet de certaines preuves, de manière que le juge ne peut s'en écarter sans contrevenir à la loi. Ainsi, par exemple, les art. 1319 et 1320 disent que les actes, soit authentiques, soit sous seing privé, font *pleine foi* contre les parties. La demande, soutenue d'un

pareil acte, est donc *pleinement justifiée*, dans le sens de l'art. 1367. Le tribunal qui, non content de cette preuve, croirait pouvoir en outre déférer le serment supplétif, contreviendrait donc manifestément à la loi; son jugement ou son arrêt serait soumis à la censure, et infailliblement cassé, car la loi serait violée.

404. Bien plus : si l'une des parties, par des conclusions subsidiaires, avait demandé que son adversaire, qui avait en sa faveur une preuve littérale, n'obtînt gain de cause qu'en affirmant par serment que les actes qu'il produisait sont sincères, le juge pourrait condamner, sans déférer ce serment, s'il n'existait pas de présomptions graves de simulation contre celui qui les produit, parce qu'il ne peut être soumis à prêter un serment, quand il n'existe contre lui aucune présomption.

La Cour de cassation l'a ainsi décidé par arrêt du 30 octobre 1810 (1) :

« Attendu que la loi laisse à la prudence des » juges d'ordonner ou de ne pas ordonner le ser- » ment supplétif, suivant les circonstances, dont » elle remet l'application à leurs lumières et à leur » conscience; que le serment déféré par la dame » Chastenet, au sieur Montbrun, est purement » *supplétif*, puisqu'elle ne l'a déféré que subsidiai- » rement à tous moyens, et qu'il n'a apparu à la

---

(1) Rapporté dans le Répertoire, v.° *Serment*, § 2, art. 2, n.° 7.

» Cour d'appel d'aucune présomption qui ait pu » l'autoriser à l'ordonner dans l'espèce, et que, par » suite, en refusant d'y assujétir le sieur Montbrun, » la Cour d'appel n'a violé aucune loi de la ma- » tière. »

405. M. Duranton, tom. IV, n°. 1496, trouve cet arrêt mal rendu. Il nous paraît, au contraire, conforme aux vrais principes. « Lorsque, dit Pothier, n°. 850, la preuve du fait d'où dépend la décision de la cause, et qui sert de fondement à la demande, ou aux exceptions de la demande, est complétée, le juge ne doit pas déférer le serment, mais il doit donner gain de cause à celui qui a fait la preuve. »

L'art. 1367 ne permet la délation du serment supplétif, que sous la condition que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée.

Or, le sieur Montbrun avait fait sa preuve complète. Il ne s'élevait aucune présomption grave contre cette preuve : le juge ne devait donc pas lui déférer le serment supplétif. La dame Chastenet aurait pu, dans le principe, lui déférer le *serment décisoire* sur la sincérité des actes qu'il présentait. *Voy. suprà*, n°. 380. Elle ne le fit pas; elle combattit la preuve du sieur Montbrun, et elle conclut subsidiairement que, dans le cas où cette preuve fût trouvée suffisante, on lui déférât le serment sur la sincérité des actes : c'était donc réellement un serment supplétif. Le juge le trouva inutile.

M. Duranton prétend que c'était transformer le

serment *décisoire* en *supplétif*. Nous ne saurions le penser. Dans le cas de la délation du serment décisoire, le juge n'a plus à s'occuper des preuves que pourrait invoquer en sa faveur celui qui le défère; il ne reste d'autre question que celle de savoir s'il prêtera ou non le serment. Ce n'est pas ce que voulait la dame Chastenet; elle demandait que la Cour prononçât d'abord sur les moyens par lesquels elle combattait la preuve de son adversaire, et demandait subsidiairement que, si la Cour ne trouvait pas ces moyens solides, elle lui déférât le serment sur la sincérité des actes : c'était donc réellement un serment supplétif.

Après avoir examiné les preuves du sieur Montbrun, et les moyens par lesquels les combattait la dame Chastenet, la Cour trouva que les preuves étaient complètes, et par conséquent l'exception pleinement justifiée, et que les moyens de la dame Chastenet n'élevaient aucune présomption grave contre ces preuves. Elle ne devait donc pas déférer un serment inutile.

406. Mais si la demande n'était prouvée que par une enquête, par les dépositions de plusieurs témoins, même dignes de foi, le juge pourrait néanmoins, sans contrevenir à la loi, déférer d'office le serment supplétif au demandeur; car, quoique la preuve testimoniale soit mise au rang des preuves admises en justice, nous avons vu, tom. IX, numéro 322; que le magistrat n'est point astreint à y conformer son jugement : c'est à lui qu'il appar-

tient d'apprécier la force des témoignages (1); et, s'ils ne lui paraissent pas concluans, s'il ne trouve pas qu'ils justifient *pleinement* la demande; en un mot, si l'enquête lui paraît laisser quelque chose à désirer, il peut, pour achever sa conviction, déférer le serment supplétif; aucune loi ne le lui défend.

C'est alors le cas de dire, avec Pothier, que l'appel ne devrait pas être écouté. Il pourrait y avoir mal jugé, mais non ouverture à cassation.

407. Il est plus difficile d'expliquer nettement la seconde condition, qui ne permet la délation du serment supplétif que dans le cas où la demande n'est pas *totalement dénuée de preuves;* c'est-à-dire, ce nous semble, comme dit ailleurs le Code, articles 323, 341, 1347, lorsqu'il y a des commencemens de preuve.

Mais faut-il que ce soient des commencemens de preuve par écrit, ou bien suffit-il de présomptions ou indices résultant de faits constans, assez graves pour ébranler la persuasion du juge?

C'est la première question qui se présente, et qui nous paraît résolue par analogie des dispositions du Code, sur la preuve testimoniale, dont il ne permet l'admission, au-dessus de la valeur de 150^{f}, que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Les présomptions les plus fortes

---

(1) *Voy.* la loi 3, §§ 1 et 2, *ff de testibus*, 22. 5.

ne suffisent donc pas pour déférer le serment supplétif, lorsqu'il n'y a pas commencement de preuve par écrit ; car, en déférant ce serment, le magistrat n'admet pas seulement la partie intéressée comme témoin dans sa propre cause, mais il l'en constitue le seul juge, puisqu'il est obligé de conformer son jugement à ce qu'elle aura juré. Or, s'il ne peut remettre la décision à des témoins désintéressés, ni même les entendre, à plus forte raison, il ne peut la remettre au témoignage assermenté de la partie intéressée elle-même. C'est un point tellement évident, qu'il est inutile de s'y arrêter davantage.

Posons donc en principe que, dans les cas où la preuve testimoniale n'est pas admissible, le serment supplétif ne peut être déféré sans un commencement de preuve par écrit : il y aurait violation de la loi, et le jugement ou l'arrêt serait exposé à la censure.

408. Mais les déclarations faites par l'une des parties à l'audience, en présence des juges et du public, ont, à cet égard, autant de force qu'un acte écrit émané d'elle ; et si les juges trouvent qu'il résulte de ces déclarations un commencement de preuve suffisant pour rendre vraisemblable le fait dont il s'agit, ils peuvent ordonner le serment supplétif, sans que le jugement puisse être soumis à la censure ; car ils n'ont fait qu'apprécier les conséquences de ces déclarations. C'est ce qu'a fort bien décidé la Cour de cassation, dans

un arrêt du 5 juillet 1808 (1), rendu sur les conclusions du savant M. Daniels.

Cette décision doit être appliquée aux conséquences qu'on peut tirer d'un interrogatoire sur faits et articles, ainsi que des déclarations faites en bureau de paix, lorsqu'elles rendent le fait dont il s'agit vraisemblable (2).

409. Dans les causes où la preuve testimoniale est admissible, il n'est pas besoin d'un commencement de preuve par écrit pour déférer le serment supplétif, parce qu'en ces cas, l'art. 1353 permet au magistrat de juger sur des présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. Il suffit donc alors que les présomptions ou indices, comme dit l'art. 323, résultent de faits constans, et soient assez graves pour déterminer la délation du serment.

410. Mais, pour y déterminer le juge, ne faut-il pas des commencemens de preuve, des présomptions ou indices plus forts que pour admettre la preuve testimoniale?

Certes, la raison le dit; car la présomption qui résulte du serment supplétif est infiniment plus faible que celle qui résulte de la preuve testimoniale, d'où peut naître une preuve complète, qui

---

(1) Rapporté par Sirey, tom. VIII, pag. 433.

(2) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Rennes que nous avons cité tom. IX, n.° 122, pag. 213. *Voy.* aussi ce que nous avons dit *ibid.*, pag. 215, n.° 125.

d'ailleurs est toujours respective et commune aux deux parties, et qui enfin ne lie point le juge, comme la prestation du serment supplétif.

Si donc il était possible de soumettre au calcul ou à des règles sûres l'évaluation des degrés de probabilité, depuis le soupçon jusqu'à la certitude morale, *voy. suprà*, n^os^. 27—30, on pourrait aussi indiquer, d'une manière fixe et certaine, ce qu'il faut, pour déférer le serment supplétif, de plus que pour admettre la preuve testimoniale.

Mais comment déterminer ces nuances de vraisemblance, qui forment le commencement de preuve, et qui sont tellement difficiles à saisir, qu'elles ne paraissent pas les mêmes à deux personnes, ni quelquefois à la même personne, en des situations, en des tems différens?

C'est ce qui paraît au-dessus du pouvoir de la loi. On retombe donc nécessairement ici dans le plus effrayant arbitraire. C'est ce qui a fait dire à un jurisconsulte justement estimé (1), que le pouvoir exorbitant d'ordonner d'office le serment supplétif, dans le cas d'insuffisance des preuves, ouvre

---

(1) Doneau, *Comment. de jure civili, lib.* 24, *cap.* 19. Voici comment il s'explique : *Eadem sententiâ semel receptâ, magna fenestra aperta est malis et imperitis judicibus, pro libidine, pro hoc, aut pro illo pronunciandi. Quidquid enim pro alterutro allatum erit, semper judici color paratus est ad jusjurandum illi deferendum; dum dicit eum semi-plenè probasse, qui re verâ nihil idoneum attulerit. Facileque erit in spinosâ illâ, et perplexâ quæstione de semi-plenâ probatione latebram sententiæ invenire.*

la porte aux plus grands abus, et laisse les juges méchans ou ignorans maîtres absolus de décider, suivant leur caprice ou leur passion, *pro libidine*, en faveur de celui-ci ou de celui-là. Le magistrat intègre doit donc se rendre très-sévère dans le choix des présomptions qui peuvent permettre à sa conscience, sans qu'il y soit obligé, de déférer à la partie intéressée un supplément de preuve aussi dangereux que son serment.

411. Les interprètes et les docteurs qui en ont introduit l'usage, et qui l'ont défendu et maintenu contre ceux qui le combattaient par des raisons si fortes, n'en permettent néanmoins la délation que sous des conditions qu'ils croient capables d'en diminuer les abus. Ils exigent ce qu'ils appèlent une *semi-preuve*, ou une preuve *semi-pleine* (1); mais ils n'ont jamais pu expliquer nettement ce que c'est qu'une *semi-preuve*.

Nous avons dit, tom. IX, n^os^. 54 et suiv., que nos jurisconsultes français appèlent assez convenablement *commencement de preuve*, ce que les docteurs appèlent *semi-preuve*, ou preuve *semi-pleine*, et nous avons essayé d'en donner les notions les plus exactes qu'il nous a été possible. Nous ne répéterons point ce que nous avons dit; nous y renvoyons le lecteur.

---

(1) *Voy.* sur cette division des preuves en pleines et *semi-pleines*, ce que nous avons dit *suprà*, n.° 30, et tom. VIII, n.° 708, tom. IX, n.^os^ 54 et suiv.

Mais nous insistons sur ce point, qui nous paraît très-important ; c'est que, pour se permettre de déférer le serment supplétif, le juge doit exiger que les présomptions qui forment le commencement de preuves soient plus fortes que pour ordonner la preuve testimoniale.

Au reste, ce point demeure abandonné aux lumières et à la conscience du magistrat ; car, dans les principes du Code, lorsque la preuve testimoniale est admissible, il est autorisé à déférer le serment sur des présomptions *graves*, *précises* et *concordantes*, puisque, dans ce cas, l'art. 1353 du Code l'autorise à se déterminer par ces seules présomptions, sans exiger la délation du serment supplétif.

Et, si la preuve testimoniale n'est pas admissible, un commencement de preuve par écrit autorise le juge, non seulement à l'admettre (1347), mais encore à ordonner le serment supplétif, puisque l'art. 1367 lui permet de le déférer, lorsque la demande n'est pas *totalement dénuée de preuves* (1) ; expressions vagues, qui laissent aux juges une latitude effrayante de pouvoir ; car ce n'est qu'à eux seuls qu'il appartient d'apprécier les faits d'où l'on

(1) La Cour de cassation, par un arrêt du 29 prairial an XIII, a décidé que, dans une espèce où il existait un commencement de preuve par écrit, qui autorisait l'admission de la preuve testimoniale, « les juges avaient pu, sans violer aucune loi, ordonner un serment » supplétoire, et le déférer à la partie qu'ils ont jugée la plus digne, » d'après leur conscience », Sirey, an XIII, pag. 331.

tire les présomptions qui forment le commencement de preuve.

Le jugement qui défère un serment supplétif ne peut donc être attaqué par la voie de la cassation, sur le fondement de la faiblesse des présomptions ou du commencement de preuve. Tant il est vrai, comme le dit Donean, que le pouvoir exorbitant de déférer le serment supplétif, en cas d'insuffisance de preuves, laisse aux juges une entière liberté, ou, si l'on veut, un prétexte de suivre leurs affections en le déférant.

412. En permettant au juge de recourir au serment supplétif, lorsque la demande n'est pas totalement dénuée de preuves, le Code ne dit pas si c'est au demandeur où au défendeur qu'il faut le déférer. C'est cependant un point fort important, qui demeure encore malheureusement abandonné à la prudence du juge, par le silence de la loi. Pour y suppléer autant que possible, les auteurs posent quelques principes fort raisonnables, qui ne sont que des développemens d'une décrétale de Grégoire IX (1). « Si le demandeur, dit-il, ne prouve absolument rien, le défendeur doit obtenir gain de cause, *etsi nihil præstiterit.* » C'est la disposition du droit romain, fondée sur la raison. Elle est consacrée par le Code. Mais si le demandeur n'a que la présomption en sa faveur, *præsumptione verò*

---

(1) *Cap. ult.*, § 1, *X de jurejurando.*

faciente pro illo, c'est au défendeur qu'on peut déférer le serment : *Reo deferri potest juramentum.* Les auteurs ont assez convenablement nommé ce serment *purgatoire.*

C'est la doctrine que professe Pothier, n°. 831 : « Lorsque le demandeur n'a aucune preuve du fait » qui sert de fondement à sa demande, ou que » celle qu'il a ne forme que de très-légers indices » ou présomptions, le juge ne doit pas lui déférer » le serment, quelque digne de foi qu'il soit, et il » doit donner congé de la demande. Néanmoins, » si ces indices, quelque légers qu'ils soient, for- » ment quelques doutes dans l'esprit du juge, il » peut, pour assurer sa religion, déférer le serment » au défendeur. »

413. Duparc-Poullain (1) dit aussi que « dans le » doute, à qui du demandeur ou du défendeur le » serment doit être déféré, c'est-à-dire toutes choses » égales, le juge ne peut pas balancer de déférer le » serment au *défendeur*, parce qu'il est dispensé de » la preuve, et qu'elle incombe en entier au de- » mandeur. »

Il ajoute, pag. 49 : « Lorsque la demande est » *bien établie*, et que le défendeur a des exceptions » qui ne sont pas prouvées, il est évident que s'il y » a lieu au serment, il doit, dans le doute, être » déféré au demandeur, qui est *défendeur* pour » tout ce qui concerne l'exception. »

---

(1) Principes du droit, tom. IX, pag. 448, n.° 25.

Il faut bien considérer qu'en déférant le serment au défendeur, lorsque la preuve de la demande est insuffisante ou incomplète, les juges ne peuvent commettre une injustice, et le demandeur n'a pas à s'en plaindre : c'était à lui de compléter sa preuve, *implere intentionem suam*. Si sa preuve reste incomplète, sa demande doit être rejetée. La charge du serment purgatoire, imposée à son adversaire, n'est donc qu'une précaution prise en sa faveur; c'est une chance qu'on lui donne, indépendamment de laquelle il pouvait être condamné, sans aucun interlocutoire.

414. Cependant le principe que, dans le doute, c'est au défendeur qu'il faut déférer le serment, a des exceptions fondées sur la moralité des personnes, ou sur les circonstances de la cause : *Nisi judex*, dit encore Grégoire IX, *inspectis personarum et causæ circumstantiis, illud actori videat deferendum.*

Mais, dit fort bien Duparc-Poullain, *ubi suprà*, « la seule inégalité de condition et de caractère » entre le demandeur et le défendeur, ne suffirait » pas pour déférer le serment au premier, faute de » preuve; par exemple, à un magistrat ou à un » prêtre (1), contre un paysan » ou un artisan.

(1) Hélas! dans tous les tems, dans toutes les religions, il y a eu des prêtres parjures et sans foi! *Voy.* le trait de Scipion l'africain cité tom. VIII, n.° 39, note 2, pag. 83, au sujet d'un prêtre de Jupiter qui s'était parjuré.

C'est la moralité et non le rang des personnes qu'il faut considérer. On peut voir les principes, sur la préférence due aux témoignages, que nous avons exposés tom. IX, n^os^. 328—331.

On peut encore faire exception au principe, à raison des circonstances de la cause, lorsque, comme le dit Pothier, n°. 832, « la preuve du fait » qui sert de fondement à la demande est déjà *con-* » *sidérable*, quoiqu'elle ne soit pas *tout à fait com-* » *plète.* C'est le cas auquel le juge doit se décider » par le serment de l'une des parties. Il peut même » en ce cas *le déférer au demandeur*, pour suppléer, » par ce serment, à ce qui manquerait à la preuve » qu'il a faite. »

Remarquez que ce savant auteur exige, pour déférer le serment au demandeur, les commencemens de preuve les plus considérables, et qu'ils laissent peu à désirer pour une preuve tout à fait complète. Il ne suffirait donc pas de ce que les docteurs appèlent une *demi-preuve* ou une preuve *semi-pleine*, il faut plus.

415. Aussi Pothier, n°. 833, ne pense pas que la semi-preuve, donnée pour exemple par les docteurs, et qui consiste dans la déposition d'un seul témoin digne de foi, soit suffisante pour déférer le serment au demandeur.

C'est aussi ce qu'ont soutenu, avec force, nombre de grands jurisconsultes, et notamment Huberus (1), quoiqu'il admette, comme les glossa-

(1) *In tit. ff de jurejur.*, n.° 13.

teurs, le serment supplétif, en cas d'insuffisance de preuve.

L'opinion de ces auteurs est parfaitement juste. Dans toute législation qui exige deux témoins pour former une preuve complète, il est absolument contraire à la raison d'admettre le serment de la partie comme un supplément suffisant pour compléter la preuve insuffisante, à défaut d'un témoin; car il est absurde de donner autant de force au témoignage de la partie intéressée, qu'à la déposition d'un témoin désintéressé et digne de foi, qui manque à la preuve.

Nous croyons avoir prouvé, tom. IX, n^os^. 317 et suiv., que, dans notre législation, on n'exige pas précisément deux témoins pour former une preuve complète, et que le témoignage d'un seul homme digne de foi peut suffire, lorsqu'il est fortifié par des présomptions assez fortes pour dissiper le doute que laisse subsister la déposition d'un témoin isolé, qui, étant seul, a pu plus facilement se tromper ou être trompé; lorsqu'en un mot, pour employer les expressions de d'Aguesseau, il est fortifié *par des indices équivalens à la déposition des témoins* (1). Ce n'est qu'alors, et seulement alors, que si l'isolement de la déposition, malgré ces présomptions et ces indices, laisse encore quelques doutes dans l'esprit du juge, il peut déférer le serment supplétif au demandeur.

(1) Tom. VIII de ses Œuvres, pag. 150.

416. Pothier, n°. 833, donne, d'après Dumoulin, pour exemple d'une preuve insuffisante, et néanmoins assez considérable pour autoriser la délation du serment supplétif, l'aveu extrajudiciaire fait par le débiteur, hors de la présence du créancier. Nous avons tâché, *suprà*, n°. 305, d'apprécier la force de ces aveux, et nous avons pensé que si l'aveu est bien constaté, il peut, suivant les circonstances, autoriser la délation du serment supplétif au demandeur.

417. Nous croyons aussi avoir prouvé, tom. VIII, n°. 368, qu'il résulte du rapprochement des articles 1329 et 1367 du Code civil, que les livres des marchands (1), régulièrement tenus, font un commencement de preuve en leur faveur, qui, réuni à d'autres présomptions favorables, que la prudence des juges peut seule apprécier, les autorise à déférer le serment supplétif au marchand demandeur. Cette jurisprudence, que l'intérêt du commerce avait introduite, *voy. ibid.*, n°. 358, était suivie sous notre ancienne législation.

Mais si un commerçant demandait à un particulier une somme, en vertu d'un billet ou même d'un acte notarié, portant reconnaissance de la

---

(1) Mais, dans une matière qui n'est pas susceptible de la preuve par témoins, le juge ne peut, en prenant pour commencement de preuve par écrit le livre de raison d'un particulier demandeur en restitution d'argent prétendu prêté, déférer à ce particulier le serment supplétif. *Voy.* l'arrêt de cassation, du 2 mars 1810, rapporté dans le Répertoire, v.° *Serment*, § 2, art. 2, n.° 5.

somme pour marchandises vendues, le défendeur, qui prétendrait avoir payé, pourrait, nonobstant le billet ou l'acte notarié, demander, en déclarant y ajouter foi, la représentation des livres sur lesquels il prétend que doit se trouver écrit le paiement de la somme, et si le commerçant ne les représentait pas, l'art. 17 du Code de commerce autorise le juge à déférer le serment au défendeur, sans qu'il soit tenu de donner d'autre preuve de sa libération. *Voy.* ce que nous avons dit tom. VIII, pag. 374 et 375.

