

L'utilisation du concept romain de l'autorité de la chose jugée chez les rédacteurs des codes de procédure civile et sa portée dans les droits de tradition germanique

Fritz STURM

LA NOTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EST-ELLE CONNUE DU BGB ?

C'est en vain que le juriste belge ou français chercherait dans le BGB, le code civil allemand, des dispositions sur l'autorité de la chose jugée. Il n'y trouvera pas de normes correspondant aux articles 1350, 1351, 1352 du code civil français ou à l'art. 23 du code judiciaire belge, simple transposition de l'art. 1351 du Code civil. En effet, le BGB ne règle ni les conditions ni la portée de notre institution.

Il en est de même de l'ABGB, le code commun pour les territoires autrichiens, du code civil et du code des obligations suisse.

L'ABGB se borne à souligner à son art. 12 que jugements et arrêts n'ont pas l'effet de lois et ne sauraient être appliqués à d'autres espèces et à des personnes n'ayant pas été parties au procès¹.

1. «Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile haben nie

S'inspirant d'une définition de Bernhard Windscheid², père spirituel du BGB qu'on appelle aussi le petit Windscheid, le premier projet du code civil allemand prévoyait pourtant une règle expresse. Son art. 191, al. 1^{er}, 2^e phr. disposait : «Le jugement passé en autorité de chose jugée fixe le rapport de droit existant entre les parties. Ce qui a été adjugé par une décision entrée en force ne saurait plus être contesté ; les conclusions dont le demandeur a été débouté ne sauraient être renouvelées»³. Et l'alinéa 2 d'ajouter : «Les parties peuvent renoncer aux effets de l'autorité de la chose jugée. Le tribunal ne peut tenir compte de l'autorité de la chose jugée que si les parties l'invoquent»⁴.

Ces règles du premier projet reflètent non seulement la conception de Windscheid, mais aussi celle de Savigny. L'exposé de ce dernier au volume VI du *System des heutigen römischen Rechts*⁵ a évidemment exercé une très grande influence sur la doctrine allemande et étrangère. Pour Savigny, l'*exceptio rei iudicatae* n'est pas une simple fin de non recevoir. A ses yeux, il s'agit au contraire d'un véritable *Gegenrecht*, d'un vrai droit matériel à opposer à toute action susceptible d'entrer en conflit avec un jugement passé en force. En tant qu'exception, elle doit donc être traitée comme l'exception tirée d'un *pactum de non petendo*. Savigny fonde sa conception sur la fiction de la vérité qu'entraîne la *res iudicata*. C'est l'affirmation d'Ulpien, (1 leg. Iul. et Pap.) D. 1, 5, 25 et (1 leg. Iul. et Pap.) D. 50, 17, 207, *res iudicata pro veritate accipitur* qui fait foi. Savigny se rapproche ainsi de la règle du Code civil qui fait de l'autorité de la chose jugée une présomption irréfragable.

Pourquoi le second projet du BGB n'a-t-il pas conservé l'article que le premier projet consacrait à l'autorité de la chose jugée ? Pourquoi cette règle a-t-elle été supprimée ?

Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden».

2. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 4^e éd., Düsseldorf, 1875, § 127, p. 373 s.

3. «Das rechtskräftige Urteil ist massgebend für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien. Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden».

4. «Auf diese Wirkung des rechtskräftigen Urteils kann verzichtet werden. Das Gericht darf dieselbe nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird».

5. Berlin, 1847, § 280, p. 257 s.

On invoque deux raisons⁶.

1. Le code de procédure civile entré en vigueur en 1877 contient déjà des dispositions en la matière. Il ne convient donc pas de placer dans deux codes différents des règles appelées à se compléter. L'unité de la matière doit absolument être sauvegardée ;

2. Ce n'est pas au législateur de se prononcer sur la nature de l'*exceptio rei iudicatae*. Seule la doctrine est habilitée à déterminer si la fin de non recevoir fondée sur l'autorité de la chose jugée doit être invoquée par les plaideurs ou soulevée d'office par le juge.

LES CODES DE PROCÉDURE CIVILE

C'est pourtant le législateur qui a réglé la question.

Tout d'abord en Prusse. L'art. 65 de l'introduction à l'ordonnance générale sur la juridiction, la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793, interdit de réitérer sous quelque prétexte que ce soit des procès auxquels un jugement a mis fin. Et parmi les questions que le juge doit d'office poser aux plaideurs avant de dire droit, figure celle de l'existence d'une décision rendue précédemment en la matière⁷.