418. Pothier, n°. 832, excepte des cas où le juge peut déférer le serment supplétif, les causes d'une grande importance, dans lesquelles, dit-il, ce qui manque à la preuve de la demande ne peut se suppléer par le serment du demandeur. Le défendeur en doit toujours obtenir le congé, lorsqu'elle n'est pas pleinement justifiée.

Cette doctrine est celle de tous les auteurs, tant jurisconsultes que praticiens (1), même des canonistes. Cependant, elle n'est fondée sur aucune loi, sur aucun canon : c'est la force de la raison qui les a contraints à faire, comme de concert, cette exception sage, qui est le fruit de l'expérience. Il est évident que plus une cause est importante,

---

(1) *Voy.* Heineccius, *Dissert. de lubricitate jurisjur. suppl.*, § 27; Brunneman, *in leg.* 31, *ff de jurejur.*, n.° 4; Boehmer, *in tit. X de jurejur.*, n.° 74; Pirrhing, *in eumdem tit.*, n.° 96; Mascardus, *de probat.*, concl. 956, n.° 30.

plus il est dangereux d'en soumettre la décision à la partie intéressée, plus le parjure est à craindre, et moins on peut avoir de confiance dans ce supplément, admis avec tant de peine, même dans les causes légères.

419. Mais quelles sont ces causes importantes et ardues, où le serment supplétif ne doit pas être déféré? Les auteurs en ont fait des énumérations plus ou moins longues (1), qu'il serait inutile de rapporter, parce que c'est un point abandonné à la prudence du juge, qui, n'étant tenu en aucun cas de recourir à ce dangereux supplément, mettra toujours sa conscience en sûreté, en suivant la grande, l'ancienne règle de nos sages : Dans le doute s'il faut ou non déférer le serment, ABSTIENS-TOI!

On ne peut douter que, dans les causes d'état, de mariage, etc., le serment supplétif des parties ne doit pas être admis (2).

420. Il ne faut pas oublier une observation importante; c'est que le fait sur lequel on peut défé-

---

(1) *Voy.* Mynsingerus, *Cent.* 1, obs. 68; Strickius, *Dissert. de cautis juram. suppl. respicentibus.* Une des règles de Strickius est qu'on ne doit pas déférer le serment supplétif : *Quotiescunquè lex vel certam personæ qualitatem, vel certam solemnitatem, vel scripturam, vel perfectam ac plenissimam probationem directè requirat.*

(2) *Voy.* un arrêt du Conseil d'état du ci-devant royaume de Westphalie, du 14 février 1812. On trouve, dans les considérans, des maximes fort sages. Il est rapporté dans le Répertoire, v.° *Serment*, § 2, art. 2, n.° 6.

rer le serment supplétif doit être un fait personnel à celui qui doit le prêter, ou du moins dont il ait une connaissance personnelle, *notitiam sensualem*, disent les auteurs. Il doit jurer *de veritate, non de credulitate* (1). On n'a aucun égard à la déposition d'un témoin digne de foi, sur un fait qui lui est étranger, lorsqu'il parle de ce qu'il croit, et non de ce qu'il a vu ou entendu, *per sensum corporeum*; à plus forte raison au serment de celui qui jure sur le fait d'autrui.

421. Les auteurs en concluent, avec raison, que l'on ne peut déférer le serment supplétif aux héritiers du créancier, lesquels, encore qu'ils aient une connaissance personnelle du fait principal, d'un prêt, par exemple, fait en leur présence, ne peuvent pas savoir ce qui s'est passé depuis. Supposons même que peu de tems avant la mort du défunt, ils l'aient entendu dire qu'il n'était pas payé; le serment supplétif ne devrait pas leur être déféré sur ce fait, car la vérité du fait de non paiement ne pouvait être attestée que par le défunt.

C'est ici l'une des différences qui existent entre le serment décisoire et le serment supplétif. Le premier peut être déféré aux veuves et aux héritiers de ceux qui opposent les courtes prescriptions dont parlent les art. 2271 et suiv. du Code civil, et l'art. 189 du Code de commerce; mais c'est une

---

(1) Heineccius, *ubi suprà*, et les auteurs qu'il cite; Boehmer, *in tit. X de jurejur.*, n.° 71.

faculté qui n'est donnée qu'à la partie adverse, qui doit elle-même déférer ce serment ou le *requérir*. C'est ce qui résulte de l'art. 2275, ainsi conçu :

« Néanmoins, *ceux auxquels* ces prescriptions » sont opposées peuvent déférer le serment à ceux » qui les opposent, sur la question de savoir si la » chose a été réellement payée.

» Le serment pourra être déféré aux veuves et » héritiers de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour » qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la » chose soit due. »

L'art. 189 du Code de commerce porte :

« Néanmoins, les prétendus débiteurs sont te- » nus, *s'ils en sont requis*, d'affirmer sous serment » qu'ils ne sont plus redevables, et leurs veuves et » héritiers ou ayant-cause, qu'ils *estiment de bonne* » *foi* qu'il n'est plus rien dû. »

Voilà bien le serment *de credulitate;* mais la loi exige qu'il soit *requis* par l'autre partie : ce n'est point au juge de le déférer d'office ; il ne doit que prononcer sur la réquisition.

422. La délation du serment supplétif doit régulièrement être prononcée par forme d'interlocutoire, en ordonnant, avant faire droit, que la partie prêtera le serment, après la prestation duquel le juge prononce définitivement l'absolution ou la condamnation. Il est contre les principes que le juge prononce conditionnellement, et rejète ou admette la demande, *jurant et affirmant*, le demandeur ou le défendeur, c'est-à-dire s'il jure,

s'il affirme : *Non debet judex sub conditione ferre sententiam. Loi* 1, § 5, *ff quandò appell.*, 49. 4.

Cependant, cette même loi prouve qu'un jugement rendu de cette manière n'est pas nul ; mais il peut en résulter des inconvéniens dans le cas, qui n'est pas sans exemple, où la partie à laquelle le serment est déféré vient à décéder avant de l'avoir prêté, et d'avoir déclaré qu'elle était prête à le faire (1).

423. A la différence du serment décisoire déféré par l'une des parties, le serment supplétif ne peut être référé (2) par celui auquel le juge l'a déféré. Il doit le prêter ou perdre sa cause, *aut jura, aut solve.* Le juge lui-même ne peut ni l'en dispenser, ni changer sa première délation, pour référer le serment à l'autre partie.

424. La principale différence qui existe entre les effets du serment décisoire et du serment supplétif, consiste en ce que, dans le cas du serment décisoire déféré ou référé par la partie, il n'est permis ni d'appeler du jugement rendu sur la prestation de serment, ni de revenir contre la décision, en prouvant la fausseté du serment. Le parjure ne pourrait être poursuivi qu'à la requête du ministère public, et la condamnation du parjure ne serait pas un motif pour réformer le jugement en sa

---

(1) *Voy.* Huberus, *in Pandectas, lib.* 42, *tit.* 1, *n.°* 34.

(2) Pothier, n.° 835 ; Voët, *hoc tit.*, n.° 30.

faveur. Nous en avons donné la raison *suprà*, numéro 389.

Il en est autrement du serment supplétif, dont la délation n'est point le fait de la partie, mais uniquement du juge, qui peut le déférer, même malgré l'opposition del'autre partie. Celle-ci peut donc se porter appelante du jugement qui le défère, si ce jugement n'est pas en dernier ressort, et faire valoir en cause d'appel tous les moyens de fait et de droit qu'elle peut avoir, soit pour établir qu'il n'y avait pas lieu à la délation du serment, soit pour prouver qu'il ne devait pas être déféré à son adversaire, et la Cour d'appel peut, non seulement infirmer le jugement qui a déféré le serment, mais encore le déférer à l'appelant plutôt qu'à son adversaire, si les juges pensent que la chose doit se décider par le serment supplétif, et qu'il y a des motifs de le lui déférer plutôt qu'à l'intimé.

425. Mais peut-on appeler du jugement après la prestation du serment? Il faut distinguer: (1) si le serment a été prêté et reçu à l'instant même où il a été ordonné; par exemple, quand la partie présente à l'audience a été admise à prêter serment sur-le-champ, l'autre partie ne pouvant appeler en face du juge, ni même protester contre le jugement rendu, et n'ayant pas eu d'ailleurs le tems

---

(1) *Voy.* Pigeau, Traité de la procédure des tribunaux de France, tom. 1, pag. 261, 3.e édit.

de réfléchir sur le jugement, on ne peut lui opposer l'exécution qu'elle en a laissé faire en sa présence. comme un acquiescement : elle peut donc appeler dans les délais prescrits, et faire valoir, sous le cours de l'appel, tous les moyens qu'elle avait, tant contre le jugement, avant la prestation, et même les preuves de la fausseté du serment qu'elle aurait découvertes depuis ; car, si l'art. 464 du Code de procédure défend de former sur l'appel aucune nouvelle demande, il n'interdit pas de proposer de nouvelles preuves ni de nouveaux moyens, à l'appui de la prétention décidée par les premiers juges.

Mais quand il y a eu intervalle entre le jugement et le serment, quand l'autre partie a été appelée, ainsi que l'ordonne l'art. 121 du Code de procédure, pour être présente à la prestation au jour et à l'heure indiqués, elle doit, avant la prestation, appeler, ou tout au moins protester de le faire; car alors le jugement ayant été exécuté contre son gré, on ne peut lui opposer cette exécution comme un acquiescement tacite : elle peut donc ensuite relever son appel en forme dans les délais de la loi, et faire les mêmes preuves que dans le premier cas, tant contre le jugement qui défère le serment que contre le serment même.

Mais, lorsqu'après avoir été dûment appelée pour être présente à la prestation du serment, la partie garde le silence ou laisse défaut, sans avoir appelé ni fait notifier aucune protestation, elle ne

peut plus relever appel après la prestation du serment, parce que c'est une règle générale que toute partie qui laisse exécuter un jugement sans en avoir appelé, ou tout au moins sans avoir protesté, est censée consentir tacitement à l'exécution, et, par conséquent, acquiescer au jugement, et renoncer à l'appel.

426. Cependant si, depuis, elle avait découvert une pièce décisive, qui prouvât la fausseté du serment, elle pourrait encore se pourvoir contre le jugement. La loi 31, *ff de jurejurando*, 12. 2, d'où nous avons emprunté l'usage du serment supplétif, le lui permet expressément : *Admonendi sumus etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis se nova instrumenta invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. Sed hæc constitutio tunc videtur locum habere, cùm à judicẽ aliquis absolutus fuerit; solent enim sæpè judices in causis dubiis exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit. Quòd si aliàs inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eamdem causam retractare.*

Remarquons bien l'importante différence que met cette loi entre le serment décisoire et le supplétif. Après la prestation du premier, on ne peut plus se pourvoir contre le jugement qui s'en est suivi : *Non conceditur eamdem causam retractare.* On le peut après la prestation du serment supplétif, déféré par le juge, si l'on a trouvé de nouvelles pièces qui en prouvent la fausseté, parce que,

dans le serment supplétif, il n'est intervenu aucune transaction entre les deux parties. Le magistrat l'a déféré comme un supplément nécessaire pour compléter la preuve de la demande. Il se fût bien gardé de l'ordonner, s'il avait pu prévoir que celui auquel il le déférait était capable de se parjurer. En donnant cette preuve supplétive, le parjure a trompé la justice par une coupable imposture. Il a sciemment et méchamment commis un dol, qui a déterminé le jugement qui s'en est ensuivi. Ce jugement doit donc être annulé et réformé, alors même que les pièces qui prouvent son parjure n'auraient pas été retenues par son fait; car il n'en a pas moins commis un dol, en faisant sciemment un faux serment. La rétention frauduleuse de ces pièces ne serait qu'un dol de plus.

Tels sont les motifs sages de la disposition qui permet de se pourvoir contre le jugement rendu sur le serment supplétif, si l'autre partie recouvre depuis des pièces qui en prouvent la fausseté, quoiqu'elles ne fussent pas retenues par celui qui s'est parjuré. Il suffit que la partie lésée en ignorât l'existence, et ne les ait découvertes que depuis : *Si quis se nova instrumenta invenisse dicat.*

427. Nous insistons sur ce point pour empêcher les élèves d'être induits en erreur par le plus célèbre de nos praticiens, Pigeau, qui dit, tom. I, pag. 261, 3°. édit., que si, depuis la prestation du serment supplétif, l'autre partie « avait découvert » une pièce décisive, *retenue par le fait de son ad-*

» *versaire*, et qui prouvât la fausseté du serment, » il pourrait appeler, etc. »

Cette manière de s'exprimer semble indiquer que l'auteur regarde cette rétention frauduleuse comme nécessaire, pour rendre à l'autre partie la faculté d'appeler, depuis la prestation du serment; mais cette assertion, hasardée en passant, échappée vraisemblablement à l'auteur, n'est appuyée d'aucune raison, d'aucune autorité, et elle est contraire aux principes du droit romain que nous venons de développer, ainsi qu'à l'opinion de Pothier, qui, après avoir dit, n°. 822, avec la loi 15, *ff de except.*, que celui qui a déféré le serment décisoire ne serait pas recevable à prouver que l'autre partie s'est parjurée, ajoute, tom. II, pag. 518, qu'il n'y serait pas écouté, quand même « il offri» rait de faire cette preuve par des pièces *nouvelle*» *ment recouvrées*. En cela, le serment décisoire dé» féré ou référé par la partie a plus de force que le » serment supplétoire. Gaius, en la loi 31, *ff de ju*» *rejur.*, observe cette différence. »

Enfin, un autre passage de Pigeau prouve que la phrase citée *suprà* ne lui est en effet échappée que par inadvertance. A la pag. 628, *in fine*, du même volume, il donne pour exemple du dol personnel, qui fait ouverture à la requête civile, le cas où « le » défendeur est déchargé de la demande, moyen» nant un serment qui lui a été déféré d'office. De» puis, le parjure est prouvé. Le demandeur, dit » Pigeau, pourra prendre la requête civile, pourvu

» que la preuve du parjure ne résulte pas d'une » *pièce gardée par le condamné.* »

On peut donc, suivant Pigeau, prendre la voie de la requête civile, si le jugement est en dernier ressort, ou celle de l'appel, s'il est rendu en première instance, quand même il y aurait eu acquiescement, avant la découverte de la fausseté du serment. Pigeau excepte seulement, ce nous semble, avec raison, le cas où ces pièces auraient été *gardées* par *le condamné* lui-même; car, ayant en sa possession des pièces décisives, il est en faute de ne les avoir pas produites d'abord, et d'avoir, par cette faute, occasionné la délation du serment supplétif, et le parjure qui s'en est ensuivi.

428. Le délai de l'appel et de la requête civile est de trois mois, à compter du jour de la signification du jugement, suivant les art. 443 et 483 du Code de procédure.

Mais si le jugement a été rendu par dol, le délai de l'appel ou de la requête civile ne courra que du jour où le dol a été découvert, et la pièce nouvelle recouvrée. (Art. 448 et 488). « Et pour constater » l'époque à laquelle commencera de courir ce dé» lai de trois mois, il faut qu'il y ait preuve *par* » *écrit* du jour où les pièces ont été découvertes, et » non autrement. (Mêmes art. 448 et 488). »

429. Cette preuve par écrit est facile à se procurer, lorsque la pièce qui prouve le dol existe dans les minutes d'un notaire : il faut lui faire sommation de déclarer si telle pièce existe dans ses minutes,

et le sommer d'en délivrer une expédition. S'il refuse, par le motif que le requérant n'était point partie dans l'acte, celui-ci doit présenter requête au président du tribunal, pour demander qu'il soit fait injonction au notaire de délivrer l'expédition. L'aveu du notaire qui reconnaît avoir la pièce fera preuve de l'époque de la découverte.

S'il s'agit de pièces sous seings privés, qui se trouvent en la possession d'un tiers, et qui prouvent la fausseté du serment, le condamné qui en découvre l'existence ne doit pas se les faire remettre volontairement par celui qui les possède : cette remise ne lui procurerait point la preuve écrite dont il a besoin ; il doit donc faire faire, par un officier public, sommation au possesseur des pièces de déclarer s'il en est réellement possesseur, et de les lui délivrer; en tous cas, copie certifiée conforme à l'original dont il est saisi. Cette sommation constatera l'époque de la découverte, et fera courir le délai de trois mois. Si l'autre partie prétendait que la découverte de l'existence de la pièce remonte à plus de trois mois avant l'époque de la sommation, ce serait à lui de le prouver; et comme tout doit être égal entre les deux parties, il faut dire, ce semble, qu'il ne pourrait le prouver que par écrit.

Un inventaire rapporté à la mort du possesseur des pièces, et où elles sont référées, peut aussi être un moyen de prouver, par écrit, l'époque de leur découverte.

Du Serment déféré d'office sur la valeur de la chose demandée, autrement Serment in litem *ou Serment* en plaids.

SOMMAIRE.

430. *Principes du droit romain sur le serment* in litem.

431. *La force publique doit être employée à contraindre le défendeur condamné de rendre une chose, à la remettre dans la possession du demandeur.*

432. *Si elle ne peut être remise, on distingue : si c'est par le dol du défendeur, le demandeur est admis à estimer la chose, et à lui donner un prix d'affection au-dessus de sa vraie valeur ; il en est cru sur* son *serment.*

433. *Si ce n'est point par son dol, il ne doit payer que sa véritable valeur, avec les dommages-intérêts, mais sans prix d'affection.*

434. *Le juge doit, en déférant le serment* in litem, *déterminer une somme au-dessus de laquelle il ne peut s'élever.*

435. *Le juge doit conformer sa sentence au serment. Il peut n'y avoir aucun égard, si, depuis, l'on découvre des preuves contraires.*

436. *Analogie du serment* in litem *et du serment supplétif. Fondement du premier, plus solide que celui du second.*

437. *Le serment* in litem, *anciennement reçu en France, n'y a jamais été serment d'affection, mais de la perte réelle du demandeur. On exigeait même l'information préalable par commune renommée.*

438. *Doctrine de Leprêtre sur ce point. Quand ce serment pouvait être déféré.*

439. *Disposition du Code sur ce serment. Art. 1369.*

440. *Il ne parle point de l'information par commune renommée, mais il ne l'exclut pas. Elle est souvent nécessaire.*

441. *Il ne doit être ordonné que quand le fait de spoliation est prouvé, et qu'il est* **impossible** *de prouver autrement la valeur des choses demandées.*

442. *Exemple, dans le cas du tuteur qui n'a pas fait inventaire des biens du mineur.*

443. *Il ne peut être ordonné contre le tuteur qui n'a pas tenu de livres de compte.*

444. *Il peut l'être contre celui qui refuse injustement d'exhiber un acte décisif.*

445. *Il peut l'être contre l'héritier du spoliateur.*

446. *Et même, suivant les circonstances, à l'héritier du propriétaire dépouillé.*

447. *Il peut l'être, dans le cas des ballots perdus aux messageries, par les voituriers, rouliers, etc.*

448. *Serment* **in litem** *déféré au débiteur, au maître contre le serviteur, par l'art. 1781.*

449. *Explication de cet article. Sa disposition, contraire au droit commun, sur quoi fondée.*

450. *Le serment doit-il également être déféré aux héritiers du maître?*

450. La seconde espèce de serment déféré d'office est celui que la loi autorise le juge à déférer, en certains cas, au demandeur, sur la valeur des choses qui sont l'objet du procès. Les Romains l'appelaient serment *in litem* (1), et nos anciens

(1) *Voy.* le titre du Digeste *de in litem jurand.*, 12. 3, et dans le Code, 5. 53.

auteurs, serment *en plaids*. On trouve dans le Digeste et dans le Code un titre entier sur ce serment, que la plupart des interprètes ont divisé en serment de vérité et serment d'affection; distinction rejetée par des jurisconsultes d'un grand mérite (1). Quoi qu'il en soit, laissant à l'écart cette discussion, inutile du moins dans nos usages, nous nous bornerons à exposer en peu de mots la doctrine assez simple du droit romain, dont il est toujours utile de comparer les dispositions avec celles du droit français, qui en sont dérivées.

Le serment *in litem* du droit romain est celui que le juge défère au propriétaire dépouillé, sur la valeur des objets qu'on lui a enlevés, ou qu'on retient mal à propos. On l'appèle aussi serment *d'affection*, parce que, dans ce cas, la loi s'écarte de la règle ordinaire (2), qui ne permet pas d'évaluer les choses suivant la valeur idéale, la valeur d'affection, mais suivant la valeur ordinaire et courante. Cette exception est déterminée par la nécessité de punir la mauvaise foi, et la résistance du spoliateur ou du rétentionnaire.

Ce serment suppose, par sa nature et son objet,

---

(1) Par Huberus sur les Pandectes, *tit. de in litem jurando*; par Thomasius, *Dissert. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente, cap. 3*; par Heineccius sur les Pandectes, *tit. de in litem jurando*.

(2) *Voy.* la loi 33, *ff ad leg. aquiliam*, §. 20. *Sextus quoque Pedius ait prætia rerum, non ex affectatione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*

que le fait qui sert de fondement à la demande est justifié, et qu'il ne reste d'incertitude que sur la quotité de condamnation à prononcer, parce que le demandeur est réduit, par le dol de son adversaire, à l'impossibilité de prouver la valeur ou le nombre des choses qui devraient lui être rendues.