Cette ordonnance prussienne ainsi que d'autres codes de procédure abandonnent par la suite la maxime inquisitoire⁸. Mais le code de procédure civile autrichien, la ZPO de 1895, y revient, tout au moins quant à certaines fins de non recevoir. L'art. 240, al. 3 de ce code stipule : «C'est d'office que le juge examinera en tout état de cause si le litige peut être porté devant un tribunal civil, s'il y a litispendance ou autorité de la chose jugée»⁹. Et l'art. 411,

6. Cf. H. F. GAUL, «Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand», dans *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, bd. I, Cologne, 1978, p. 443 s (503 s.).

7. Cf. H. F. GAUL, *op. cit.*, p. 499 s.

8. Cf. les ordonnances prussiennes du 1^{er} juin 1833 et du 21 juillet 1846 et Ed. HEILFRON et PICK, *Lehrbuch des Civilprozessrechts*, bd. I, Berlin, 1904, p. 330.

9. «Die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urteiles sind jederzeit von Amts wegen zu berücksichtigen».

al. 2 du même code répète : «C'est au juge et non pas aux plaideurs d'imposer l'autorité de la chose jugée»¹⁰.

Bon nombre de codes de procédure civile suisses¹¹ adoptaient la même règle. Mais la majorité de ces codes est restée fidèle au principe dispositif¹². Dans un arrêt fameux rendu en 1987, le Tribunal fédéral suisse¹³ s'est prononcé pour l'examen d'office de l'autorité de la chose jugée résultant d'un précédent arrêt de cette instance. Les Cours d'appel du canton de Zurich et de Schaffhouse¹⁴ en ont tiré la conclusion que la règle opposée des codes de procédure civile zurichois et schaffhousois ne saurait être maintenue¹⁵.

En l'absence d'un texte légal, doctrine et jurisprudence allemandes se rallient à la solution autrichienne et rompent ainsi avec la tradition du droit commun et les théories de Savigny¹⁶.

10. «Die Rechtskraft ist von Amts wegen zu berücksichtigen».

11. Dans la Confédération helvétique, la procédure civile, pénale et administrative est l'affaire des cantons. Il y a, par conséquent, outre l'organisation judiciaire fédérale, 26 codes de procédure cantonaux.

12. Ainsi p. ex. l'art. 264 code de procédure civile du canton de Schaffhouse, l'art. 98 code de procédure civile du canton du Tessin, l'art. 191, al. 4, code de procédure civile du canton de Zurich et la jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois, cf. J.-F. POUDRET, A. WÜRZBURGER et J. HALDY, *Procédure civile vaudoise*, Lausanne, 1991, art. 475 CPC, n. 7.

Quant aux cantons qui ont retenu la solution opposée voir VOGEL, «Auf dem Wege zur Rechtseinheit bei Rechtshängigkeit und materieller Rechtskraft», *recht*, 1989, p. 129 s (135 n. 14) et W. HABSCHEID, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd., Bâle-Francfort, 1990, n° 488, p. 278, n. 20.

13. RO 112 II (1987), p. 268 s. (p. 272) En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas affirmé que les juridictions cantonales doivent examiner d'office si la question litigieuse a déjà fait l'objet d'un jugement ; cf. J.-F. POUDRET et S. SANDOZ-MONOD, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, t. II, Berne, 1990, art. 43, n. 1,3,2,15, p. 126 s., et art. 63, n. 3,6,11, p. 526. VOGEL, *op. cit.*, ne partage pas ces vues.

14. *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 88 (1989), n° 43, p. 146 s. ; *Amtsbericht des Obergerichts an den Grossen Rat des Kantons Schaffhausen*, 1993, p. 69 s.

15. L'art. 191, al. 4, code de procédure civile du canton de Zurich et l'art. 264 code de procédure civile du canton de Schaffhouse n'ont pourtant pas été modifiés.

16. Cf. K. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, bd. I, Leipzig, 1912, p. 782 ; L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD,

En revanche, aussi bien les théoriciens que les praticiens des pays de tradition germanique résolvent toujours une série de questions en s'inspirant des lignes directrices déduites des sources classiques et justiniennes et de l'interprétation que celles-ci ont reçue au fil du temps. A ce propos, il y a lieu de signaler les phénomènes suivants :

— on ignore, comme à Rome, la distinction belge et française entre jugements qui ont autorité de chose jugée et jugements passés en force de chose jugée ;

— de nombreux codes excluent qu'une décision pénale lie le juge civil et vice-versa ;

— pour déterminer s'il y a autorité de chose jugée, on recourt toujours à ce qu'expriment deux définitions classiques, soit celle de Julien, rapportée par Ulpien (15 ed.) D. 44, 2, 3, *exceptionem rei iudicatae obstare quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*, soit celle de Macer (2 de appell.) D. 42, 1, 63 *saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*.