431. Sur cela, voici les règles qu'établit Ulpien (1) : Si celui qui est condamné à rendre une chose ne la rend pas, s'il n'obéit pas au jugement de condamnation, le juge doit employer la force publique pour l'y contraindre, et pour remettre l'autre partie en possession de la chose. Dans ce cas, la condamnation ne consiste que dans la remise de la chose entière avec tous ses accessoires, tels que les fruits, les dommages résultant du retardement.

432. Si la chose ne peut être remise dans la possession du demandeur, il faut distinguer :

Si c'est par son dol qu'il la retient ou que la remise soit devenue impossible, il doit être condamné indéfiniment, *in infinitum*, à payer la somme à laquelle son adversaire estimera la chose par serment, sans aucune détermination préalable du juge, *sine ullâ taxatione*, et même au-dessus de la valeur de la chose, *ultra rei pretium*, dit ailleurs Ulpien (2). Ce n'est pas, ajoute-t-il, que nous pensions que la valeur de la chose soit changée; elle

(1) Loi 68, *ff de rei vindic.*, 6. 1.
(2) Loi 1, *ff de in litem jurando.*

reste toujours la même ; mais, à cause du dol ou de l'obstination du condamné, on permet à son adversaire d'estimer la chose au-dessus de sa valeur, c'est-à-dire d'y donner un prix d'affection : c'est donc véritablement un serment d'affection.

433. Enfin, si ce n'est point par dol que le défendeur se trouve dans l'impossibilité de rendre la chose, il ne doit être condamné qu'aux dommages et intérêts : *Non pluris quàm quanti res est, id est quanti adversarii interfuit condemnandus est.* Ainsi, dans ce cas, il n'y a point de prix d'affection, ni, par conséquent de serment *in litem* (1); car si, dans le cas où il y a dol, on défère le serment *in litem* au demandeur, c'est parce qu'il s'agit alors d'estimer, outre le prix réel, *ultra pretium*, le prix d'affection que le juge ne saurait estimer ; au lieu qu'il peut très-bien estimer les dommages et intérêts *ex veritate*, suivant les circonstances et les renseignemens qu'il peut se procurer.

Ainsi, suivant le droit romain, si ce n'est pas par son dol que le défendeur se trouve dans le cas de ne pouvoir être contraint à la restitution de la

---

(1) Les interprètes prétendent que c'est le cas de déférer au demandeur ce qu'ils appèlent le serment de vérité ; mais Thomasius, *Diss. de pretio adfectionis in res fungibiles non cadente, cap.* 3, §§ 4 et 5, et §§ 13 et 14, les a victorieusement réfutés, en démontraut que leur opinion est contraire à la doctrine d'Ulpien, qui dit expressément, loi 4, § *ult., ff II. T.* : *Ex culpâ non esse jusjurandum deferendum constat : sed æstimationem à judice faciendam. Voy.* aussi la loi 5, § 3 *ibid.*, et la loi 2, *Cod. de in litem jurando*, 5. 53.

chose, mais par une simple faute, il ne doit être condamné qu'aux dommages et intérêts, à l'arbitrage du juge.

Mais, si c'est par dol ou par une obstination condamnable, *contumaciâ*, le demandeur doit être admis à estimer indéfiniment, par le serment *in litem*, le prix d'affection qu'il donne à la chose.

434. Cependant, comme le prix d'affection doit avoir des bornes, et qu'au moyen de la faculté indéfinie d'estimer la chose, la valeur en pourrait être abusivement portée à l'excès, *in immensum*, les lois romaines permettent, ordonnent même au juge, de fixer une somme au-dessus de laquelle ne peut s'élever le serment *in litem* (1). Au moyen de cette fixation, qui doit se faire en ayant égard à la qualité des personnes et de l'affaire, le juge, après le serment prêté, doit y conformer la condamnation, sans pouvoir s'en écarter (2), comme il est obligé de conformer son jugement au serment supplétif qu'il a déféré.

435. Néanmoins, les lois romaines laissent la faculté de revenir contre l'estimation faite par le serment du demandeur, et permettent au juge

---

(1) *Voy.* loi 4, § 2; loi 5, § 1, *ff de in litem jurando*; et loi 9, *Cod. undè vi*, 8. 4.

(2) *Voy.* sur cela ce que dit Doneau, dans son Commentaire sur le titre du Digeste *de in litem jurando*, sur les mots de la loi 4, *jurare autem*, pag. 353 et suiv. de l'édition d'Anvers, chez Plantin, 1582. Ce Commentaire nous paraît le meilleur qui ait été fait sur ce titre.

d'absoudre le défendeur, nonobstant ce serment, ou de modérer la condamnation, pourvu que ce soit pour cause grave, et sur des preuves recouvrées depuis. *Item videndum*, dit Ulpien, loi 4, § 3, *an possit judex qui detulit jusjurandum, non sequi id; sed vel prorsùs absolvere, vel etiam minoris condemnare quàm juratum est, et magis est ut ex magnâ causâ et posteà repertis probationibus possit.*

Cette disposition, pleine d'équité, est absolument analogue avec ce qui s'observe à l'égard du serment supplétif, nonobstant la prestation duquel la loi 31, *ff de jurejurando*, permet de prouver la fausseté du serment par des pièces nouvellement recouvrées, comme nous l'avons dit *suprà*, n°. 426.

Il en est de même du serment *in litem;* par exemple, si, depuis la prestation, on recouvre des pièces qui prouvent que le demandeur n'était pas propriétaire de la chose, ou qu'il n'en avait qu'une moitié, le juge, dans le premier cas, peut absoudre le défendeur; dans le second, modérer la condamnation à moitié. C'est un exemple donné par Doneau.

436. Le serment *in litem* a donc beaucoup d'analogie avec le serment supplétif. Le fondement de l'un et de l'autre est le défaut de preuves suffisantes, *inopia probationum*. Dans le cas du serment supplétif, l'insuffisance des preuves est suppléée par le serment. Pour le déférer, il faut ces probabilités, ces présomptions fortes, que les inter-

prètes appèlent une *semi-preuve*, ou preuve *semi-pleine* (1).

Dans le cas du serment *in litem*, il faut qu'il soit pleinement prouvé que la demande est bien fondée, et qu'il ne reste à prouver que la valeur de la chose demandée. Le demandeur a donc pleinement prouvé la moitié de ce qu'il devait prouver, savoir : que son adversaire doit lui rendre ou lui restituer la chose qu'il demande. Or, puisqu'il ne la rend pas, puisque c'est par sa faute qu'il est dans l'impuissance de la rendre, il faut bien, de manière ou d'autre, que la valeur en soit connue; et, puisque c'est par son dol qu'il a mis le demandeur dans l'impuissance de prouver cette valeur par les voies ordinaires, il faut bien en venir à la voie périlleuse, il est vrai, mais nécessaire, du serment. Or, le défendeur qui a commis un dol ou une faute grave, équivalente au dol, ne peut se plaindre que le serment soit déféré au demandeur; il ne peut même se plaindre qu'il soit permis au demandeur dépouillé de donner à la chose un prix d'affection, et de l'estimer au-dessus de la valeur commune; autrement, il en résulterait qu'un homme de mauvaise foi pourrait, en retenant injustement une

---

(1) *Voy.* Dumoulin, tom. III, pag. 653, où il examine quatre espèces de *semi-preuves*, d'après la glose. Nous n'admettons point cette énumération; mais ce qu'il dit, sur-tout sur les commencemens de preuve, ou *semi-preuve*, qui résultent des écritures privées, peut donner des idées utiles.

chose à laquelle le propriétaire attachait un grand prix d'affection, le contraindre, par son obstination à ne pas la rendre, de la lui vendre au prix commun et ordinaire, ce qui ne paraît pas juste.

Tel est le véritable fondement du serment *in litem*. En l'examinant de près, on le trouve plus solide que celui du serment supplétif, dans lequel on peut reprocher au demandeur de n'avoir pas complété sa preuve, comme la loi l'y obligeait, tandis qu'il n'y a rien à reprocher au propriétaire, dépouillé par le dol de son adversaire.

Du reste, comme le serment supplétif, ce serment est déféré par le juge, qui doit aussi, comme dans le serment supplétif, y conformer son jugement, sans pouvoir s'en écarter, si ce n'est qu'on ait recouvré des pièces nouvelles qui autorisent, soit à absoudre le défendeur, soit à modérer la condamnation.

437. Voyons maintenant comment le serment *in litem* a été reçu dans notre jurisprudence française.

On en trouve l'usage établi dans nos anciennes Coutumes, et notamment dans le chap. 70 de la très-ancienne Coutume de Bretagne, rédigée en 1330, dont la disposition est passée dans les Coutumes réformées en 1539 et 1580. Mais, à la différence du droit romain, ce ne devait pas être un serment d'affection, et de quelque manière que le propriétaire eût été dépouillé, soit par le dol, soit par la simple faute du défendeur, le demandeur

n'était pas autorisé à donner, par son serment, aux choses qu'on lui avait enlevées, un prix d'affection au-dessus de leur valeur commune et véritable. L'art. 160 de la nouvelle Coutume exigeait même qu'on informât *préalablement, par gens suffisans, que sa perte peut être telle*... C'est ce qu'on a appelé preuve *par commune renommée*. Ni la nouvelle Coutume, ni les anciennes, ne parlent de la fixation que doit faire le juge, en déférant le serment, d'une somme au-dessus de laquelle le demandeur ne peut élever, par son serment, les choses qu'il réclame. Cependant, on voit, par une note du commentateur anonyme de la très-ancienne Coutume, que cette fixation était en usage, conformément à la loi 9, *Cod. undè vi*, 8. 4, qu'il cite.

Mais, comme cette fixation n'était point ordonnée par la Coutume, le juge pouvait s'en dispenser; si, d'après l'enquête sommaire et préalable, la somme demandée ne lui paraissait pas excessive.

Il paraît que dans le reste de la France l'usage était à peu près le même. « Le serment *in litem*, dit » du Rousseaud de la Combe (1), se peut déférer » de deux manières, savoir : 1°. purement et sim- » plement, jusqu'à une certaine somme, lorsque » les juges se trouvent suffisamment instruits pour » en faire la fixation; 2°. lorsque les juges ne se

(1) V.° *Serment*, n.° 4.

» trouvent pas suffisamment instruits, ils ordon-
» nent que le demandeur fera informer et ouïr des
» témoins sur ses facultés, s'il a pu avoir les choses
» volées dans l'endroit, etc... »

C'est bien là ce que dit notre Coutume, informant préalablement, *par gens suffisans, que sa perte peut être telle;* mais du Rousseaud ajoute mal à propos que le défendeur n'est point admis à la preuve contraire. C'est une erreur. Suivant nos principes constans, toute enquête est respective. La Coutume de Bretagne fait même entendre que le défendeur peut reprocher les témoins de son adversaire, puisqu'elle veut que ce soient gens *suffisans.*

438. Leprestre, dans ses *Questions notables de droit, cent.* 1, *chap.* 65, traite cette matière de manière à bien fixer les idées, sous le titre de *serment déféré joint la commune renommée.* Il dit, n°. 7 :
« Nous le pratiquons ainsi en France. Le juge or-
» donne que le demandeur sera cru, par-serment,
» de la perte qu'il dit avoir faite, et du dommage
» qu'il a reçu, jusqu'à certaine somme, qui est par
» lui limitée et au-dessous, par dessus laquelle le de-
» mandeur ne peut jurer; joint la commune renom-
» mée, de laquelle il doit être préalablement infor-
» mé; c'est-à-dire avant que le demandeur soit reçu
» à faire le serment qu'il doit informer, et faire ouïr
» témoins sur ses facultés, et s'il a pu avoir l'argent
» ou les choses qu'il prétend lui avoir été dérobées,
» et s'il a pu les avoir au lieu et à l'endroit où il dit

» qu'elles lui ont été prises, et l'enquête rapportée,
» le juge lui défère le serment, et sur son serment
» il condamne le défendeur. »

Du reste, on accordait ce serment au demandeur, toutes les fois que le fait de spoliation, qui sert de fondement à la demande, étant prouvé, le demandeur ne peut prouver à quelle valeur se portent les spoliations.

439. Notre Code civil a consacré l'usage du serment en *plaids* ou *in litem*, tel qu'il était établi sous la législation antérieure.

L'art. 1369 porte : « Le serment, sur la valeur
» de la chose demandée, ne peut être déféré par
» le juge au demandeur, que lorsqu'il est d'ailleurs
» impossible de constater autrement cette valeur.
» Le juge doit même, en ce cas, déterminer la
» somme jusqu'à concurrence de laquelle le de-
» mandeur en sera cru à son serment. »

440. Ce texte ne parle point de l'information préalable, ou preuve par la commune renommée; mais il ne l'exclut point. Il ne garde le silence que pour ne pas faire de cette information une condition nécessaire à remplir avant la détermination du juge, lorsqu'il se trouve d'ailleurs assez instruit pour fixer, sans ce secours, la somme au-dessus de laquelle le serment du demandeur ne sera point reçu. Sans doute alors le juge peut se dispenser d'ordonner une enquête préalable; mais n'est-elle pas le plus souvent nécessaire, pour éclairer sa religion et fixer ses idées?

Un homme a enlevé de ma maison une cassette. Des témoins dignes de foi l'ont vu l'emporter, et lui-même, après s'en être d'abord défendu, a fini par l'avouer; en un mot, le fait est constant; mais il prétend que cette cassette ne contenait que 3,000^{f}, et je soutiens qu'elle en contenait 20,000 en or, plus, des diamans et pierres précieuses d'une valeur égale à cette somme. Voilà bien le cas de recourir au serment *en plaids* ou *in litem.*

Mais comment le juge, qui ne me connaît pas, qui d'ailleurs ne doit pas juger d'après ses connaissances personnelles, pourra-t-il, comme la loi le lui ordonne, déterminer la somme, jusqu'à concurrence de laquelle j'en serai cru à mon serment? L'information préalable, et par commune renommée, est évidemment nécessaire pour l'éclairer: elle doit donc être ordonnée. Mes amis, mes voisins, mes connaissances, pourront dire qu'avec la fortune qu'ils me connaissent et mon esprit d'économie, il n'est pas étonnant que j'eusse en réserve une somme de 20,000^{f}; que j'avais même parlé d'acheter une terre, etc; et quant aux diamans, qu'il était notoire que j'en possédais de précieux; que je les avais fait voir; que je me proposais de les donner à mes filles en les mariant.

Ils pourront dire aussi qu'avec ma modique fortune, et d'ailleurs sans industrie, il serait étonnant que j'eusse une réserve pareille; que je ne passais pas pour avoir de l'argent; qu'on ne me connaissait point les diamans dont je réclame la valeur, etc.

C'est d'après les déclarations des témoins que le juge, instruit de mes moyens et de ma moralité, pourra déterminer, avec quelque vraisemblance, la somme jusqu'à laquelle j'en dois être cru sur mon serment. On trouvera facilement une foule d'autres cas où l'information par commune renommée est nécessaire pour éclairer le juge dans la fixation de la somme.

441. Quant aux cas où il peut ordonner le serment *in litem*, le principe est qu'il doit être déféré toutes les fois que le fait de spoliation, qui sert de fondement à l'action, étant prouvé, le demandeur ne peut prouver à quelle valeur s'élèvent les choses dont il a été dépouillé, ou qu'on lui retient injustement, et le dommage qu'il en souffre. S'il était possible de faire cette preuve de toute autre manière que ce soit, le juge ne pourrait déférer le serment *in litem*, sans exposer son jugement à la censure.

442. Du reste, on ne peut énumérer tous les cas où le serment *in litem* peut être déféré. Nous venons d'en donner un exemple. On en trouve un autre dans le cas des tuteurs qui ont négligé de faire inventaire des biens des pupilles dont ils ont l'administration. Ils sont suspects de fraude, lorsqu'ils ont omis cette formalité ordonnée par les lois de tous les peuples policés. Elle est tellement de rigueur, qu'on n'en dispense ni le père, ni la mère, ni les aïeuls, à qui est déférée la tutelle légitime. On admet également contre eux tous le

serment *en plaids* ou *in litem*. C'est ce que décide notamment notre d'Argentré : *Si omisisse reperiantur, etiam adversus eos juramentum in litem recipitur, nonobstante reverentiâ paternâ; et alioqui dolus sufficienter videtur probatus ex tali omissione. Articul. 477, veter. Consuet., glos. 2, n°. 7.*

443. Dumoulin pense même que ce serment est aussi accordé au mineur contre le tuteur qui n'a point tenu un compte régulier de son administration, un livre de compte : *Ità præsumitur contra illum, qui non fecit librum rationum, sicut contra illum, qui non fecit inventorium. Qui enim non facit id ad quod scit vel scire debet se teneri, ratione officii sive publici, sive privati, eo ipso est in dolo saltem præsumpto. Tom. I, opp., pag.* 198, *n°.* 34.

Mais cette opinion ne peut être suivie sous l'empire du Code, qui ne permet de déférer le serment *in litem* que *lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement la valeur de la chose demandée.* Le dol du défendeur ne suffit donc pas. Or, en supposant qu'il y ait dol présumé dans un tuteur qui n'a pas tenu de livre de raison, il n'en est pas moins vrai, s'il a fait un inventaire, qu'il est possible, facile même de réparer cette faute, en prenant le montant de cet inventaire, et le revenu annuel des biens, pour en former le chapitre de la charge d'un compte, sauf au tuteur à prouver sa décharge.

444. On trouve dans Basset, tom. II, liv. 7, tit. 4, chap. 3, un arrêt du Parlement de Greno-

ble, du 11 janvier 1708, qui juge qu'on doit déférer le serment *in litem* contre celui qui refuse injustement d'exhiber un acte décisif dont il est saisi. Cette décision est conforme au droit romain (1).

445. Les interprètes du droit romain enseignent qu'on ne doit pas déférer le serment *in litem* contre l'héritier du spoliateur, parce que le serment d'affection n'était établi que pour punir le dol, auquel l'héritier n'a point participé. Cette opinion ne doit pas être suivie sous notre législation, où ce serment est établi, non comme une peine, mais comme un moyen de faire rendre au demandeur la véritable valeur des choses dont il a été dépouillé, ou qui sont injustement retenues. Et l'on doit remarquer que l'art. 1369 n'exige point, pour autoriser la délation de ce serment, que le défendeur ait personnellement commis un dol ou une faute; il l'autorise dans tous les cas où il n'est pas possible de constater autrement la valeur des choses. Or, la mort de celui qui a commis le dol ou la faute ne rend pas les moyens de constater cette valeur plus possibles qu'auparavant.

446. Le serment *in litem* peut, suivant les circonstances, être déféré à l'héritier du propriétaire dépouillé, ainsi que l'a décidé la Cour de cassa-

---

(1) Loi 10, *ff de in litem jurando*, 23. 3.

In instrumentis quæ quis non exhibet, actori permittitur in litem jurare, quanti suâ interest ea proferri, etc.

Jung. loi 3, § 2, *ff ad exhib.*, 10. 4.

tion, dans un arrêt dont voici l'espèce : Le sieur B. avait déposé une somme d'argent entre les mains de François B., son frère, ex-religieux ; il était mort sans l'avoir retirée, et sans en avoir pris une reconnaissance. Poursuivi en restitution de ce dépôt par le sieur B. fils, mineur émancipé, François B. répond qu'il ne sait ce qu'on lui veut dire. Cependant, il lui échappe des aveux et des contradictions desquels résulte la preuve évidente de sa mauvaise foi ; en conséquence, arrêt de la Cour d'appel de Dijon, le 25 frimaire an XI, qui déclare le fait du dépôt constant, et admet le mineur B. au serment *en plaids*, sur la quotité du dépôt, jusqu'à la concurrence de 48,000f.

François B. se pourvoit en cassation, et soutient, 1°. qu'en déférant le serment à un héritier sur le montant d'un dépôt prétendu fait par le défunt, on a violé la loi 42, *ff de R. J ;* 2°. qu'en déférant le serment à un mineur, on a violé la loi 34, *ff de jurejurando.*

Mais le pourvoi fut rejeté par arrêt du 9 vendémiaire an XIV, par la considération « que les lois » romaines dispensent bien l'héritier de faire serment sur un fait personnel au défunt, mais ne » lui défendent pas de le prêter, s'il lui est déféré ; » et que, loin de s'opposer à ce qu'un mineur émancipé soit admis à jurer *in litem*, la loi 4, *ff de in litem jurando*, autorise formellement à déférer le » serment *in litem* à un adolescent, et veut que le » juge puisse régler la somme jusqu'à concurrence

» de laquelle il sera fait.» Cet arrêt est rapporté dans le Répertoire de M. Merlin, v°. *Serment en plaids*. Cet arrêt nous donne encore l'exemple d'un cas où le serment *in litem* peut être déféré; et cet exemple est remarquable, en ce que le déposant était en faute de n'avoir pas pris une reconnaissance du dépôt; mais cette faute ne pouvait excuser le dol odieux d'une dénégation de dépôt.

447. La responsabilité encourue par les voituriers, par les entrepreneurs et directeurs de voitures et de roulages publics, peut aussi donner lieu contre eux à la délation du serment *in litem*, lorsque les effets dont ils étaient chargés se trouvent perdus. Les art. 1782 et suiv. du Code civil les soumettent en général aux mêmes obligations que les aubergistes, dont parle l'art. 1952. Dans l'ancienne jurisprudence: lorsque des ballots chargés se trouvaient perdus par la négligence d'un maître de messagerie, ou de ses préposés, on le condamnait à en rendre la valeur au propriétaire, sur la déclaration détaillée que celui-ci donnait, et qu'il affirmait véritable. Cette jurisprudence était fondée sur les principes qui de tout tems ont fait admettre le serment *in litem* (1), et elle avait été confirmée par un arrêt du Parlement de Paris, du 30 mai 1656,

(1) Si l'on veut connaître les variations de la législation sur ce point, il faut voir le Répertoire de jurisprudence, tom. VIII, v.° *Messageries*, § 2, pag. 177.

rapporté à sa date dans le Journal des audiences (1).