Analysons en détail ces trois points.

L'INEXISTENCE DE LA DISTINCTION ENTRE AUTORITÉ ET FORCE DE LA CHOSE JUGÉE

Dans les pays de tradition germanique, on ne distingue pas entre autorité et force de la chose jugée. En revanche, on oppose à l'autorité de la chose jugée au sens formel, l'autorité de la chose jugée au sens matériel. On opère une distinction entre *formelle* et *matérielle Rechtskraft*¹⁷. Les deux effets du jugement se produisent

Zivilprozessrecht, 15^e éd., Munich, 1993, § 151, III 4, p. 918 ; Fr. STEIN, M. JONAS et D. LEIPOLD, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20^e éd., Tübingen, 1989, § 322, n. 221 ; P. GOTTWALD, *Münchener Kommentar zur ZPO*, Munich, 1992, § 322, n. 52 ; A. E. BAUMBACH, W. E. LAUTERBACH et P. HARTMANN, *ZPO*, 54^e éd., Munich, 1996, Einf. §§ 322-327, n. 25 ; RG Seuff. Arch. 96, n° 20 ; BGHZ 36, p. 316 s. (p. 319) ; BGHZ 36, p. 365 s. (p. 367) ; BGH FamRZ, 1990, p. 280 s. L'évolution est retracée d'une manière magistrale par H. F. GAUL, *op. cit.*, p. 498 s.

17. Cf. pour l'Allemagne : P. SCHLOSSER, *Zivilprozessrecht*, bd. I, 2^e éd., Munich, 1991, n° 246 s., p. 209 s. ; pour l'Autriche : H. W. FASCHING, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Vienne, 1990, n° 1493 s., p. 753 s. ; pour la Suisse : W. HABSCHIED, *op. cit.*, n° 473 s., p. 269 s.

en même temps. Est décisif le moment à partir duquel le jugement devient irrévocable, c'est-à-dire où il ne peut être ni annulé, ni réformé, ni cassé.

C'est d'ailleurs précisément cette irrévocabilité qui s'appelle autorité de la chose jugée au sens formel (*formelle Rechtskraft*).

Quant à l'autorité de la chose jugée au sens matériel, les auteurs y reconnaissent un aspect négatif et un aspect positif. Par l'aspect négatif, ils entendent l'exclusion de toute réitération de la demande sur laquelle il a été statué. Est irrecevable toute action ayant un objet identique à celui du litige qui a été tranché. L'aspect négatif reflète donc l'adage *bis de eadem re ne sit actio*. L'aspect positif, en revanche, concerne le contenu du jugement, soit l'impact qu'il exerce sur des litiges éventuels futurs. Le juge appelé à prendre une décision sur une question, fût-elle préjudicielle, qui a fait l'objet d'un jugement antérieur est lié par la décision rendue précédemment entre les mêmes parties. Ce qui est décidé ne saurait plus être remis en question. *Res iudicata ius facit inter partes, res iudicata pro veritate accipitur*.

Signalons toutefois que, mises à part les actions divisoires, ce dernier adage n'est plus interprété au sens que l'autorité de la chose jugée est génératrice de droits nouveaux. On ne soutient plus qu'elle produit des effets semblables à la loi en attribuant des droits ou en mettant fin à leur existence. C'est ce qu'admettaient les adeptes de la théorie appelée *materielrechtliche Rechtskrafttheorie*, qui n'est plus défendue actuellement¹⁸.

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL SUR LE CIVIL

Abordons maintenant la deuxième particularité des législations de tradition germanique : la variété des règles qui étendent ou n'étendent pas au civil l'autorité de la chose jugée au criminel.