Pendant que les messageries ont été exploitées pour le compte du gouvernement, la loi du 23 juillet 1793 avait fixé à 150[f] l'indemnité due aux particuliers pour les paquets perdus, lorsqu'en les chargeant, ils n'avaient pas fait l'évaluation des effets qui s'y trouvaient contenus.

Mais depuis que les messageries ne sont plus régies pour le compte du gouvernement, et qu'elles sont l'objet d'entreprises particulières, la responsabilité des entrepreneurs n'est plus restreinte à 150[f], faute d'évaluation des effets perdus dans l'acte du chargement, et la loi du 23 juillet 1793 se trouve abrogée, parce que l'ordre des choses, pour lequel cette loi avait été faite, n'existe plus, et que par là cessent les motifs qui l'avaient dictée (2).

C'est ce qu'a décidé la Cour régulatrice par deux arrêts, l'un de rejet, l'autre de cassation, rapportés dans le Répertoire, v°. *Voiturier*, n°. 5. Voici l'espèce du premier : Le 15 frimaire an VIII, le sieur Aumont met une malle à la messagerie de Paris à Auxerre, exploitée par le sieur Duclos. Cette malle s'étant trouvée perdue, le sieur Aumont réclame une indemnité qu'il élève à 900[f]. Le

---

(1) *Voy.* aussi Jousse, sur l'art. 2 du tit. 20 de l'Ordonnance de 1667.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit tom. I, n.° 153, sur l'abrogation des lois.

sieur Duclos soutient ne devoir que 150f. Jugement qui arbitre l'indemnité due par le sieur Duclos à 500f. Le sieur Duclos se pourvoit en cassation, et dénonce ce jugement comme contraire à l'art. 62 de la loi du 25 juillet 1793. Mais, par arrêt du 13 vendémiaire an X, « le tribunal, considérant que » la loi des 23 et 24 juillet 1793 était relative à l'or- » ganisation des postes et messageries, en régie » nationale, et que celle du 9 vendémiaire an VI, » en supprimant les messageries nationales, et en » accordant à tous les citoyens la faculté d'établir » des messageries particulières, moyennant un droit » à payer à la république, n'a ni maintenu, ni re- » nouvelé les dispositions de la loi précitée des 23 » et 24 juillet 1793, qui ne subsiste plus : d'où il » suit que le tribunal de la Seine a bien fait de re- » fuser aux voitures particulières des demandeurs » en cassation l'application de cette même loi; re- » jète la requête dudit Duclos. »

Le second arrêt est du 6 février 1809. Il suffit d'en rapporter les considérans, où sont nettement exposés les principes de la matière : « Vu les arti- » cles 1784 et 1785 du Code civil, et considérant » que l'entrepreneur d'une messagerie est, relati- » vement aux effets qui lui sont confiés, un véri- » table mandataire; qu'il doit veiller à leur conser- » vation, et les remettre à leur destination, tels » qu'il les a reçus du mandant; qu'il est respon- » sable de la perte ou de l'avarie, à moins qu'il ne » prouve que ces effets ont été perdus par cas for-

» tuit ou force majeure; que si l'art. 62 de la loi du » 23 juillet a restreint seulement à 150[f] l'indem- » nité due pour la perte des effets, cette dérogation » aux règles du mandat n'a été introduite qu'en » faveur du gouvernement, et lorsque les messa- » geries étaient en régie nationale; que la loi du 9 » vendémiaire an VI ayant supprimé les messa- » geries nationales, les obligations des entrepre- » neurs particuliers de messageries sont rentrées » dans le droit commun : d'où il suit que le tribunal » civil de Caen, en prenant pour base de sa déci- » sion la loi de juillet 1793, a faussement appli- » qué cette loi, et contrevenu à l'art. 1784 du Code » civil, qui n'est point introductif d'un droit nou- » veau; la Cour casse et annule. »

448. Dans les exemples que nous avons donnés jusqu'ici, le serment sur la valeur des choses qui font l'objet du procès, est déféré au demandeur contre le spoliateur ou contre le rétentionnaire de ces choses. L'art. 1781 du Code, conforme à nos anciens usages, nous donne l'exemple d'un serment déféré au débiteur, sur la quotité de la dette, et sur sa libération en tout ou en partie.

Il porte :

« Le maître est cru sur son affirmation,

» Pour la quotité des gages;

» Pour le paiement du salaire de l'année échue;

» Et pour les à-comptes donnés pour l'année » courante. »

Ces dispositions, conformes à nos anciens usa-

ges (1), n'en sont pas moins contraires au droit commun, et, par conséquent, on ne peut leur donner aucune interprétation extensive.

La première disposition suppose que, suivant l'usage presque universel, il n'y a pas de titre pour fixer les gages; car alors il n'y aurait pas lieu à l'affirmation.

Lors donc qu'un serviteur qui n'a pas de titre forme une demande en paiement de ses gages, si c'est après l'année fixée pour la prescription, par l'art. 2272, il est juste et conforme aux principes que l'affirmation soit déférée au maître, puisqu'il est défendeur et qu'il a en sa faveur une présomption de paiement établie par la loi.

449. Mais lorsque la demande est formée avant le tems de la prescription expiré, la présomption est en faveur du serviteur, dont les services non contestés sont un titre. Il est certain qu'il lui est dû des gages; mais comment les fixer? Suivant l'article 1369, et suivant la raison, on ne doit recourir au serment que dans l'impossibilité de se procurer une autre preuve. Or, souvent les gages d'un serviteur ordinaire ne s'élèvent pas au-dessus de 150^f^. On pourrait donc admettre la preuve testimoniale, sans recourir au serment. Cependant, l'art. 1781 semble l'exclure, et ne permettre de fixer la quo-

---

(1) *Voy.* le Nouveau Dénisart, v.° *Domestique* et v.° *Gage*; Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. IX, pag. 449.

tité des gages que par une affirmation assermentée; première dérogation au droit commun.

De plus, l'article défère cette affirmation au maître, quoique la présomption soit en faveur du serviteur. Il est donc évident que cette disposition est contraire au droit commun.

Sur quoi donc est-elle fondée ? Sur la paix de la société, qui doit l'emporter sur toute autre considération, même sur quelques injustices particulières auxquelles la disposition de notre article peut donner lieu.

Il est très-rare qu'il y ait des conventions écrites entre les maîtres et les serviteurs. S'ils ne sont pas d'accord à la fin de l'année, faudra-t-il fatiguer les tribunaux par une multitude infinie de procès sans cesse renaissans ? Leur nombre et leur fréquence troublerait la société. C'est donc le cas de recourir à ce grand moyen de prévenir et de terminer les procès, la religion du serment : *Maximum remedium expediendarum litium jurisjurandi religio. Loi* 1, *ff de jurejur.*, 12. 2. La paix de la société paraît donc exiger que cette foule de petits procès soit prévenue, par le moyen court et simple de la délation du serment. Ce point accordé, il ne reste plus qu'à examiner à qui, du maître, ou de son serviteur, il doit être déféré.

La raison et les lois de tous les peuples civilisés disent qu'il faut peser les qualités respectives des parties, afin de prendre le serment de celle qui, selon les apparences, est la plus digne de foi. Or,

dans les contestations qui s'élèvent entre un maître et son serviteur, la supériorité du premier sur le second est trop marquée pour balancer : il serait contraire à nos mœurs, aux mœurs même de toutes les nations, de déférer le serment au serviteur contre le maître.

Tel est le fondement des dispositions de l'article 1781. Si quelques méchans maîtres en peuvent abuser pour vexer d'honnêtes et malheureux serviteurs, c'est à l'opinion publique d'en faire justice (1). La délation du serment aux serviteurs entraînerait de plus grands abus.

450. Mais quand les gages sont réclamés après le décès du maître, avant le délai de la prescription, le serment que l'art. 1781 lui déférait, doit-il également être déféré à ses héritiers, qui refusent de payer ?

La négative ne nous paraît pas douteuse. C'est au maître personnellement que l'article cité défère le serment, et cette disposition, contraire au droit commun, n'est susceptible d'aucune extension : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. Loi 14, ff de legibus, l. 3.*

Inutilement dirait-on que l'héritier succède à

---

(1) La scène même les livre à la censure publique. *Voy.* l'admirable pièce du Misanthrope :

« Elle est à bien prier exacte au dernier point ;
Mais elle bat ses gens et ne les paye point ».

tous les droits du défunt; cette maxime n'est vraie qu'en tout ce qui ne lui est pas personnel, comme le serment.

D'ailleurs, le serment du maître porte sur un fait positif et personnel qu'il ne peut ignorer, sur la quotité des gages qu'il a promis, sur le paiement ou les à-comptes qu'il a donnés. Au contraire, les héritiers n'ont pas ordinairement une connaissance personnelle de ces faits.

Mais s'ils en avaient une connaissance personnelle, s'ils offraient d'affirmer que c'est en leur présence que le serviteur a été gagé, que les paiemens lui ont été faits, cette offre devrait-elle être reçue? On peut en douter : c'est à la qualité, c'est à la personne du maître qu'est attaché le privilége, contraire au droit commun, d'en être cru sur sa parole, et non pas à ses héritiers, qui demanderaient à être juges et témoins dans leur propre cause. Le droit commun et la justice exigent que le serviteur puisse se défendre contre des successeurs qui n'ont point sur lui, comme leur auteur, cette supériorité morale à laquelle était attaché le privilége que la loi lui accordait.

De la Formule du Serment.

SOMMAIRE.

451. *Simplicité de cette formule dans nos usages. Il doit être prêté suivant le rite du culte que chacun professe.*

452. *Quelle que soit cette formule, l'invocation et l'imprécation y sont implicitement renfermées.*

453. *Même dans* l'affirmation *judiciaire, qui, dans le langage du barreau, est synonyme de serment.*

454. *Ainsi, on ne peut annuler une enquête où il est dit que les témoins ont* affirmé, etc. Secùs, *s'il est dit qu'ils ont* promis, etc.

455. *A moins qu'il ne fût dit qu'ils ont fait la promesse exigée par tel article, lequel exige le serment.*

456. *Il est bon de s'assurer que celui qui affirme en justice attache à ce mot l'idée de serment. S'il manifestait une intention contraire,* l'affirmation *serait nulle.*

451. Cette formule est la même pour toutes les espèces de sermens. Par un usage déjà très-ancien en France, elle ne consiste plus qu'à dire, en levant la main droite, *je jure* de faire telle chose, ou que telle chose existe.

Il est à remarquer qu'aucun de nos Codes n'a prescrit la forme ni la formule du serment, et que nos lois antérieures ne l'avaient point également prescrite. La raison en est, sans doute, que le serment étant un acte religieux, doit être prêté suivant le rite particulier au culte ou à la religion de celui qui le prête. Ce n'est même que de là qu'il tire toute sa force.

Le serment judiciaire est essentiellement un lien religieux, et le serment prêté dans une forme réprouvée par la religion de celui à qui il est déféré ne peut former un lien religieux. La loi ne peut donc reconnaître pour véritable serment que celui

qui est prêté conformément à la croyance religieuse de celui à qui la prestation en est commandée, parce que la loi ne peut accorder aucune ombre de confiance au serment que méconnaît ou condamne la croyance religieuse de celui qui le prête. En le prêtant, il trahirait sa conscience, qui peut seule garantir sa bonne foi; il se rendrait indigne de toute croyance.

Aussi le pieux empereur Antonin pose en principe qu'on doit s'en tenir au serment qu'une personne a prêté conformément au rite de sa secte religieuse. *Divus Pius jurejurando quod propriâ superstitione juratum est, standum rescripsit* (1).

L'empire des lumières et de la raison a proscrit en France l'intolérance religieuse. « Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient » pour son culte la même protection. » (Art. 5 de la Charte constitutionnelle).

Chacun doit donc prêter le serment conformément au rite de son culte; lui en commander un autre serait une tyrannie; et toutes les fois qu'on a voulu, soit avant, soit depuis les lois nouvelles, élever des prétentions contraires à ces principes, elles ont été proscrites par les Cours royales et par la Cour régulatrice (2).

---

(1) Loi 5, § 1, *ff de jurejurando*, 12. 2.

(2) On peut voir les arrêts rapportés à ce sujet dans le Répertoire de jurisprudence et dans les Questions de droit de M. Merlin, v.° *Serment*.

Mais quelle que soit la formule du serment reçu dans chaque secte, ne consistât-elle que dans la simple affirmation, celui qui, après l'avoir prononcée en justice, viendrait à fausser sa parole, devrait subir la peine du parjure (1).

452. Nous avons dit *suprà*, n°s. 343 et 344, que deux choses constituaient l'essence du serment; l'invocation, par laquelle on prend Dieu à témoin de ce qu'on dit; l'imprécation, par laquelle on le prie de venger sur nous le parjure. Ces deux choses sont toujours implicitement renfermées dans cette simple et courte formule, *je le jure*, dans laquelle le nom de l'Être suprême n'est pas même prononcé, peut-être par respect pour ce saint nom, qu'on ne doit pas prononcer en vain. Il suffit que personne de ceux qui se présentent au serment ne puisse ignorer que l'invocation et l'imprécation sont comprises dans cette formule.

453. Bien plus : elles le sont également dans *l'affirmation judiciaire*, qui, dans la langue du barreau français, est synonyme de serment. Tous

---

(1) *Voy.*, à cet égard, la déclaration faite par les quakers, dans l'Assemblée nationale, en 1791, et la réponse que leur fit, en 1675, le chancelier Cowper, en Angleterre. On les trouve dans les Questions de droit de M. Merlin, v.° *Serment*, pag. 675, 3.e édit.

Voët, *in Pandectas, H. T.*, n.° 2, enseigne aussi que l'affirmation des anabaptistes et des quakers a la même force qu'un serment; mais que s'ils manquent à leur parole, ils doivent être punis comme parjures : *Assertio boni viri hactenùs jurisjurandi effectum habet, ut tanquàm verè perjuri coërcendi veniant, si scientes fefellerint.*

nos vocabulaires, tant anciens que nouveaux, s'accordent sur ce point (1), et leur doctrine est conforme au texte de nos lois anciennes et nouvelles, qui mettent l'affirmation judiciaire sur la même ligne que le serment.

L'ordonnance de 1673, tit. 1, art. 10, porte que les marchands et ouvriers, à qui l'on oppose la prescription de six mois ou d'un an, pourront *déférer le serment* à ceux qui prétendront les avoir payés; et la même loi, tit. 5, art. 21, dit que les prétendus débiteurs de lettres de change, qui soutiendront en être libérés par la prescription de cinq ans, seront tenus d'*affirmer*, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont point redevables,

Voilà bien les mots serment et affirmation employés dans le même sens. On trouve un exemple pareil dans l'art. 275 de la Coutume d'Orléans; on en trouve également dans nos lois nouvelles. L'article 507 du Code de commerce porte que chaque créancier d'une faillite est tenu *d'affirmer*, entre les mains du commissaire, que sa créance est sincère et véritable. Or, tous les auteurs s'accordent à dire que cette affirmation consiste à prêter serment.

Le décret du 1^er^. germinal an XIII exige que les

---

(1) *Voy.* le Dictionnaire de Ferrière; le Répertoire de jurisprudence, v.° *Serment*, *Affirmation*; la Collection de Camus et Bayard, connue sous le nom du Nouveau Dénisart; la nouvelle édition du Dictionnaire des arrêts, par Prost du Royer, v.° *Affirmation*.

procès-verbaux des préposés de la régie soient *affirmés*, et la Cour de cassation, dans les considérans d'un arrêt du 3 juillet 1812, dit positivement que « le mot *affirmé*, employé dans les art. 25 et » 26 du décret du 1^er^. germinal an XIII, pour la » validité des procès-verbaux, emporte avec soi » l'acceptation d'une déclaration faite *avec serment*, » sur la vérité ou la sincérité du procès-verbal, etc.» M. Merlin, qui rapporte cet arrêt dans son Répertoire, v°. *Serment*, § 3, pag. 507, dit qu'il a été rendu le même jour trois autres arrêts semblables.

Enfin, le Code civil même, art. 1781, porte que « le maître est cru sur son *affirmation* », et il ne paraît pas douteux qu'il s'agit ici d'une affirmation *assermentée*.

Il est donc certain qu'*affirmer* en justice, est, dans le langage de la loi, synonyme de *jurer* (1).

454. De là il suit qu'on ne peut arguer de nullité les actes où il serait dit que les témoins, experts, préposés, etc., ont *affirmé* et non pas *juré*.

---

(1) Cependant les auteurs les plus attachés à la propriété des termes ne trouvent point ces mots entièrement synonymes, et disent avec raison que le *serment* a plus de trait à l'avenir, l'*affirmation* au passé. On jure que l'on *fera* une chose; on affirme que telle chose *est* ou a été. C'est la distinction des canonistes entre le serment promissoire et le serment affirmatif, *jusjurandum promissorium*, *jusjurandum assertorium*.

Voy. le Dictionnaire des arrêts de Prost du Royer, tom. III, v.° *Affirmation*, n.° 1, et la Collection de jurisprudence de Camus et Bayard, v.° *Affirmation*, tom. I, pag. 315.

Mais il en serait autrement de toute autre expression équivalente en apparence, à laquelle néanmoins la loi n'a point spécialement attaché la même acception. L'art. 317 du Code d'instruction criminelle du 27 novembre 1808, porte qu'avant de déposer, les témoins prêteront, à peine de nullité, le serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité. Cette formalité doit être constatée par le procès-verbal des séances de la Cour d'assises, et si ce procès-verbal portait que les témoins ont *promis* de parler sans haine, etc., au lieu de ont *juré*, l'arrêt qui suivrait serait cassé, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, par le motif qu'en exigeant le serment des témoins, le législateur a voulu avoir une garantie plus forte de la vérité de leurs dépositions, que celle que pouvait offrir la simple promesse exigée d'eux par l'art. 350 du Code du 3 brumaire an IV, et que cette garantie ne peut être refusée à la justice qui la réclame, *à moins que les principes du culte religieux des témoins ne s'y opposent*. M. Merlin, dans son Répertoire, v°. *Serment*, § 3, rapporte quatre arrêts rendus dans les mêmes principes.

455. Cependant, si le procès-verbal des débats portait qu'avant de déposer, les témoins ont fait *la promesse exigée par l'art.* 317 du Code d'instruction criminelle, comme cette énonciation se rapporte à la disposition de la loi, il en résulterait une présomption légale que la promesse faite par les témoins l'a été sous la religion du serment, et qu'ain-

si la loi a eu son exécution. Ainsi décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1812, aussi rapporté par M. Merlin, *ubi suprà.*

456. Si, dans le langage des lois, *l'affirmation* est synonyme *de serment*, il n'en est pas moins vrai que, dans l'usage ordinaire de la langue, ces deux mots ne présentent point la même idée. Il est donc prudent de s'assurer si celui qui se présente pour *affirmer* à la justice attache à ce mot l'idée de serment, et pour peu qu'il manifeste une intention contraire, l'affirmation est nulle. En voici un exemple :

Des préposés de l'administration des droits réunis se présentèrent devant le juge de paix du canton, et affirmèrent le procès-verbal qu'ils avaient dressé contre un délinquant sincère et véritable. Le juge de paix reçut leur affirmation ; mais il les interpella d'ajouter à leur affirmation la prestation formelle d'un serment ; ils s'y refusèrent.

Le tribunal de police correctionnelle, où l'affaire fut portée, déchargea le prétendu délinquant, attendu que le mot *affirmer*, dans le sens des tribunaux, signifiant *déclarer avec serment*, si l'acte d'affirmation eût énoncé simplement suivant, l'usage, que les préposés avaient *affirmé*, c'eût été la même chose que de dire qu'ils avaient déclaré, sous serment, le contenu au procès-verbal vrai ; mais qu'en disant qu'ils affirmaient, les préposés ont déclaré en même tems qu'ils se refusaient à faire serment, et qu'on peut en tirer la conséquence

qu'ils entendaient détacher de leur affirmation toute idée de serment ; que, d'après cette explication restrictive, le mot *affirmé* ne peut plus être envisagé comme une véritable affirmation dans le sens de la loi, et qu'ainsi le défaut d'affirmation entraîne la nullité du procès-verbal.

Ce jugement fut confirmé par la Cour de Turin, et la régie s'étant pourvue contre l'arrêt de cette Cour, son pourvoi fut rejeté le 19 janvier 1810 (1).

Cet arrêt est entièrement conforme à la raison. Si l'on veut avoir la garantie exigée par la loi, il faut s'assurer que celui qui prononce le mot équivoque d'*affirmation* l'entend dans le sens de la loi. Il serait bien à désirer qu'en législation, on ne laisât aucune expression obscure ni équivoque.

---

(1) L'arrêt est rapporté par M. Merlin, dans ses Questions de droit, *v.° Serment.*

ADDITIONS

AUX VI.e ET VIII.e VOLUMES DE CET OUVRAGE,

SUR

LA TRANSMISSION

DES DROITS ET OBLIGATIONS

AUX SUCCESSEURS A TITRE PARTICULIER,

Où l'Auteur examine une Dissertation de M. MERLIN et une autre de M. DUCAURROY, sur le sens des mots *ayant-cause* et *tiers*, dans les art. 1319, 1322 et 1328 du Code.

Comment se transmettent les droits et les obligations aux successeurs à titre particulier, ou ayant-cause?

Quel est le sens des mots ayant-cause et tiers, dans les art. 1319, 1322 *et* 1328 *du Code civil?*

SOMMAIRE.

1. *Avant l'état civil, les obligations s'éteignaient par la mort de celui qui les avait contractées.*
2. *Au moyen de la règle* **qui s'oblige oblige le sien**, *la propriété permanente fit passer les obligations avec les biens d'une génération à l'autre.*

3. *Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Ils cessent de l'être, s'ils sortent de ses mains. Ses successeurs à titre particulier ne sont pas tenus de ses obligations.*

4. *A moins qu'il n'y ait spécialement affecté ses biens ; ce qui se fait de deux manières : 1.° en les aliénant sous cette condition, qui devient alors une loi pour les possesseurs.*

5. 2.° *En établissant sur ces biens une servitude ou autre charge. Alors il ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même.*

6. *Les Romains s'écartaient de ce principe à l'égard de la transmission de propriété, pour laquelle ils exigeaient la tradition.*

7. *Ils en concluaient qu'entre deux acquéreurs du même fonds, ce n'était pas le premier, mais celui à qui la tradition était faite, qui était préféré.*

8. *Hors ce cas, sauf quelques exceptions, ils suivaient pour règle qu'on peut opposer au successeur ce qui pouvait être opposé à son auteur.*

9. *Exemple dans la vente d'un fonds par celui qui n'en était pas propriétaire, et qui, après l'être devenu, le revendait une seconde fois. Le premier acquéreur était préféré.*

10. *Cette décision équitable est conforme à notre principe que la propriété est transférée de plein droit, par l'effet des obligations.*

11. *Les obligations passent au successeur à titre singulier, lorsqu'elles sont relatives au fonds à la propriété duquel il succède.*

12. *Notre législation suit ce principe plus rigoureusement que le droit romain. Par exemple, l'acquéreur est obligé d'entretenir le bail.*

13. *Cette décision étendue à la concession d'un droit personnel de passage.*

14. *Mais il faut que le contrat opposé à l'ayant-cause soit antérieur au titre de celui-ci. Il suffit d'un contrat sous seing privé.*

15. *Examen de l'opinion de M. Merlin sur le sens du mot* ayant-cause. *Imperfections qu'il veut voir dans la rédaction de l'art. 1322.*

16. *La question de savoir si l'acte privé fait foi de sa date contre les* ayant-cause, *dépend uniquement du sens de ce mot.*

17. *M. Merlin distingue deux espèces d'ayant-cause, ceux qui tiennent leur titre de la même personne, mais par des actes différens, et ceux qui le tiennent de la même personne et par le même acte.*

18. *Hypothèse de M. Merlin, pour établir que deux ayant-cause peuvent tenir leur droit du même acte.*

19. *Inexactitude des conséquences qu'il tire de son hypothèse.*

20. *Elles mettraient en contradiction les art. 1328 et 1322. C'est pour sauver cette contradiction qu'il a imaginé ses deux espèces d'ayant-cause.*

21. *Il réduit la question au point de savoir si, pour appliquer l'art. 1322, il faut que les ayant-cause doivent cette qualité au même acte.*

22. *Deux personnes ne peuvent devenir les ayant-cause de l'un des souscripteurs d'un acte, sans l'avoir souscrit, et alors c'est en qualité de souscripteurs qu'on peut leur opposer cet acte.*

23. *Donc, en parlant des* ayant-cause, *l'art. 1322 a appliqué ce mot dans son acception ordinaire, et non à ceux qui tiennent leur droit du même acte.*

24. *Preuve de cette vérité, par la comparaison et le rapprochement des art. 1319 et 1322, qui emploient dans le même sens le mot ayant-cause.*

25. *L'acte sous seing privé fait foi contre les ayant-cause, par une conséquence de l'ancienne règle* quod ipsis

qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.

26. *Les termes de l'art.* 1322, entre leurs héritiers et ayant-cause, *ne se réfèrent point à un acte primitif, comme le dit M. Merlin.*

27. *Les ayant-cause, dans les art.* 1319 *et* 1322, *sont ceux qui tiennent leur titre de la même personne. Le Code les distingue des tiers.*

28. *Série et gradation des dispositions du Code sur la foi due aux actes, conformes aux anciens principes.*

29. *On ne peut prétendre que l'art.* 1328 *soit une exception à l'art.* 1322, *sans accuser les rédacteurs d'avoir ignoré le sens des mots. Ils n'ont fait qu'ériger en loi la doctrine de Pothier et de Dumoulin, sanctionnée par le tems et l'expérience.*

30. *Réponse péremptoire à l'objection tirée de l'art* 1743, *qui dit que l'acquéreur peut expulser celui qui n'a qu'un bail sous seing privé. C'est une exception à la règle générale établie par l'art.* 1322. *Cette exception confirme la règle; il n'en est point sans exception.*

31. *Réponse à l'objection tirée des abus qu'on peut faire des actes sous seing privé.*

32. *Les ventes sous seing privé peuvent servir de titre à la prescription de dix ou vingt ans.*

33. *Les abus qu'on peut faire des actes notariés sont plus fréquens et plus dangereux.*

34. *M. Ducaurroy, n'ayant lu ni M. Merlin, ni aucun des recueils de jurisprudence, s'est allé imaginer que j'ai donné des* ayant-cause *une définition tout à fait nouvelle.*

35. *J'ai donné celle de tous nos dictionnaires anciens et modernes, de Pothier, de Dumoulin. Cette définition n'a jamais varié.*

36. *Dumoulin oppose les ayant-cause aux héritiers qui suc-*

cèdent in universam causam. *Pothier et le Code ont suivi sa doctrine.*

37. *J'en ai conclu que la première vente, même sous seing privé, était préférable à la seconde.*

38. *Mais M. Ducaurroy soutient, contre tous les jurisconsultes, que les acquéreurs ne sont pas les ayant-cause du vendeur. Il ne veut voir, dans les ayant-cause dont parle l'art.* 1322, *que* des successeurs à titre universel. *C'est* sa solution définitive.

39. *Mais si les ayant-cause dont parlent les art.* 1319 *et* 1322 *ne sont pas des successeurs à titre universel, il s'ensuit nécessairement que ni les actes authentiques, ni les actes privés, ne font foi contre les successeurs à titre particulier.*

40. *M. Ducaurroy promet une censure de mon ouvrage, à laquelle je promets de ne point répondre.*

1. J'AI essayé, dans le 6e. volume de mon ouvrage, de donner la théorie des obligations réelles et personnelles, et celle de la transmission des droits et des obligations aux successeurs, soit à titre universel; soit à titre particulier ou *ayant-cause;* matière curieuse, parce qu'on y suit les progrès de la législation, et d'autant plus importante, qu'elle a été passée sous silence par notre grand maître Pothier.

J'ai dit, nº. 401, qu'avant l'établissement de l'état civil, l'homme ne pouvait et ne peut encore obliger que sa personne, et non celle de ses successeurs, pas même celle de ses enfans; qu'il ne pouvait également obliger, pour le tems où il n'existera plus, les biens dont il avait la posses-

sion transitoire, et qui passaient à sa mort au premier occupant; qu'ainsi, les obligations qu'il avait contractées et non exécutées de son vivant, s'éteignaient avec sa personne : *Mors omnia solvit.*

Les droits qu'il avait acquis, mais non encore exercés, s'éteignaient également avec lui, à moins qu'il n'eût stipulé tant pour lui que pour certaines personnes déterminées par la convention. Comment ces biens auraient-ils pu passer a des successeurs qui n'étaient pas connus par un ordre de succéder fixe et stable ?

2. L'état civil fit cesser ce désordre ; il rendit la propriété stable et permanente, et régla l'ordre des successions. Les biens qu'un citoyen possédait furent affectés de plein droit à l'accomplissement de ses engagemens, et devinrent le gage commun de tous ses créanciers : *Qui s'oblige oblige le sien.*

Au moyen de ce principe, conservateur de la société, sagement établi par les lois civiles, les obligations qui s'éteignaient auparavant avec la personne du débiteur, acquirent un caractère de réalité, qui les attache aux choses et aux biens, lesquels, à la mort du propriétaire, ne peuvent plus passer qu'avec leurs charges à la personne du successeur, que la loi désigne ou que le défunt a choisi.

Ainsi, les obligations sont, avec les biens, transmises de la génération qui passe à la génération qui suit. La mort de l'homme n'expose plus les créanciers qui lui survivent à une perte certaine;

ils n'éprouvent aucun dérangement notable dans les relations qu'ils ont eues avec lui; les biens, les choses qui lui appartiennent, *res*, répondent de l'exécution des obligations qu'il a contractées; elles sontdonc effectivement *réelles*, dans ce sens qu'elles passent avec les choses aux successeurs du débiteur décédé.

Les droits des créanciers sont également réels, en ce sens qu'ils passent, comme des choses dépendantes de leur succession, aux héritiers que la loi désigne ou qu'ils se sont choisis.

3. Ces principes ne paraissent pas susceptibles de contradiction. L'affectation générale et indéfinie de tous les biens d'un débiteur, à l'accomplissement de ses obligations, existe également pendant sa vie; ses biens sont également le gage commun de ses créanciers, dans ce sens que, faute de satisfaire à ses engagemens, tous et chacun d'eux peuvent faire saisir ses biens, et les faire vendre, pour en partager également le prix entre eux, à moins qu'ils n'aient un titre de préférence.

Mais si le débiteur les a mis hors de sa main, les créanciers perdent leurs droits sur ces biens vendus ou aliénés de bonne foi. La personne seule du débiteur leur reste obligée, ainsi que ses autres biens; ses obligations ne passent point aux acquéreurs des biens vendus, sur lesquels les créanciers n'avaient aucun droit particulier, mais seulement un droit général et indéfini qu'ils ont laissé perdre, en négligeant de l'exercer plus tôt; ils n'ont donc

point à s'en plaindre. La personne du débiteur demeure pour leur répondre.

La règle générale est donc que les obligations qui n'affectent les biens du débiteur que d'une manière générale, en vertu de la maxime, *qui s'oblige oblige le sien*, ne passent point à ses successeurs à titre particulier, autrement *à ses ayant-cause*.

4. Mais si le propriétaire, outre cette affectation générale de la loi, avait spécialement affecté tel ou tel de ses biens particuliers à telle charge, à tel droit, à telle obligation, aussi spéciaux et particuliers, cette charge, ce droit, cette obligation, ne doivent-ils pas être préférés à l'affectation générale de la loi?

Oui, sans doute, et cette affectation spéciale peut se faire de deux manières principales : 1°. en aliénant un héritage; car c'est un principe consacré par les lois, et avoué par la raison, que le propriétaire, en transférant sa propriété à un tiers, peut ne la transférer que sous telles charges, telles conditions que bon lui semble, pourvu qu'elles ne soient pas réprouvées par les lois ou par la morale: *In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. Loi 48, ff de pact., 2. 14.* L'effet de ces conditions, si la charge n'est pas remplie, est de résoudre le contrat comme s'il n'avait jamais existé : *Cùm enim venditor, vel alienator, non aliâ lege jus suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione, quomodò ferendum est,*

aliquam captionem ex variâ pati eum interpretatione. Leg. ult. Cod. de pact. inter empt. et vendit. compositis, 4. 54.

Si donc le vendeur avait chargé son acquéreur d'acquitter une obligation, celui-ci en devenait chargé, et s'il revendait ou aliénait autrement l'héritage, son acquéreur en devenait chargé à son tour; et de même un troisième et quatrième acquéreur, auquel le précédent n'avait pu transférer l'héritage qu'aux mêmes charges et obligations.

Ces charges, imposées à l'héritage avec la translation de la propriété, étaient ce que les Romains appelaient *lex prædii*, parce qu'en les imposant, le propriétaire *legem rei suæ dabat.* Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit. Le Code a, sur ce point, adopté les dispositions du droit romain. Nous tenons encore pour maxime que toutes les charges, toutes les conditions imposées à l'héritage, au moment de la translation de la propriété, sont des lois auxquelles tous les possesseurs successifs de cet héritage sont obligés de se conformer, pendant qu'ils le possèdent, parce que, tenant originairement leur titre de celui qui s'y était assujéti, ils sont ses ayant-cause ou ses successeurs; ils le représentent.

5. 2°. Le propriétaire, sans en transférer la propriété, pouvait, sans contredit, attacher à son héritage des charges ou obligations spéciales, auxquelles il ne pouvait se soustraire; par exemple, il pouvait permettre à son voisin de passer sur son

champ, d'aller couper du bois dans sa forêt, d'aller tirer des pierres dans sa carrière ; mais si, après avoir établi ces charges sur ses propriétés, par une convention ou un contrat en forme, et à titre onéreux, le propriétaire vendait les mêmes propriétés, sans imposer à l'acquéreur l'obligation de les souffrir, sans l'en prévenir, sans en parler dans le contrat de vente, alors naissait la question de savoir si cet acquéreur était obligé de les souffrir, et s'il pouvait dire que le premier contrat était ce qu'on appèle chose passée entre étrangers, *res inter alios acta*, qui ne pouvait nuire à un tiers, *quæ tertio non nocet;* que, quelque valide que soit l'obligation contractée par le vendeur commun, il ne pouvait obliger que sa personne ; qu'ainsi, c'est vers lui seul que doit recourir le premier contractant.

Celui-ci pouvait répondre : Vous vous trompez; le contrat que j'ai passé avec votre vendeur n'est point, à votre égard, *res inter alios acta*, puisque c'est de lui que vous tenez votre titre ; vous le représentez, vous êtes son successeur ; il n'a pu vous transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet. Loi* 54, *ff de R. J.*

Vous ne devez pas être de meilleure condition que lui ; en succédant à son droit, vous succédez à ses obligations. Vous vous trompez encore, en faisant une application de la maxime qu'il n'a pu obliger que sa personne, et non celle de ses successeurs. S'il s'agissait d'une de ces obligations pure-

ment personnelles, qui n'affectent les biens de l'obligé que d'une manière générale, et en vertu de la maxime, *qui s'oblige oblige le sien*, les successeurs, de tous les biens qu'il laisserait à son décès, seraient seuls tenus de ces obligations; mais il s'agit ici d'obligations qu'il a spécialement attachées à tels héritages particuliers, d'obligations qui même ne pouvaient et ne peuvent encore être exécutées que sur tels héritages désignés. Or, vous lui succédez dans ces héritages; vous succédez dans tous les droits qu'il avait sur cette forêt, dans laquelle il m'avait vendu le droit de prendre mon chauffage, etc : son obligation vous a donc été transmise avec la propriété à laquelle l'obligation était attachée. Vous êtes son successeur ou son ayant-cause; l'obligation qu'il a contractée envers moi peut donc vous être opposée : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit. Loi* 143, *ff de R. J.; Ulp., lib.* 2, *ad edict.*

6. Telles sont les sages maximes que la raison naturelle avait dictées à ces jurisconsultes romains, qui avaient si profondément médité sur la philosophie du droit. Cependant, ils n'en suivaient pas toujours exactement les conséquences, même les plus nécessaires; ils s'en étaient écartés sur-tout dans un point bien remarquable, à l'égard du droit de propriété; ils avaient, sans faire attention au changement qui s'était opéré dans sa nature, par l'établissement de la propriété permanente, conservé l'ancien principe que la propriété ne peut

se transmettre par la convention, mais seulement par la tradition : *Traditionibus.... dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Loi* 20, *Cod. de pact.* Voy. *ce que nous avons dit tom. IV, n°. 55 et suivans.*

7. Ils en concluaient que, si le propriétaire de mauvaise foi, qui avait vendu son héritage sans le livrer, le revendait et le livrait à un second acquéreur, celui-ci était préféré au premier. C'est la fameuse loi *quoties* 15, *Cod. de rei vindic.*

8. Mais quand la fausse maxime, que la tradition est nécesssaire pour transférer la propriété, ne les forçait pas de s'écarter de la règle sage, que l'on peut opposer au successeur particulier ou ayant-cause les exceptions que l'on peut opposer à son auteur : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit,* la force de la raison les y ramenait, même dans les cas les moins favorables en apparence. En voici un exemple, tiré de la loi 72. *ff de rei vindic.*, 6. 1, répété dans la loi 2, *ff de exceptione rei vendit.*, 21. 3 :

9. Titius vous vend et vous livre, moyennant le prix que vous lui en payez, un fonds appartenant à Sempronius. Il est évident que Titius, n'étant point propriétaire, n'a pu vous transférer la propriété qu'il n'avait pas; mais il devient héritier de Sempronius, et, en cette qualité, vend et livre à un autre le fonds qu'il vous avait vendu. Qui de vous ou du second acquéreur doit être préféré?

Cette question, qui tient à la transmission des

obligations aux successeurs à titre particulier, fut traitée par les plus célèbres jurisconsultes romains, par Julien, auteur de l'Édit perpétuel, par Plautius, par Pomponius, son annotateur ou abréviateur, loi 2, *ff de except. rei vend.*, 21. 3; par Ulpien, commentateur de l'Édit perpétuel, et celui de tous les jurisconsultes qui a fourni le plus de matériaux aux rédacteurs du Digeste, loi 72, *ff de rei vindic.*, 6. 1.

Selon la maxime à laquelle ils étaient si fortement attachés, *traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, le second acquéreur aurait véritablement été propriétaire légitime du fonds. Il l'avait acheté de Titius, héritier de Sempronius, ancien propriétaire. La tradition lui avait été faite en vertu d'un titre en bonne forme. Que pouvait donc opposer le premier acquéreur? Une vente consentie par Titius, lequel n'avait pu conférer, sur ce fonds, aucun droit à l'acquéreur, parce qu'il n'en avait lui-même alors absolument aucun.

Cependant Julien, Plautius, Pomponius et Ulpien s'accordent, pour répondre unanimement et sans balancer que, *suivant l'équité*, le premier acquéreur doit être préféré : *Julianus ait æquiùs esse priorem te tueri*, dit Pomponius. *Æquiùs est ut tu potior sis*, dit Ulpien.

Tous en donnent la même raison, qui est tirée du principe de la transmission des obligations aux successeurs à titre particulier ou ayant-cause; car,

dans l'espèce, c'est une seule et même personne qui a vendu et livré le fonds, tant au premier qu'au second acquéreur, et c'est par cette raison que l'équité exige que le premier acquéreur soit préféré. Pourquoi cela? Parce que, dit Ulpien, si le vendeur lui-même, si Titius, devenu propriétaire, revendiquait le fonds envers le premier acquéreur, celui-ci le repousserait par une exception pleine de justice, accordée contre celui qui, ayant vendu un bien dont il n'était pas propriétaire lors de la vente, prétendrait néanmoins exercer contre son acquéreur l'action en revendication, parce qu'il est devenu propriétaire depuis la vente. L'acquéreur lui répondrait : Il est vrai que la vente que vous me consentîtes avant d'être propriétaire, ne me transféra point alors la propriété du fonds vendu; mais elle vous obligea à la garantie de toute éviction contre la revendication d'un tiers. Vous osez former vous-même une révendication dans votre nom; l'action en garantie que j'aurais contre vous, si j'étais attaqué par un tiers, devient une exception insurmontable contre votre prétention : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Mais cette exception que, dans notre espèce, le premier acquéreur peut opposer à Titius, vendeur ou auteur commun, peut-il l'opposer au second acquéreur? A-t-elle passé contre ce second acquéreur, successeur ou ayant-cause de Titius? Nul doute sur ce point. Julien, Ulpien, Pomponius, le

supposent évidemment tous les trois, puisque leur raisonnement n'a pas d'autre fondement que cette exception : *Nam et si ipse venditor eam rem à tè peteret, exceptione eum summoveres*, dit Ulpien. *Quia et si ipse Titius fundum à te peteret, exceptione summoveretur*, dit Julien.

Il leur était inutile de développer ici leur pensée plus longuement, parce que leur décision n'était qu'une conséquence directe de la règle générale qu'ils avaient établie ailleurs en termes formels et généraux : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit. Loi* 143, *ff de R. J.* Ulpien, *lib.* 62, *ad Edict.* Ce qu'on peut opposer à ceux qui ont contracté, on peut l'opposer à leurs successeurs. Je pouvais opposer à Titius, mon vendeur, l'exception, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio :* donc je puis l'opposer à Mevius, son acquéreur, et son successeur ou ayant-cause.

Cette transmission des obligations, et réciproquement des droits du vendeur à ses acquéreurs ou successeurs à titre particulier, est une des règles de droit le plus souvent rappelées dans le Recueil des lois romaines (1).

---

(1) Voici quelques-unes de ces lois :

Non debeo melioris conditionis esse quàm auctor meus, à quo jus in me transiit. Loi 75, § 1, *ff de R. J.*

Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. Loi 177, *ff de R. J.*

La préférence donnée au premier acquéreur de Titius, dans l'espèce de la loi 72, *ff de rei vendic.*, 6. 1, est évidemment une conséquence directe et nécessaire de cette règle.

Remarquons cependant que Julien et Ulpien fondent cette préférence plutôt sur l'équité naturelle que sur le droit rigoureux, *æquiùs est ut potior sis.* Pourquoi? C'est qu'en suivant les principes du droit romain, la propriété avait été transférée au second acquéreur; car le vendeur n'ayant aucun droit sur le fonds, lors de la première vente, n'avait pu en transférer aucun. Au contraire, étant devenu propriétaire avant la seconde vente, il avait réellement transféré la propriété, en vendant et livrant le fonds au second acquéreur. C'était donc par équité, *æquiùs est*, qu'on préférait le premier acquéreur au second.

Mais, d'un autre côté, l'obligation de Titius, vendeur, avait passé contre le second acquéreur, avec la propriété du fonds; car, du moment même que Titius en devint propriétaire, il perdit le droit de revendiquer contre moi ce même fonds qu'il m'avait vendu; il perdit ce droit, en vertu de l'ac-

---

Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum ac defendendum quæ fuit auctoris. Loi 156, § 3, *ff de R. J.*

Cum quis in alicujus locum successerit, non est æquum ei nocere hoc, quod adversus eum non nocuit in cujus locum successit. D. L. § 2.