En droit allemand, la chose jugée au pénal ne s'impose pas au juge civil¹⁹. Ce dernier n'est nullement lié par une décision définitive du juge pénal. Contrairement aux droits français et belge,

18. Sur sa disparition cf. R. BRUNS, *Zivilprozessrecht*, Berlin-Francfort, 1968, p. 397 s.

19. Cf. P. SCHLOSSER, *op. cit.*, n° 243 s., p. 207.

mais selon toute probabilité en plein accord avec les vues des jurisconsultes romains²⁰ et l'esprit des constitutions impériales²¹, le droit allemand ne connaît aucune prééminence du pénal sur le civil. L'art. 14, al. 2, chiff. 1^{er} de la loi d'introduction au code de procédure civile l'a souligné car, dans les parties du Reich soumises au droit français, il fallait abolir le principe opposé.

A l'exception du canton du Tessin²², les cantons suisses admettent également l'indépendance des deux juridictions²³. Les magistrats helvétiques²⁴ se refusent à tirer un argument *a contrario*

20. Cf. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, p. 185 s., n. 53 et 66, p. 294 ; Ulpien (56 ed.) D. 47, 8, 2, 1 : «Hoc edicto contra ea, quae vi committuntur, consuluit praetor. nam si quis se vim passum docere possit, publico iudicio de vi potest experiri, neque debet publico iudicio privata actione praeiudicari quidam putant: sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi Iuliae de vi privata fiat, nihilo minus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem» ; Ulpien (56 ed.) D. 48, 2, 15 : «In eum, cuius dolo malo hominibus coactis damni quid datum esse dicatur, non debet cogi actor omissa actione civili crimen intendere».

21. Cf. C. 4, 21, 2 : «Si uteris instrumento, de quo alius accusatus falsi victus est, et paratus es, si ita visum fuerit a quo pecuniam petis, eiusdem criminis te reum facere et discrimen periculi poenae legis Corneliae subire, non oberit sententia, a qua nec is contra quem data est appellavit nec tu, qui tunc crimini non eras subiectus, appellare debuisti» ; C. 9, 22, 2 : «Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis declaratum est, cum morandae solutionis gratia a debitore falsi crimen obicitur, nihilo minus salva executione criminis debitorem ad solutionem compelli oportere».

22. L'art. 112 du code de procédure civile du canton de Tessin prévoit : «Se la parte lesa si è costituita parte civile, la sentenza penale di condanna pronunciata nel Cantone fa stato solo per l'accertamento dell'esistenza del fatto che ha costituito oggetto del giudizio penale. Se il giudizio penale è stato proferito dopo quelle civile, è data la restituzione in intero giusta l'art. 346 e seguenti».

23. Toutefois, l'adage «le pénal tient le civil en l'état» a été reçu par de nombreux codes de procédure civile. Sur réquisition ou d'office, le juge peut suspendre le procès civil jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur la poursuite pénale ; cf. J. GRAVEN, «Le principe de la chose jugée et son application en procédure civile suisse», dans *Etudes Paul Carry*, Genève, 1964, p. 225 s. (p. 251 s.), et W. HABSCHIED, *op. cit.*, n° 152, p. 87.

24. Cf. les arrêts du Tribunal fédéral RO 56 II (1930), p. 438 s. (p. 439) ; 57 II (1931), p. 28 s. (p. 32) ; 107 II (1981), p. 151 s. (p. 158) et E. BREHM, *Berner Kommentar*, VI, 1, 3, Berne, 1990, art. 53 n. 23 s. A la suite d'un revirement de jurisprudence, la Cour d'appel de Zurich s'est ralliée à

de l'art. 53 CO²⁵ et à se déclarer liés par les constatations du juge pénal portant sur l'existence et le caractère illicite de l'acte entraînant, le cas échéant, la responsabilité civile de l'inculpé.

Reste à dire un mot sur le droit autrichien. Or l'Autriche, elle, a longtemps fait cavalier seul. D'une part, l'art. 5 de son code de procédure pénale exclut expressément que le juge pénal soit lié par un jugement civil statuant sur une question préjudicielle²⁶. D'autre part, l'art. 268 de son code de procédure civile obligeait le juge civil à respecter le jugement rendu au pénal quant à la preuve des faits incriminés et de leur imputabilité. Mais la Cour constitutionnelle autrichienne a déclaré cet article contraire à la constitution²⁷.

EADEM QUAESTIO

En annonçant notre plan, nous avons relevé que les termes qu'emploie Julien²⁸ en définissant la *res iudicata* sont restés au centre des débats et gardent une grande actualité.

Que faut-il entendre par *eadem res, eadem quaestio*, par prétention sur laquelle il a été statué, par objet du litige, par *Streitgegenstand* ? Ces notions n'ont pas seulement intrigué les jurisconsultes romains et les glossateurs, mais elles ont aussi fait couler des flots d'encre en Allemagne. Au cours des 40 dernières

l'opinion dominante ; cf. *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 79 (1980), n° 95, p. 185 s.