Et réciproquement, *quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit. Loi* 143, *ff de R. J.*

tion en garantie préexistante contre lui en ma faveur, et qui devint une exception insurmontable à sa demande. Ainsi, la confirmation du droit qu'il n'avait pas au moment de la vente ; confirma mon droit dans le même moment, suivant la maxime, *confirmato jure tradentis, confirmatur jus accipientis.* Voy. *Voët, in tit., ff de rei vind., n°.* 17. Titius n'avait donc plus le pouvoir de vendre à mon préjudice, quand il consentit la seconde vente à Mevius; il ne put lui transférer le droit qu'il n'avait plus de revendiquer l'héritage contre moi, ou même de m'empêcher de le revendiquer.

10. Rien de plus juste, rien de mieux raisonné que cette décision, qui n'est plus aujourd'hui fondée seulement sur l'équité, mais encore sur le droit rigoureux, *strictum jus.* Elle est une conséquence directe du principe raisonnable et fondamental adopté par notre législation nouvelle, sur l'acquisition et la transmission de la propriété; par l'effet des obligations ; principe qui la distingue en ce point des autres législations anciennes et nouvelles, comme nous l'avons vu, tom. IV, n^os^. 55 et suiv.

« La propriété des biens, dit l'art. 711, s'acquiert » et se transmet par succession .... *et par l'effet des* » *obligations.* »

Ainsi, la propriété se transmet *de plein droit, par l'effet des obligations*, de même que par succession, « sans qu'il soit besoin de tradition, » (938) « quoique la chose n'ait pas encore été livrée ». (1583).

Ainsi, du moment qu'il existe une obligation parfaite de livrer une chose certaine et déterminée, la propriété de cette chose est transférée *de plein droit*, et par le seul effet de *l'obligation*, soit légale, soit conventionnelle.

Appliquons ces principes à l'espèce proposée par Julien, Ulpien et Pomponius :

Titius m'a vendu, avant d'en être propriétaire, le fonds sempronien, dont la propriété lui a été ensuite dévolue comme héritier de Sempronius. Dès le moment de son adition d'hérédité, il est devenu obligé de me livrer ce fonds, s'il ne l'avait pas encore fait, ou, dans le cas contraire, de ne pas me troubler dans ma jouissance, et d'empêcher que je n'y fusse troublé, parce que, quoique la vente fût nulle dans le principe, elle le soumettait, envers moi, à une obligation en garantie, et à des dommages et intérêts (1599). Il était obligé de me garantir de l'éviction ; et par l'effet de cette obligation, qui me rendait créancier d'une chose certaine et déterminée, j'en suis devenu propriétaire réel et incommutable, de même que s'il me l'avait livrée depuis qu'il avait hérité de Sempronius. En la vendant à Mevius, il a donc vendu la chose d'autrui, et n'a pu lui en transférer la propriété, qu'il n'avait pas, et qu'il m'avait légalement transmise par l'effet de son obligation (1).

(1) L'occasion d'appliquer ces principes et la décision des lois 72, *ff de rei vind.*, et 2, *ff de excepl. rei vend.*, se présenta il y a peu de tems dans les cabinets des jurisconsultes.

11. On voit combien les principes de notre législation nouvelle ajoutent de force à la règle, si bien établie, d'ailleurs, par les jurisconsultes romains, de la transmission des obligations à la personne des acquéreurs et autres successeurs à titre singulier, ou ayant-cause, lorsque les obligations sont relatives au fonds à la propriété duquel ils succèdent.

12. Aussi notre législation s'est beaucoup moins écartée de cette règle que les lois romaines. Celles-

---

Voici l'espèce sur laquelle on demandait leur avis :

Le 13 mai 1818, L'H. vendit, par acte authentique, à son frère P., son quart héréditaire dans la succession immobilière du père commun, consistant en immeubles indivis situés en divers lieux.

Le 7 octobre 1819, aussi par acte authentique passé à Paris, le même L'H. vendit à sa sœur R. son quart dans plusieurs des immeubles vendus à P., le 13 mai 1818, dont, par conséquent, il n'était plus propriétaire en 1819.

Le 24 mai 1820, L'H. rachète de son frère P. le quart qu'il lui avait vendu le 13 mai 1818, et de plus le quart héréditaire appartenant au même P.

Enfin, par acte du 27 mai 1820, L'H. donne les biens achetés trois jours auparavant à madame P., en échange d'autres biens situés aux colonies.

La vente faite par L'H. à sa sœur R., le 7 octobre 1819, était-elle préférable au contrat d'échange consenti à la dame P., le 27 mai 1820?

Je répondis affirmativement, suivant la décision des lois 72, *ff de rei vind.*, et 2, *ff de except. rei vend.*; et j'ajoutai qu'il y avait, sous l'empire du Code, une raison nouvelle et péremptoire de le décider ainsi : c'est que du moment que L'H. était redevenu propriétaire des biens vendus à sa sœur, la propriété en avait été transmise à cette dernière, par l'effet de l'obligation où il était de lui en garantir la propriété.

ci s'en étaient écartées sans raison suffisante, en ce qui concerne les baux à ferme ou à loyer. L'acquéreur d'un fonds ou d'une maison n'était point obligé d'entretenir le bail fait par le vendeur, s'il n'en était pas chargé par le contrat de vente, *nisi eâ lege emit. Loi* 9, *Cod. locato*, 4. 65; *loi* 25, § 1, *ff locati*, 19. 2. De là le brocard de l'ancienne jurisprudence, *successor particularis non tenetur stare colono.*

Le Code civil français est revenu à la règle; il a proscrit le brocard désavoué par la raison. L'acquéreur est, aujourd'hui, tenu d'entretenir le bail de la chose vendue (1743), quoiqu'il n'en soit pas chargé par le contrat, quand même il eût ignoré l'existence du bail.

Le propriétaire est obligé d'entretenir les baux faits sans fraude par l'usufruitier, comme aussi l'usufruitier est tenu d'entretenir le bail fait par le propriétaire, auquel il succède à titre particulier.

On doit donc, sous l'empire du Code civil, tenir pour maxime générale, par opposition à l'ancien brocard, que le successeur particulier est tenu d'entretenir le bail, par la raison que son auteur n'a pu lui concéder plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et que la convention faite par l'auteur commun peut être opposée à ses successeurs à titre particulier : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.*

13. J'ai tiré de ces règles une conséquence en

faveur d'une convention ou contrat dont j'ai parlé tom. III, n°. 587, et tom. VI, n°. 437.

J'ai acquis, pour un prix convenu, le droit de passer sur vos héritages, pour aller de Rennes à la campagne de mon ami, afin d'éviter les mauvais chemins et d'abréger la route. Si vous vendez ces héritages, votre acquéreur sera tenu de souffrir l'exécution de l'obligation que vous avez contractée avec moi, et de me laisser passer (*voy. la note du n°. 437, tom. VII*), comme vous le feriez vous-même, et comme il serait tenu de me laisser jouir, si vous m'aviez affermé ces héritages par un bail antérieur à la vente. Il y a même raison de décider dans l'un et dans l'autre cas : ce sont des conséquences de notre règle de droit, *quod ipsis contraxerunt, etc.*

14. Il est bien évident, au reste, que, pour en faire l'application, il faut que le contrat qu'on oppose au successeur à titre particulier ou ayant-cause, soit antérieur à celui de ce dernier, et émané du même auteur. S'il y avait de la difficulté ou du doute sur l'antériorité du contrat, ce serait à celui qui l'oppose à prouver cette antériorité : il lui suffirait pour cela de représenter son contrat.

Les actes authentiques font foi contre les personnes qui étaient parties, contre leurs héritiers, et *contre ceux qui sont en leurs droits*, ou ayant-cause. Ils font pleine foi contre ces personnes de tout le dispositif de l'acte, c'est-à-dire de tout ce qui a fait l'objet de l'acte.

Ils font pleine foi même de ce qui serait exprimé en termes énonciatifs, etc..... Cette doctrine raisonnable, et puisée dans Dumoulin par Pothier, nos. 701 et 702, a été consacrée et érigée en loi par l'art. 1319 du Code civil : « L'acte authentique fait » pleine foi de la convention qu'il renferme, entre » les parties contractantes et leurs héritiers *ou* » *ayant-cause.* »

Ce que dit cet article de l'acte authentique, l'article 1322 le répète, aussi d'après Pothier, en parlant de l'acte sous seing privé : « L'acte sous seing » privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou » légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui » l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayant-» cause, la même force que l'acte authentique. »

La différence qui existe entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, relativement aux personnes entre lesquelles il fait foi, ne consiste, ainsi qu'on le voit, qu'en ce que ce dernier est assujéti, pour la reconnaissance, à certaines formalités dont le premier est dégagé, en vertu de l'authenticité.

Du reste, l'un et l'autre désignent trois classes de personnes entre lesquelles les actes font foi, et auxquelles ils peuvent être opposés :

1°. Les parties contractantes : nulle difficulté sur ce point ;

2°. Leurs héritiers : nulle difficulté encore à cet égard ;

3°. Les *ayant-cause* des parties contractantes ; c'est-à-dire ceux qui tiennent leurs droits d'elles,

qui causam, sive titulum habent ab iis, et qui leur succèdent à titre particulier et non universel.

15. Il ne s'élèverait pas, sur ce troisième point, plus de difficulté que sur les deux autres, si un jurisconsulte du premier mérite et d'une expérience consommée, M. Merlin, n'avait pas, dans ses Questions de droit, 3e. édit., vo. *Tiers*, essayé de donner à l'expression d'*ayant-cause*, dans l'article 1322, une acception nouvelle qui en change la signification, et qui lui en donne une toute différente de celle que l'usage a consacrée, et que lui donne par-tout ailleurs M. Merlin lui-même.

Pour préparer l'esprit à cette nouvelle interprétation, il commence par insinuer que la rédaction de l'art. 1322 est imparfaite,

1°. En ce que « le mot *entre*, qui y est répété » deux fois, semblerait établir deux ordres distincts » de personnes entre lesquelles l'acte sous seing » privé fait foi,.... savoir : *Un premier ordre, com-* » *posé de ceux qui ont souscrit l'acte, et un second* » *ordre, composé de leurs héritiers et ayant-cause*; et » dès lors il paraîtrait faire entendre qu'un pareil » acte, signé par A et B, fait bien foi pour l'un des » deux contre l'autre, mais qu'à l'égard de leurs » héritiers ou ayant-cause respectifs, ce n'est qu'en- » tre eux qu'il fait foi. En sorte que A ne pourrait » pas l'opposer aux héritiers ou ayant-cause de B, » comme B ne pourrait pas l'opposer aux héritiers » ou ayant-cause de A, et que les héritiers ou ayant- » cause de B ne pourraient pas l'opposer à A, ainsi

» que les héritiers ou ayant-cause de A ne pour-
» raient pas l'opposer à B. »

M. Merlin reconnaît, à la vérité, que cette interprétation serait absurde. Comment donc regarder comme imparfaite la rédaction d'une loi, parce qu'en raisonnant mal, il serait possible d'en tirer une interprétation absurde? Quelle est la loi divine ou humaine à laquelle un esprit faux ne peut pas prêter une interprétation absurde?

M. Merlin croit trouver un autre vice de rédaction dans l'art. 1322, en ce qu'il ne dit point que l'acte sous seing privé prouve, contre les tiers, que l'engagement dont il forme le titre a été réellement contracté; et cependant, dit-il, M. Toullier enseigne, avec Pothier, que l'acte sous seing privé prouve le fait de cet engagement, *rem ipsam*, même contre les tiers.

Mais si l'art. 1322 garde le silence sur ce point, l'art. 1328 supplée au moins implicitement à ce silence; car il ne refuse aux actes sous seing privé que la force de prouver par eux seuls la réalité de la date qu'ils énoncent : d'où l'on peut conclure qu'ils prouvent la réalité du contrat dont ils forment le titre; et c'est précisément parce qu'ils prouvent la réalité de ce contrat, même contre les tiers, ainsi que le dit fort bien M. Merlin, qu'ils peuvent servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Je le répète donc, M. Merlin ne présente ces vices de rédaction, dans l'art. 1322, que comme

des précautions oratoires, pour faire accueillir favorablement la nouvelle interprétation qu'il lui donne, et pour qu'on ne soit pas étonné que cet article présente, sur le sens de l'expression *ayant-cause*, l'ambiguïté qu'il croit y trouver.

16. Car il a fort bien vu que c'est dans le véritable sens de ce mot que consiste le nœud gordien de la difficulté, et qu'il est impossible de rejeter la conséquence que j'ai tirée de l'art. 1322, si l'expression *ayant-cause* y est employée dans le sens ordinaire, dans le sens qu'y donne partout ailleurs M. Merlin lui-même. Or, il convient, il enseigne, dans la dissertation à laquelle je réponds, que les acquéreurs sont les *ayant-cause* du vendeur, leur auteur commun.

17. Pour écarter la conséquence directe qui en dérive, il prétend qu'il ne suffit pas, pour être *ayant-cause* dans le sens de l'art. 1322, que deux acquéreurs tiennent leur titre de l'un des souscripteurs d'un acte sous seing privé, *ab eâdem personâ*; il faut encore qu'ils doivent leur qualité d'ayant-cause au même acte.

Il y a donc deux espèces d'ayant-cause, suivant M. Merlin :

1°. Ceux qui tiennent leur titre d'un auteur commun, *ab eâdem personâ*, mais par deux actes différens ;

2°. Ceux qui tiennent leurs titres et leur qualité d'*ayant-cause*, non seulement de la même personne, mais encore par le même acte.

118. Il est vrai qu'il est difficile de voir comment deux ayant-cause peuvent devoir ce titre au même acte ; car, alors, ils seraient souscripteurs tous les deux.

Cependant, pour prouver que cela est possible, et pour faire comprendre le sens dans lequel, selon lui, doit être entendue l'expression d'ayant-cause, dans l'art. 1322, voici l'hypothèse que fait Monsieur Merlin :

Le 1^er^. octobre, A vend un immeuble à B par acte sous seing privé.

Le 15 du même mois, B revend le même immeuble à D, aussi par acte sous seing privé.

Enfin, le 1^er^. novembre suivant, B revend une seconde fois à C le même immeuble, qu'il avait acquis de A, sans parler de la vente déjà faite à D, quinze jours auparavant. C fait enregistrer son contrat avec celui consenti à B par A, le 1^er^. octobre précédent.

D prétend que son contrat d'acquisition doit l'emporter sur celui de C, parce que, dit-il, nous sommes tous deux ayant-cause. L'acte que je produis est son ouvrage ; il doit faire foi contre vous, tant de sa date que de son contenu.

C'est, en effet, ce qui me paraît clairement résulter de l'art. 1322. Il porte que « l'acte sous seing » privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou » légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui » l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant- » cause, la même foi que l'acte authentique. »

M. Merlin reconnaît que C et D sont les ayant-cause de B, leur vendeur. Or, l'acte authentique fait foi de sa date et de tout son contenu, entre les ayant-cause des contractans (1319).

Donc l'acte sous seing privé, passé le 15 octobre, entre B et D, reconnu ou tenu pour reconnu, fait, comme un acte authentique, foi de sa date entre C et D, et prouve que la vente sous seing privé, faite à D, est antérieure à l'acquisition de C, et, par conséquent, que cette dernière acquisition est nulle. Je ne vois pas de réponse à ce raisonnement.

Voici cependant celle que M. Merlin met dans la bouche de C : « Vous vous méprenez étrangement sur le sens de cet art. 1322 : il suppose un » acte sous seing privé, fait entre deux personnes, » tel qu'est, dans notre espèce, celui du 1^er^. octobre 1820, par lequel B a acquis de A l'immeuble » que vous réclamez; et que dit-il, au sujet de cet » acte?.... Qu'il fait foi, non seulement contre A, » aussi bien que contre B, non seulement contre » les héritiers de l'un et de l'autre, mais encore » contre leurs *ayant-cause* respectifs. Il dit donc, et » *rien de plus*, que l'acte du 1^er^. octobre 1820 fait » foi contre moi, aussi bien que contre vous, *tant* » *de sa date que de tout son contenu* (notez ceci); et » cela doit être ainsi : cet acte étant le titre de la » propriété de B, notre vendeur commun, il faut » bien que, pour établir qu'il a eu le droit de m'en » transférer l'effet, je le reconnaisse comme vous. »

Oui, sans doute, s'il s'agissait de prouver le droit et la propriété de B contre les héritiers ou ayant-cause de A; mais l'unique question, entre C et D, est de savoir lequel de leurs deux contrats doit être préféré, ou s'ils sont tous les deux émanés de B, leur vendeur commun. Le contrat d'acquisition de celui-ci est donc totalement étranger à leur contestation, qui suppose nécessairement le droit et la propriété de B. Il est impossible de concevoir comment C et D seraient obligés de recourir au contrat d'acquisition de B, pour décider la question de préférence qui les divise. Mais poursuivons les raisonnemens et la défense de C :

« Quel rapport y a-t-il entre la foi que nous de-
» vons tous les deux ajouter à ce premier acte, à
» *cet acte fondamental* de mon droit et de votre pré-
» tention, et la foi qu'il vous plaît d'attribuer con-
» tre moi à l'acte particulier, par lequel vous pré-
» tendez avoir acheté avant moi, de B, la propriété
» qu'A lui avait vendue? »

19. Je ne sais si je me trompe; mais je ne puis accorder à M. Merlin que le contrat de vente, consenti à B par A, le 1^er^. octobre 1820, soit le titre fondamental des droits de C et de D, à moins que ce ne soit contre les héritiers ou ayant-cause de A, et alors ce serait le cas d'appliquer l'art. 1322, dans le sens naturel et ordinaire du mot *ayant-cause*. Les titres de C et de D sont manifestement les deux contrats par lesquels ils ont successivement acquis de B, leur vendeur commun, l'un le

15 octobre, l'autre le 1^er^. novembre 1820. Le contrat d'acquisition de B leur est donc parfaitement inutile dans la contestation qu'ils ont ensemble, au sujet de la priorité de leurs contrats, et même dans la contestation que l'un d'eux doit avoir avec B, au sujet des dommages et intérêts qu'il devra, comme garant, à celui des deux qui succombera.

Mais poursuivons :

« Que votre contrat (c'est toujours C qui parle » à D), que votre contrat fasse foi entre vous et B, » j'en conviens, et cela résulte des termes de l'ar- » ticle, *entre ceux qui l'ont souscrit ;* mais pour » qu'il fît également foi contre moi, il faudrait » qu'il servît, comme le premier, *de fondement à* » *ma propre acquisition ;* il faudrait que je fusse » obligé d'en argumenter, comme je suis obligé » d'argumenter du premier, pour prouver que B a » eu le droit de me vendre. Or, bien loin de l'in- » voquer comme le titre originaire de mon acqui- » sition, je le repousse comme un titre fabriqué en » fraude de mes droits; et vainement, pour me » l'opposer, vous prévalez-vous des termes subsé- » quens du même article, *entre leurs héritiers et* » *ayant-cause;* ces termes ne peuvent pas être sépa- » rés des précédens : ils se réfèrent donc, comme » ceux-ci, à un autre acte primitif, qui forme le » titre commun des ayant-cause de ceux qui l'ont » souscrit ; ils ne se réfèrent donc nullement à un » acte postérieur et spécial de l'un des *ayant-cause;* » ils ne peuvent donc pas s'appliquer à l'acte de

» vente que vous me présentez, sous la date du 15 » octobre. Cet acte vous *constitue bien l'ayant-cause* » *de B;* mais il n'est rien pour moi. Je suis, quant à » cet acte, ce que l'art. 1328 appèle *un tiers* : je ne » suis donc point tenu d'en reconnaître la date. »

Remarquez que, dans cette dernière phrase, M. Merlin reconnaît que D est l'ayant-cause de B, et que, dans cette même phrase, il prétend que D est ce que l'art. 1328 appèle *un tiers*. S'il en était ainsi, cet article s'exprimerait d'une manière tout à fait impropre, en qualifiant de *tiers* un *ayant-cause*, reconnu tel par M. Merlin lui-même ; il tromperait les citoyens, en changeant, sans les en prévenir, l'acception que l'usage et tous les auteurs, même M. Merlin, ont, depuis *plusieurs siècles*, donnée à l'expression d'ayant-cause, pour y substituer la dénomination *de tiers*, dénomination, je ne dis pas seulement inusitée, mais absolument nouvelle, et contraire à l'ancienne acception.

20. Ainsi, cet art. 1328 serait en contradiction avec l'art. 1322, qui veut que l'acte privé légalement reconnu fasse foi entre les *ayant-cause, tant de sa date que de tout son contenu*, comme le dit fort bien M. Merlin, quelques lignes plus haut.

C'est pour sauver cette contradiction qu'il imagine deux espèces *d'ayant-cause :*

1°. Ceux qui tiennent leurs titres d'un auteur commun, *ab eâdem personâ*, quoique par deux contrats différens; par exemple, D et C, dans l'hy-

pothèse proposée, sont tous les deux les ayant-cause de B, leur vendeur commun;

2°. Ceux qui tiennent leur titre et leur qualité d'ayant-cause, non seulement de la même personne, mais encore du même acte. Par exemple, dit M. Merlin, dans l'hypothèse proposée, D et C sont les ayant-cause de A, parce qu'ils sont obligés de recourir au contrat du 1^er^. octobre 1820, par lequel A vendit à B, pour prouver que B avait le droit de leur vendre.

21. M. Merlin insinue donc plutôt, ce me semble, qu'il n'affirme, que les ayant-cause de cette seconde espèce, dont jusqu'alors les auteurs n'avaient pas parlé, sont pourtant les seuls dont parle l'art. 1322. En dernière analyse, il réduit la question à ce seul point : « *Pour qu'il y ait lieu à l'application de ces termes de l'art.* 1322, *entre leurs* » AYANT-CAUSE, *ne faut-il pas que les ayant-cause de* » *l'un des souscripteurs de l'acte doivent cette qualité à cet acte même?* »

22. Je réponds qu'il me paraît impossible que deux personnes deviennent, par le même acte, les *ayant-cause* de l'un des souscripteurs de cet acte, sans qu'elles l'aient elles-mêmes souscrit, et alors l'acte fera foi entre elles, en qualité de souscripteurs, et non en leur qualité de simples *ayant-cause*.

Par exemple, si C et D avaient acquis de B, par le même contrat, il faudrait bien recourir à ce contrat, s'il s'élevait entre eux des contestations relatives au plus ou moins de droits sur la chose ac-

quise en commun, et, sans contredit, ce contrat ferait foi entre eux, parce qu'ils l'ont souscrit l'un et l'autre, et non parce qu'ils sont les ayant-cause de B, leur auteur commun.

Mais lorsqu'il s'agit, comme dans notre hypothèse, de savoir lequel est préférable de deux actes consentis, l'un à C, l'autre à D, par B, leur vendeur commun, il est évidemment inutile de recourir au contrat d'acquisition de B, leur auteur, pour prouver qu'il avait droit de vendre. Ce droit est le point commun d'où ils partent nécessairement l'un et l'autre. C. ne peut pas plus opposer à D, que D à C, le défaut de pouvoir ou de droit dans B, leur auteur, pour vendre le bien qu'ils ont acheté.

S'ils avaient au contraire pour adversaires, soit les héritiers, soit les ayant-cause de A, ils seraient sans doute obligés de recourir au contrat d'acquisition de B. Ils leur diraient : « Nous avons acquis » de B, dont nous sommes les *ayant-cause* directs et » de notre chef. Il avait lui-même acquis de A, » dont il était l'ayant-cause aussi direct. Il nous a » transmis tous ses droits par notre contrat d'ac- » quisition : nous sommes donc, par transmission » ou par représentation de B, les ayant-cause de A. » Or, vous êtes ses héritiers ou ses ayant-cause : » donc le contrat de vente sous seing privé qu'il » consentit à B, notre auteur, fait foi entre vous et » nous, comme entre B et vous. »

Ainsi l'on voit que dans ce cas-là même, où C et D sont obligés de recourir au contrat d'acquisition

de B, en qualité d'ayant-cause tant de A que de B, la contestation n'existerait pas entre les *ayant-cause*, qui tiendraient leur qualité du même acte.

23. Je le répète donc avec une entière conviction, il est impossible que deux personnes tiennent leur qualité d'ayant-cause de l'un des souscripteurs d'un acte, si elles n'ont elles-mêmes souscrit cet acte. J'en conclus qu'en disant que l'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique, entre les *ayant-cause* de l'un des souscripteurs, l'art. 1322 n'a point voulu restreindre l'acception de ce mot aux ayant-cause qui tiennent leur qualité du même acte, et qu'il lui a laissé le sens que lui donnent, depuis plusieurs siècles, l'usage et tous les auteurs.

24. En veut-on une autre preuve?

Je la trouve dans le rapprochement et la comparaison des art. 1319 et 1322.

L'art. 1319 porte que « l'acte authentique fait » pleine foi..... entre les parties contractantes et » leurs héritiers ou *ayant-cause.* »

L'art. 1322, que « *l'acte sous seing privé*..... a » entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers ou » *ayant-cause*, la même foi que l'acte authentique. »

On m'accordera bien, je pense, que le mot *ayant-cause* a le même sens dans l'un et dans l'autre de ces articles. Or, très-certainement, en disant que l'acte fait pleine foi contre les *ayant-cause* des contractans, l'art. 1319 n'a point voulu limiter le sens de cette expression aux *ayant-cause* qui tiennent

cette qualité du même acte ; autrement, il faudrait dire que le contrat de vente authentique, consenti à un premier acquéreur, ne fait pas foi contre un second acquéreur, aussi par contrat authentique, parce qu'ils ne doivent pas leur qualité d'*ayant-cause* au même acte.

Caïus a vendu authentiquement à Primus, le 1^er^. mai, un droit de passage sur le fonds cornelien, et le 1^er^. juin, il en a vendu de la même manière la pleine propriété à Secundus. Celui-ci peut-il refuser le droit de passage, en disant que n'étant point partie au premier contrat, c'est à son égard *res inter alios acta, quæ tertio non nocet?*

Primus lui répondra : Je ne suis point un tiers ; je suis, comme vous, l'*ayant-cause* de Caïus, et l'art. 1319 veut que l'acte authentique fasse pleine foi entre les parties contractantes et leurs héritiers ou *ayant-cause.*

Secundus objectera-t-il que s'ils sont l'un et l'autre les ayant-cause de Caïus, ils ne tiennent point cette qualité du même contrat?

Primus lui répliquera que l'art. 1319 n'exige pas que les *ayant-cause* doivent cette qualité au même contrat ; que cela est même difficile, pour ne rien dire de plus ; que s'ils tenaient leurs droits du même contrat, ils l'auraient souscrit l'un et l'autre, et qu'alors l'acte ferait pleine foi contre eux, en qualité de souscripteurs et non d'ayant-cause.

Supposons maintenant que la vente du droit de passage ait été faite sous seing privé, le 1^er^. mai, à

Primus, et la vente de la pleine propriété à Secundus, authentiquement, le 1^er^. juin.

Secundus pourra-t-il refuser le droit de passage, en objectant à Primus que son contrat est sous seing privé?

Primus répondra que, suivant l'art. 1322, l'acte sous seing privé a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayant-cause*, la même foi que l'acte authentique.

Si Secundus prétend que cet article ne s'applique qu'aux *ayant-cause* qui tiennent leur qualité du même contrat, Primus lui répliquera qu'il donne donc au mot ayant-cause, dans l'art. 1322, une autre acception que dans l'art. 1319, où cette expression s'applique manifestément aux *ayant-cause* qui doivent cette qualité à des contrats différens.

Or, il serait absurde de dire que les rédacteurs du Code aient donné au même mot deux sens différens dans deux articles aussi rapprochés, et qui sont la suite l'un de l'autre.

Reste donc que l'art. 1322 emploie l'expression d'*ayant-cause* dans le sens ordinaire et ancien, et qu'il s'applique, comme l'art. 1319, à ceux qui tiennent leurs qualités du même auteur, quoique par des contrats différens. C et D, dans l'espèce proposée, sont tous les deux les ayant-cause de B; c'est de lui qu'ils tiennent chacun leur titre : donc ces titres peuvent être respectivement opposés par l'un à l'autre, lorsqu'il y a identité d'objet.

25. *Mais où cela est-il écrit*, demande M. Merlin?

Où cela est écrit? C'est une conséquence ou plutôt une application, un développement de la règle sage, naturalisée en France depuis si long-tems, *quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit. Loi* 143, *ff de R. J.*

Le contrat sous seing privé que j'ai passé avec B fait foi contre lui, *tant de sa date que de son contenu :* donc il fait la même foi contre les successeurs ou *ayant-cause*, contre ceux avec lesquels il a contracté depuis, lorsque l'objet des deux contrats est relatif au même immeuble. Les art. 1319 et 1322 ne sont, dans la réalité, que des conséquences bien déduites d'une très-ancienne règle de droit, qui est la source de leur disposition.

26. Mais qu'il me soit permis de demander à mon tour à M. Merlin, où sont écrites l'interprétation restrictive et l'acception toute nouvelle qu'il donne au mot *ayant-cause*, dans l'art. 1322?

« C'est, dit-il, que ces termes, *entre leurs héritiers* » *et ayant-cause*, ne peuvent pas être séparés des » précédens (entre ceux qui l'ont souscrit). Ils se » réfèrent donc, comme ceux-ci, à un acte primi- » tif, qui forme le titre commun des *ayant-cause* de » ceux qui l'ont souscrit : ils ne se réfèrent donc » nullement à un acte postérieur et spécial à l'un » de ces *ayant-cause.* »

J'ai quelque peine à saisir le sens de ce passage. L'art. 1322 dit que l'acte sous seing privé fait foi *entre ceux qui l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayant-cause*, comme l'acte authentique fait foi

entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause.

Voilà donc trois classes de personnes entre lesquelles fait foi l'acte authentique ou sous seing privé :

1°. Les parties contractantes, ceux qui l'ont souscrit. L'acte fait pleine foi entre eux et contre eux ; mais on ne peut pas dire qu'à leur égard l'acte se réfère à un autre acte primitif antécédent ;

2°. L'acte fait foi entre leurs héritiers et contre leurs héritiers. On n'en peut douter ; car ils représentent, à titre universel, celui qui l'a souscrit ; ils sont censés être la même personne. Si donc le défunt avait vendu le fonds cornelien par acte sous seing privé, cet acte ferait foi contre ses héritiers comme contre lui. Il ne peut s'élever de doute sur ce point. Or, remarquez qu'entre ces héritiers et l'acquéreur sous seing privé, il n'y a point de titre primitif autre que le contrat consenti par le défunt. Cet acquéreur est l'ayant-cause de ce dernier à titre particulier ; les héritiers le sont à titre universel ; mais il n'existe point de titre commun entre eux et l'acquéreur. Ils tiennent leurs droits *ab eâdem personâ*, mais non pas *ex eodem contractu*. Les uns les tiennent de la loi, ou du testament qui les institue ; l'acquéreur les tient du contrat consenti par le défunt ;

3°. Enfin, les art. 1319 et 1322 ajoutent que l'acte fait foi entre les *ayant-cause* des parties contractantes ou de ceux qui l'ont souscrit. Or, le pre-

mier acquéreur est l'ayant-cause du vendeur; le second est également son ayant-cause : l'acte doit donc faire foi entre eux; cela me paraît d'une évidence irrésistible.

27. Les ayant-cause sont donc réellement, dans les articles cités, ceux qui tiennent leurs titres de la même personne, *qui causam et titulum habent ab eâdem personâ.*

C'est ainsi qu'on a toujours entendu le terme d'*ayant-cause*, par opposition aux *tiers*, *penitùs extranei*, dit Dumoulin, auxquels les actes authentiques ou sous seing privé ne peuvent préjudicier, à l'égard desquels ces actes sont *res inter alios acta, quæ tertio nec nocet, nec prodest.*

Le Code ne s'y est point mépris. Après avoir établi, dans l'art. 1322, que les actes sous seing privé font, entre les *ayant-cause*, la même foi que l'acte authentique, il dit, dans l'art. 1328, par opposition aux *ayant-cause*, qu'ils n'ont point de date assurée *contre les tiers*, quoique d'ailleurs ils fassent foi contre eux de la convention qu'ils renferment.

Le Code a donc fait, comme tous les anciens auteurs, la différence des *tiers* et des *ayant-cause*. Si l'art. 1328 avait voulu refuser aux actes sous seing privé la force d'assurer la date, non seulement contre les *tiers*, mais encore contre les *ayant-cause*, qui ne doivent point cette qualité au même acte, il eût dit que les actes sous seing privé n'ont point de date assurée contre ceux qui ne les ont

pas souscrits ; car nous avons vu qu'il ne peut être constitué deux ayant-cause d'une personne par un seul et même acte, à moins qu'ils ne le souscrivent.

28. Remarquez la série et la gradation des dispositions du Code sur la foi due aux actes :

1°. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, entre les parties contractantes et leurs héritiers ou leurs *ayant-cause* (1319);

2°. Il fait foi même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs (1320), et par conséquent de sa date ; mais les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un *commencement de preuve* ;

3°. L'acte sous seing privé, légalement reconnu, fait la même foi que *l'acte authentique*, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou *ayant-cause* (1322) ;

4°. A l'égard des *tiers*, manifestément opposés ici aux ayant-cause, les actes sous seing privé ne font point foi de leur date par eux-mêmes (1328), quoique, comme cet article le fait clairement entendre, et comme l'enseigne fort bien M. Merlin, ils fassent foi de la réalité de la convention qu'ils renferment.

29. Si l'on voulait prétendre que l'art. 1328 est une exception à l'art. 1322, et que le premier entend par tiers tous ceux qui n'ont pas souscrit l'acte sous seing privé, il faudrait supposer que les savans rédacteurs du Code n'ont pas entendu leur langue, et qu'ils ont ignoré le sens du mot *tiers*, qu'on a

toujours, en jurisprudence, opposé aux *ayant-cause*, lorsqu'il s'agit de la foi due aux actes. Dumoulin (1) les appelait *penitùs extraneos.*

Voilà manifestément ce que notre art. 1328 appèle en français *des tiers*, à l'exemple des auteurs qui ont écrit depuis Dumoulin. On trouve, dans le passage cité, la même série qu'on remarque dans la disposition du Code, des personnes entre lesquelles les actes font ou ne font pas foi :

1°. Les contractans ;

2°. Leurs héritiers ;

3°. Les *ayant-cause ;*

4°. Enfin, les tiers, *penitùs extraneos.*

C'est dans Dumoulin que Pothier avait puisé la doctrine sur la foi due aux actes ; doctrine érigée en loi par le Code, dont les rédacteurs ont, comme ces auteurs, parfaitement distingué *des tiers les ayant-cause.*

C'est contre les *tiers* qu'ils ont. dans l'art. 1328, refusé aux actes sous seing privé la force de faire

---

(1) *In art. 5, Antiq. Consuetud., Paris, n.° 10 :*

« Aut quæritur quoad jus et effectum actûs gesti, et tunc aut inter quos » confectum est eorum hæredes vel causam habentes in quantum causam » habent, aut inter penitùs extraneos.

» In primo membro plenè probat et præjudicat, nedùm in tenore et dis- » positivis instrumenti, sed etiam enunciativis et quoad omnem solem- » nitatem, et præsumptionem resultantem ex instrumento et contentis in » eo, etc.

» Secundo membro, videlicet inter extraneos, et illis non præjudicat, » quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, aut facit jus inter » alios, etc. »

foi de leur date. S'ils avaient voulu étendre cette disposition aux ayant-cause, ils n'auraient pas manqué de dire : « Les actes sous seing privé n'ont » point de date assurée contre ceux qui ne les ont » pas souscrits, etc. »

Mais cette disposition, qui se fût alors appliquée aux *ayant-cause*, eût été contraire aux anciens principes universellement reçus, et à la règle *quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* Or, c'est ce qu'ils n'ont point voulu faire; ils n'ont point voulu introduire une doctrine nouvelle, au préjudice de l'ancienne doctrine sanctionnée par le tems.

3o. Avant de répondre aux abus que cette doctrine peut, prétend-on, occasionner, il faut répondre à une objection qu'on m'a souvent faite, que renouvèle M. Merlin, et qu'il tire de l'article 1743 du Code, qui porte que l'acquéreur peut expulser le fermier ou le locataire qui n'a pas un bail authentique, ou dont la date soit certaine. Cependant, l'acquéreur et le fermier sont l'un et l'autre les ayant-cause du vendeur, à la vérité, en vertu de deux contrats différens : donc l'acquéreur n'est pas l'ayant-cause du vendeur dans le sens de l'art. 1322.

Je réponds que ce raisonnement pèche, en ce qu'il conclut du particulier au général. L'art. 1322 établit pour règle générale que l'acte privé fait foi contre les ayant-cause des contractans qui l'ont souscrit; mais cette règle générale a ses exceptions.

comme toutes les autres règles; et l'on sait que les exceptions, loin de détruire la règle, la confirment à l'égard des cas non exceptés : *Exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis.* Bacon, *de just. univers., oph.*, 17.

L'art. 1743 contient une exception à la règle générale, établie par l'art. 1522. Cela est certain; mais cette exception même prouve l'existence de la règle; car, s'il était vrai que l'acquéreur et le fermier ne fussent pas les ayant-cause du vendeur; s'il était vrai qu'en général les actes sous seing privé ne fissent pas foi entre les ayant-cause du vendeur, qui ne doivent pas leur qualité au même acte, il eût été parfaitement inutile de dire, dans une disposition particulière et expresse, que le bail sous seing privé, qui n'a pas de date certaine, ne peut être opposé à l'acquéreur; ainsi : l'objection se retourne en ma faveur. Cette réponse est si naturelle, si simple et si vraie, que je suis étonné qu'elle me soit échappée dans mon tom. VIII, où j'en ai donné une insuffisante.

Il n'est point, en effet, de règle qui n'ait ses exceptions. En règle générale, les actes sous seing privé, légalement reconnus ou tenus pour tels, ont, entre ceux qui les ont souscrits, la même force que les actes authentiques. Cependant combien d'exceptions à cette règle! Les donations, les contrats de mariage, les contrats de société, etc., n'ont aucune force, même entre les parties contractantes, s'ils ne sont pas authentiques. De ces

nombreuses exceptions, pourrait-on conclure que les actes sous seing privé ne font pas foi entre les parties? Non, certes; il n'en reste pas moins assuré qu'en règle générale, toutes les conventions, tous les contrats sous seing privé, ont, entre les parties, la même force que des actes authentiques, dans les cas non exceptés par la loi, dans tous les cas où elle n'exige pas un acte authentique.

De même, l'art. 1322 pose, en règle générale, que les actes sous seing privé font pleine foi entre ceux qui les ont souscrits, entre leurs héritiers et leurs ayant-cause, au nombre desquels sont les fermiers ou locataires. Si l'on suivait la règle générale, ces derniers pourraient opposer à l'acquéreur des baux sous seing privé, consentis par le vendeur antérieurement à la vente; mais l'art. 1743 porte, par exception, qu'ils ne le peuvent pas, et que l'acquéreur peut les expulser, si le bail n'a pas une date certaine. Cette exception n'en laisse pas moins subsister la règle générale pour les cas non exceptés. Cela me paraît évident.

31. Il me reste à répondre, non pas à une objection, mais à une considération qui a fait beaucoup d'impression sur M. Merlin. C'est elle qui paraît l'avoir déterminé à déployer toutes les ressources de son esprit, pour essayer de trouver au mot *ayant-cause*, dans l'art. 1322, une autre acception que celle que l'usage a consacrée depuis des siècles. Cette considération est le danger d'accorder aux actes sous seing privé la force de faire

foi entre les *ayant-cause* de ceux qui les ont souscrits. Cette doctrine a des inconvéniens. Un jeune professeur (M. Ducaurroy), à qui je répondrai bientôt, va jusqu'à dire qu'*elle ébranle toutes les propriétés*, parce qu'on peut en abuser, en remontant de date un acte sous seing privé.

Sans doute, on peut en abuser; et de quoi n'abuse-t-on pas? Mais d'abord il n'y a pas de raisonnement plus vicieux, dit fort bien M. Ducaurroy, *que celui par lequel on argumente contre une loi positive des abus que produirait son exécution.* Il ne s'agit donc pas de savoir s'il peut naître des abus de la règle que les actes sous seing privé font foi entre les *ayant-cause* des souscripteurs, mais de savoir si cette règle est réellement établie par l'art. 1322. Or, c'est ce que je crois avoir prouvé, et même démontré.

Voyons cependant s'il est vrai que cette règle entraîne des abus si grands, qu'elle ébranle toutes les propriétés. Comment les ébranle-t-elle? Parce qu'on peut remonter de date un contrat sous seing privé, pour lui donner la priorité sur un contrat authentique. Soit: cela est possible; mais d'abord il est également possible qu'un vendeur de mauvaise foi, après avoir vendu sous seing privé, vende une seconde fois par contrat authentique, et si la seule authenticité suffit pour lui donner la préférence, vous sacrifiez évidemment les droits du premier acquéreur, qui n'a commis aucune faute. L'art. 1583 lui permettait d'acquérir par acte au-

thentique ou sous *seing privé.* Il peut donc y avoir fraude et abus dans l'un et l'autre cas; mais il est bien rare qu'il n'y ait pas des circonstances qui décèlent de quel côté est la fraude, qu'on peut prouver même par des présomptions. C'est ce que n'ont point assez considéré ceux qu'effraient les abus que peuvent produire les actes sous seing privé.

Titius me vend le fonds cornelien par acte authentique; il l'avait vendu, il y a plus d'un an, à Caïus, par acte sous seing privé. Je forme contre lui l'action en revendication. Il m'oppose son contrat. Je lui réponds que la date n'en est pas certaine, et que je ne suis pas obligé d'en reconnaître la signature.

Il me réplique, avec l'art. 1322, que l'acte sous seing privé fait pleine foi de tout son contenu, et, *par conséquent, de la date qu'il énonce,* entre les ayant-cause du vendeur; que son contrat est d'autant moins suspect, qu'il est en possession depuis plus d'un an, avant la date du mien; que l'acte fut passé en présence de son conseil et de celui de Caïus; qu'ils sont encore vivans, et qu'ils ont tous deux signé l'acte; qu'il offre de faire vérifier la signature, conformément à l'art. 195 du Code, tant par experts que par témoins. En effet, ces témoins attestent unanimement qu'ils étaient présens lorsque Titius a signé l'acte de vente dont il s'agit, tel jour, tel mois, telle année, en telle maison; qu'ils en signèrent même les deux doubles, comme conseils et amis. D'autres témoins attestent que Caïus

est entré en jouissance à telle époque, fixée par l'acte de la vente. Y a-t-il prétention plus juste et plus raisonnable que celle de Caïus? Y a-t-il vérité mieux démontrée que la priorité de son contrat? Quel tribunal balancerait à lui donner la préférence, en lisant l'art. 1322, qui veut que l'acte sous seing privé fasse foi entre les ayant-cause des souscripteurs, et en voyant toutes les circonstances qui écartent jusqu'au soupçon de fraude?

Rien donc de plus sage que l'art. 1322, qui permet d'opposer aux ayant-cause les actes sous seing privé, passés par leur auteur commun, sauf aux magistrats à juger s'ils sont ou non frauduleux, en cas que la fraude soit alléguée.

Ajoutons : Rien de plus conforme à l'ancienne doctrine; car cette disposition n'est pas de droit nouveau; elle est tirée de Pothier, qui n'était pas un novateur, et qui enseigne, n°. 708, comme un point de droit ancien, que « les actes sous signa-» tures privées ordinaires font la même foi contre » ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers ou suc-» cesseurs, que les actes authentiques. » C'est une conséquence de la règle de droit, *quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.*

Pourquoi donc porter la défiance contre les actes sous seing privé, jusqu'à vouloir renverser un principe que nous a transmis la sagesse des tems, et que le Code a conservé et consacré?

32. Bien plus : M. Merlin enseigne, il regarde même comme un vice de rédaction dans l'art. 1322.

de ne l'avoir pas dit expressément, que les actes sous seing privé font foi même contre les tiers de la convention qu'ils renferment. C'est aussi la doctrine de Pothier, et personne n'en doute. C'est par cette raison qu'on les a toujours regardés comme un titre suffisant pour la prescription de dix et vingt ans. Voici comme s'exprime, à cet égard, dans son Traité de la prescription, n°. 99, Pothier, cet auteur dont l'esprit et souvent même les expressions ont passé dans le Code :

« Si la vente de l'héritage au possesseur, ou tout » autre juste titre d'où procède sa possession, avait » été fait par *un acte sous signature privée*, le pos- » sesseur justifierait suffisamment de ce titre, par » le rapport de l'acte sous signature privée qui en a » été passé.

» Mais comme les écritures privées font pleine foi » même contre les tiers, que *les actes qu'elles con-* » *tiennent sont intervenus*, mais ne font pas égale- » ment foi contre les tiers du tems auquel ils sont » intervenus, à cause de la facilité qu'il y a de les » antidater, comme nous l'avons vu en notre Traité » des obligations, n°. 749, le possesseur qui a jus- » tifié du titre d'où sa possession procède, par le » rapport de l'acte sous signature privée qui en a » été passé, doit d'ailleurs prouver par témoins le » tems qu'a duré sa possession, qui a procédé de ce » titre. C'est la disposition d'un arrêt du 29 no- » vembre 1716, qui se trouve au 6°. vol. du Jour- » nal des audiences. »

Cet arrêt fut rendu conformément aux conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, magistrat sévère et très-éclairé, qui n'était pas homme à favoriser une doctrine subversive des propriétés.

Le Code n'a rien que de conforme à cette ancienne jurisprudence. L'art. 2265 n'exige pour la prescription qu'un *juste titre;* il porte : « Celui qui » acquiert de bonne foi et par *juste titre* un im- » meuble, en prescrit la propriété par dix ans, etc. »

Ainsi, sous l'empire du Code, comme auparavant, les actes sous seing privé font foi de la convention qu'ils renferment, même *contre les tiers*, et peuvent en conséquence servir de titre à la prescription, en prouvant par témoins que la possession remonte à dix ou vingt ans antérieurs.

Si telle est la force des actes sous seing privé même contre les tiers, doit-on s'étonner que l'article 1322 leur en accorde plus entre *les ayant-cause*, et qu'il donne à ces actes, conformément à l'ancienne jurisprudence attestée par Pothier, la force de faire, entre les *ayant-cause* de ceux qui l'ont souscrit, la même foi que les actes authentiques? Ainsi, les actes sous seing privé font foi de tout leur contenu, même de leur date, entre les ayant-cause des souscripteurs ; mais contre les tiers, ils ne font foi que de la convention qu'ils renferment, et non du tems où elle a été passée. Ils n'ont point de date assurée.

33. Que deviennent donc, quand on les approfondit, ces préventions contre les actes sous seing

privé, ces frayeurs paniques des abus qu'ils peuvent produire, et que l'on exagère pour essayer de détruire des principes si anciens et si raisonnables, consacrés par le Code civil? Les abus de l'authenticité attachée aux actes notariés ne sont pas moins fréquens; ils sont plus dangereux, parce qu'ils ne peuvent guère être réparés que par la voie périlleuse de l'accusation de faux, qu'on ne se détermine à prendre qu'avec beaucoup de peine. La vérité me force de dire que j'ai personnellement vu plus d'abus provenus de l'authenticité attachée aux actes notariés (1), que des actes sous seing privé.

---

(1) En voici un exemple récent :

Quelques biens de campagne étaient indivis entre plusieurs propriétaires, les uns majeurs, et parmi eux une femme non mariée, les autres mineurs, les autres absens. Les majeurs voulaient vendre à un acquéreur qui se présentait, mais qui voulait le tout. La femme se refusait à vendre. Un notaire de campagne, consulté par les premiers, trouva moyen de se passer d'elle. Il fixa le jour et le lieu de la passation du contrat. L'acquéreur et les vendeurs majeurs s'y rendirent. La femme même y alla, pour déclarer au notaire qu'elle ne voulait pas vendre. Il la reçut mal; elle se retira, et après son départ, il rédigea un contrat de vente, dans lequel non seulement il employa son nom comme venderesse, mais de plus il lui fit déclarer qu'elle garantissait personnellement la validité de la vente pour les mineurs et pour les absens, et finit par rapporter qu'elle avait déclaré ne savoir signer.

Elle eut connaissance de cet acte, s'en plaignit, en assurant qu'elle savait signer.

On lui conseilla la voie du faux, en commençant par retirer une expédition du contrat. Le notaire la refusa très-durement. On lui rédigea une requête qu'elle signa, et au pied de laquelle elle obtint, du président d'un tribunal civil, l'injonction au notaire de délivrer une expédition de l'acte.

L'authenticité des actes notariés n'en est pas moins un principe salutaire, qu'il ne faut jamais ébranler. On peut seulement désirer dans les magistrats plus de fermeté, plus de vigilance et de sévérité, à faire observer les sages lois sur le notariat.

En lisant la dissertation de M. Merlin, que je viens d'examiner, j'ai d'abord éprouvé ce que j'éprouve toujours, quand je ne me trouve pas d'accord avec lui, une grande défiance de moi-même, et la crainte de m'être trompé; mais aussi quand un examen approfondi m'a fait découvrir la faiblesse de ses raisons, j'en demeure beaucoup plus ferme dans mon opinion. Il ne me reste plus

---

En voyant cette requête, le notaire eut l'impudence de menacer la femme de la faire punir, pour lui avoir déclaré qu'elle ne savait pas signer, quoiqu'elle le sût faire.

Qu'en arriva-t-il ? Ce notaire avait de la famille et quelques entours; les conseils furent faibles; il s'agissait de faire condamner le notaire aux fers. On effraya la femme, et au lieu de suivre l'affaire, on la fit consentir à recevoir non seulement sa portion du prix de la vente, mais encore celle des mineurs et des absens, pour lesquels l'acte la faisait garantir la vente valable.

Le ministère public demeura muet : peut-être n'eut-il pas connaissance du fait.

Les notaires de la ville voisine furent émus d'indignation. Des intrigues empêchèrent la délation du fait à la chambre de discipline. Le crime est resté impuni, et le coupable continue d'exercer ses fonctions.

Je prie le lecteur d'être persuadé que je n'étais pas du nombre des conseils de la femme. Si je l'avais été, très-certainement le crime eût été dénoncé et suivi.

Voy. aussi ce que j'ai dit tom. IX, pag. 99, à la note, des abus que l'on peut faire des actes notariés.

de doutes. Je tiens pour certain que nul autre ne parviendra à trouver des moyens plus forts de me combattre, encore moins à les présenter avec autant d'habileté.

34. Un jeune professeur de Paris, M. Ducaurroy, qui donne des espérances, mais dont les connaissances ne sont point encore aussi mûries par cette profonde méditation, par cette longue expérience des affaires, qui seules forment le vrai jurisconsulte, a aussi attaqué l'explication que j'ai donnée de l'art. 1322. Il est vraiment à regretter qu'avant d'écrire sa dissertation, il n'ait lu ni celle de M. Merlin, ni aucun de nos recueils de jurisprudence, qui expliquent la nature et nous donnent la définition des *ayant-cause*. Il en est arrivé que, sans même soupçonner que j'avais simplement suivi l'ancienne doctrine, et l'acception du mot ayant-cause, consacrée depuis des siècles, il s'est allé mettre dans l'esprit que je me frayais *une route tout à fait nouvelle* (55), et que je créais une définition pour créer ce qu'il appèle mon système. « Il a suffi, dit-il, à M. Toullier, d'une définition. »

La voici cette définition : « L'ayant-cause, di-» sais-je, tom. VIII, n°. 245, est celui à qui les droits » d'une personne ont été transmis à titre particu-» lier, comme par legs, donation, vente, échange, » etc. On oppose communément le titre d'héritier » au titre *d'ayant-cause*, comme le fait l'art. 1322. » Ainsi, l'acquéreur, le donataire, etc., sont les » ayant-cause du vendeur. On doit donc, ajoutais-

» je, leur appliquer la disposition de l'art. 1322, » et non celle de l'art. 1328. »

35. C'est cette disposition par laquelle je me suis, selon M. Ducaurroy, frayé *une route tout à fait nouvelle*. Eh bien! qu'il se donne la peine d'ouvrir l'un de nos plus anciens dictionnaires de droit, celui de Ferrière; il y lira :

« Les *ayant-cause* sont ceux qui représentent » quelqu'un, et tiennent leur droit de lui, directe- » ment ou indirectement, autrement néanmoins » que par succession. Un homme stipule pour lui, » ses hoirs *ou ayant-cause*. Par le terme d'hoirs, » on entend les *héritiers*; par le terme *d'ayant-* » *cause*, on entend tous ceux qui pourront le re- » présenter à autre titre, soit de *legs*, *donation*; *ac-* » *quisition*, *échange*, *etc.* »

Que M. Ducaurroy consulte encore les Recueils intermédiaires de jurisprudence par alphabet, et enfin le dernier de tous, mais le plus consulté, parce qu'il a pour auteur un jurisconsulte aussi célèbre chez l'étranger qu'en France, *le Répertoire;* il y lira, au mot *ayant-cause* : « On désigne » ainsi celui auquel les droits d'une personne ont » été transmis par legs, donation, vente, échange, » etc. »

Qu'il ouvre enfin le *Traité des obligations* de Pothier, devenu classique depuis si long-tems; il y lira, n°. 67 : « Ce que nous stipulons par rapport » à une chose qui nous appartient, nous le pou- » vons valablement stipuler pour tous nos *succes-*

» *seurs à titre particulier* à cette chose, *lesquels sont* » *compris* sous le terme *d'ayant-cause*, etc. »

Cette définition, qui n'a jamais varié, est aussi ancienne que la doctrine sur la foi due aux actes; doctrine que le Code, qui l'a consacrée, trouva établie dans Pothier, lequel l'avait lui-même puisée dans Dumoulin. où l'on trouve l'expression *d'ayant-cause*, *causam habentes*, employée précisément dans le même sens qu'on lui a toujours donné depuis, pour désigner les successeurs à titre particulier, par opposition aux héritiers ou successeurs à titre universel.

36. Il ajoute ces mots, *in quantum causam habent*, qui ne laissent pas de doute que ce ne soit des successeurs à titre particulier qu'il parle, pour les opposer aux héritiers qui succèdent *in omnem causam et jus defuncti.*

Ainsi, suivant Dumoulin, l'acte a la même force entre les contractans, *inter quos confectum est*, entre leurs héritiers ou successeurs à titre universel, *in omnem causam*, et enfin entre leurs *cause-ayant*, ou successeurs à titre particulier, *causam habentes*, *in quantum causam habent.*

Voilà précisément la doctrine enseignée par Pothier, d'après Dumoulin, et définitivement érigée en loi par le Code. L'acte authentique fait foi, dit l'art. 1319, « entre les parties contractantes, et » leurs héritiers ou *ayant-cause.* »

« L'acte sous seing privé, ajoute l'art. 1322, re- » connu par celui auquel on l'oppose, ou légale-

» ment tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont » souscrit et leurs héritiers et *ayant-cause*, la même » foi que l'acte authentique. »

Nous avons ci-dessus remarqué que cette disposition de la loi est une conséquence de la maxime : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit. Loi* 143, *ff de R. J.*

L'acte authentique et l'acte sous seing privé ont donc la même force, tant entre les contractans qu'entre leurs héritiers et leurs *ayant-cause ;* ils font l'un et l'autre, suivant les articles cités, pleine foi de tout ce qu'ils contiennent, et par conséquent de la date qu'ils énoncent. M. Ducaurroy (1), pag. 52, en convient, ainsi que M. Merlin.

37. J'en ai conclu qu'entre deux acquéreurs qui ont acquis le même fonds de Caïus, l'un le 1^er^. janvier, par acte en bonne forme, mais sous seings privés; le second, par acte authentique, le 1^er^. mars suivant, le premier acquéreur doit être préféré.

38. Si l'on en croit notre jeune professeur, cette conséquence a étonné *l'école et le palais ;* elle est ce qu'il appèle un système dangereux, qu'il croit devoir combattre ; et comment le combat-il ? En se frayant lui-même une route *tout à fait nouvelle;* en créant, pour la substituer à l'ancienne, une définition des ayant-cause, diamétralement contraire aux notions que nous en donnent les juris-

(1) Dissertation insérée dans la Thémis, tom. III, pag. 46, 3.^e^ part.

consultes anciens et modernes; en soutenant, avec une rare intrépidité, que les acquéreurs ne sont pas les *ayant-cause* du vendeur. Mais, comme il a fort bien senti la nécessité de fixer le sens de ce mot dans l'art. 1322, *il se croit fondé à voir, dans les ayant-cause* dont parle cet article, des successeurs à titre universel. « Ce sont, dit-il, des ayant-» cause proprement dits, parce qu'ils ont *univer-*» *sam causam*. Tels sont les successeurs irréguliers, » c'est-à-dire l'enfant naturel, le conjoint survi-» vant et l'état, auxquels la loi transmet les biens, » sans leur accorder ni la saisine ni le titre d'hé-» ritier légitime. Tels sont les donataires des biens » à venir, les légataires à titre universel; tels sont » les parens envoyés en possession des biens d'un » absent. »

C'est cette définition des ayant-cause que M. Ducaurroy appèle *sa solution définitive*; il s'en applaudit, et il a raison. C'est une création de son esprit; elle est tout à fait nouvelle, et dans une opposition complète à celle des jurisconsultes de tous les âges, qui ont toujours enseigné que les ayant-cause sont opposés aux successeurs à titre universel. Peut-être, s'il se fût donné la peine de les consulter, notre jeune et savant professeur aurait-il hésité à contrarier leur doctrine avec tant d'assurance. La réflexion lui eût fait apercevoir que sa nouvelle doctrine va le jeter dans un terrible embarras.

39. Car enfin, s'il est vrai que les *ayant-cause* ne

sont que les successeurs à titre universel, et qu'on n'y doit pas comprendre les successeurs à titre particulier, tels que les acquéreurs, donataires, etc., il en résultera, par une conséquence nécessaire, que les actes, tant authentiques que sous seings privés, faits par leurs auteurs, ne font point foi contre ces successeurs particuliers. M. Ducaurroy osera-t-il se résoudre à soutenir cette thèse au nom de l'école et du barreau de Paris?

Nos législateurs avaient à décider, par voie d'autorité, la question, si importante dans la vie civile, de savoir à qui les actes peuvent être opposés, entre quelles personnes ils font foi. C'est, disent les art. 1319 et 1322, entre les parties contractantes, entre leurs héritiers et entre leurs *ayant-cause*.

Telles sont donc les seules personnes entre lesquelles les actes font pleine foi, selon le Code. Or, si, comme le prétend M. Ducaurroy, les successeurs particuliers, les donateurs, les acquéreurs, ne sont pas compris dans l'expression d'*ayant-cause*, il en résulte, contre l'ancienne doctrine universellement enseignée jusqu'à ce jour, que les actes, authentiques ou non, passés par leurs auteurs, ne font point foi contre les successeurs particuliers.

M. Ducaurroy aura donc à soutenir cette thèse, ou à rétracter *sa solution définitive* et sa nouvelle doctrine.

4o. Il promet une analyse plus générale de mon ouvrage, dans le même esprit qui a guidé sa dis-

sertation ; mais il attend, dit-il, à voir le parti que j'aurai pris sur le *Traité des contrats* de M. Duranton, qu'il a choisi pour son *partner*. Mon parti est tout pris sur cet ouvrage : j'en profiterai quand j'y trouverai à profiter. C'est ce que doit faire tout homme qui cherche la vérité de bonne foi. Et lorsque je croirai y apercevoir des erreurs préjudiciables, je les combattrai à l'occasion : c'est encore un devoir pour moi ; je le remplirai toujours avec tous les égards dus à la personne de l'estimable auteur.

Je préviens ces Messieurs, en finissant, que je ne répondrai plus à leurs critiques. J'ai, pour le genre polémique, une aversion presque insurmontable, et mon âge m'avertit que je ne dois pas me commettre avec deux athlètes jeunes et vigoureux, qui entrent dans la carrière quand je suis près d'en sortir, et qui peut-être n'étaient pas nés quand j'eus le malheur, il y a plus de quarante-quatre ans, de me vouer à l'enseignement de la jurisprudence.

FIN DU TOME X

TABLE

DU CHAPITRE ET SECTIONS.

SUITE DU LIVRE TROISIEME.

TITRE III.

Des Contrats et Obligations conventionnelles.

SUITE DU CHAPITRE VI.

De la Preuve des Obligations et de celle du Paiement.

SECTION III.

Des Présomptions.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Pag.

De la nature et du fondement des présomptions, et des preuves judiciaires en général. 1.

§ I. Des présomptions établies par la loi. 48.

ARTICLE Ier.

De la présomption qui résulte de la chose jugée. 93.

SECTION IV.

Du Serment

Notions préliminaires. 480.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS. R.F.

Pag.

§ I. Du serment décisoire. 505.

§ II. Du serment déféré d'office. 541.

Du serment déféré d'office sur la valeur de la chose demandée, autrement serment *in litem* ou serment *en plaids*. 580.

De la formule du serment. 604.

ADDITION aux VI.e et VIII.e volumes. 613.

Sous presse,

Sous presse, pour paraître incessamment :

Le Tome XI *du Droit civil français* **; par M. Toullier.**

***Jurisprudence et Style du Notaire*; par MM. Massé et L'Herbette, 5 vol. in-8.°, de chacun 500 à 550 pages. Le premier volume paraîtra en décembre prochain.**

OUVRAGES DE FONDS.

Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique ; par M. C. B. M. Toullier, 3.e édit. *Paris*, 1821, 10 vol. in-8.°, contenant ensemble près de 7,000 pages. Prix broché, 82 fr., et franc de port par la diligence, 92 fr.

Supplément à la première édition des huit premiers volumes du Droit civil français, suivant l'ordre du Code ; par M. Toullier, contenant toutes les additions et corrections qui sont dans la 2.e et dans la 3.e édit, 1 vol. in-8.° Prix 7 fr., et franc de port, 9 fr.

Introduction a la procédure civile ; par M. Pigeau, avocat et professeur de la Faculté de droit de Paris ; 4.e édit., revue, corrigée et augmentée d'après les notes manuscrites de l'auteur ; par M. Poncelet. *Paris*, 1822, 1 vol. in-8.° Prix broché, 4 fr. 75 c., et 6 fr. franc de port.

Code de simple police, à l'usage des juges de paix, commissaires de police, maires et adjoints ; par M. Boucher-d'Argis, procureur du Roi. *Paris*, 1822, in-8.°, broché, 4 fr. 25 c., et franc de port, 5 fr. 25 c.

Cours de droit commercial maritime, d'après les principes et suivant le Code de commerce ; par M. P. S. Boulay-Paty. *Rennes*, 1821—1822, 4 vol. in-8.°, broché. Prix, 6 fr. le volume pour les souscripteurs, et 7 fr. 50 c. franc de port. Les trois premiers volumes paraissent ; le quatrième est sous presse.

Régime hypothécaire, ou Commentaire sur le XVIII.e Titre du Livre 3.e du Code civil, relatif aux Priviléges et Hypothèques, par J. C. Persil ; 3.e édit. *Paris*, 1820, 2 vol. in-8.°, broché, 12 fr., et 15 fr. franc de port.

Lettres sur la profession d'avocat, et Bibliothèque choisie des livres de droit qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaître ; par M. Camus, ancien avocat, garde des archives, membre de l'Institut, etc. ; 4.e édit., augmentée de plusieurs lettres et autres pièces intéressantes sur la profession d'avocat, par M. Dupin, docteur en droit, avocat à la Cour royale de Paris. *Paris*, 1818, 2 vol in-8.°, brochés, 17 fr., et 22 fr. franc de port.

Principes du droit de la nature et des gens ; par J. J. Burlamaqui, considérablement augmentés par M. le professeur de Felice ; nouvelle édition revue, corrigée, et augmentée d'une table générale analytique et raisonnée, par M. Dupin, docteur en droit, et avocat à la Cour royale de Paris. *Paris*, 1820-1821, 5 vol. in-8.°, de 500 à 600 pages chacun. Prix broches, 35 fr., et 42 fr. franc de port.

Heineccii (*Jo. Gottlieb.*) *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem institutionum ; accesserunt, opera et cura A. M. J. J. Dupin, in scholis et curiis pariensibus doctoris et advocati. Parisiis, e typis Crapelet*, 1810, 2 vol. in-8.° d'environ 500 pages chacun. Prix, broch., 10 fr., et franc de port 13 fr. Et avec le Tableau généalogique 11 fr. 25 cent., et franc de port, 14 fr. 50 cent.

Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif, par M. Fournel, 3.e et dernière édit., revue et augmentée. *Paris*, 1812, 2 vol. in-8.° broch. 12 fr.

Essai d'institutions oratoires à l'usage de ceux qui se destinent au barreau, par M. Delamalle, ancien avocat au Parlement de Paris, et bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour royale, etc., conseiller d'État, officier de la Légion d'honneur. 2.e édit. *Paris*, 1822, 2 vol. in-8.° broch. 9 fr., et 11 fr. franc de port.