25. L'art. 53 CO prévoit que le juge civil n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal. Il est, selon cet article, tout à fait libre de décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement.

26. «Die strafgerichtliche Untersuchung und Beurteilung erstreckt sich auch auf die privatrechtlichen Vorfragen. An das über eine solche ergangene Erkenntnis des Zivilrichters ist der Strafrichter, soweit es sich um die Beurteilung der Strafbarkeit des Beschuldigten handelt, nicht gebunden».

27. JBl. 113 (1991), 104 s. = ÖJZ 47 (1992), 104 s.

Selon W. H. RECHBERGER, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 4^e éd., Vienne, 1994, n° 715, p. 380 s., cet arrêt ne prive pas le juge civil de la faculté de refuser l'administration de preuves qui ne permettraient pas au condamné de se disculper au pénal.

28. Cf. *supra*, p. 51.

années, sept grandes monographies et d'innombrables articles ont été consacrés à ce sujet controversé²⁹.

Pour Savigny³⁰, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en forment le soutien nécessaire. Dispositif et fondement nécessaire de la décision ne sauraient être dissociés.

Cette optique a très longtemps prévalu en doctrine. Le *Preussische Obertribunal* l'a cependant rejetée dans son arrêt du 16 octobre 1848³¹. Selon les juges de Berlin, seul le dispositif du jugement permet de déterminer l'objet du litige. L'autorité de la chose jugée ne s'étend nullement aux motifs, même si un lien nécessaire les rattache au dispositif. Par là même, la jurisprudence prussienne refusait de considérer la cause comme élément constitutif de la chose jugée.

Le législateur s'est rallié à la solution de la jurisprudence. Il n'a donc pas suivi Savigny, pourtant resté le maître à penser dans tous les pays de tradition germanique. L'art. 322, al. 1^{er} code de procédure civile allemand dispose : «Seule la décision statuant sur les conclusions prises par les plaideurs à titre principal et à titre reconventionnel jouit de l'autorité de la chose jugée»³².

La rigueur du principe énoncé à l'art. 322, al. 1^{er} code de procédure civile a pourtant dû être tempérée. En effet, il n'est guère possible de déterminer l'objet litigieux, et partant la chose jugée, lorsque le dispositif du jugement se borne à déclarer que le demandeur est débouté ou que le défendeur est condamné à payer telle somme au demandeur. Pour sortir de cette impasse, pour ne

29. Cf. les bibliographies données par Fr. STEIN, M. JONAS et SCHUMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, bd. I, 20^e éd., Tübingen, 1984, Einl. n. 263, p. 152 ; G. LÜKE, *Münchener Kommentar zur ZPO*, Munich, 1992, Vorbem. vor § 253 ; W. HABSCHIED, *op. cit.*, p. 211 et P. SCHLOSSER, *op. cit.*, n° 415, p. 348.

30. *Op. cit.*, p. 394 s.

31. *Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin*, t. 17, p. 462 s. (p. 465 s.) ; L. SEUFFERT, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 11^e éd., Munich, 1910, § 322, n. 3, p. 523 et K. KERAMEUS, «Rechtskraftwirkung der Entscheidungsgründe nach gemeinem und partikularem Recht», dans *AcP* 167 (1967), p. 241 s. (p. 264 s.). Il pouvait se fonder sur § 38 I 13 AGO (= *Allgemeine Gerichtsordnung*). Selon cet article «sollen blosse Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urteils haben».

32. «Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist».

pas dire de cette ornière, certains auteurs permettent au juge appelé à statuer une seconde fois de se référer aux faits que les plaideurs ont allégués. Pour ces auteurs, parmi lesquels il faut citer en premier lieu Rosenberg³³ et Karl Heinz Schwab³⁴, les faits ne peuvent toutefois être pris en considération que pour interpréter le dispositif et pour en établir le sens et la portée. D'autres, tel Habscheid³⁵ et Fasching³⁶ vont plus loin. Ils estiment en effet que l'objet du litige, et partant la chose jugée, se compose toujours de deux éléments : l'objet de la demande et les faits soumis au juge³⁷.

PARS IN TOTO EST

Selon Ulpien, (75 ed.) D. 44, 2, 7³⁸, celui qui a succombé dans la demande de la totalité d'un objet ou d'un droit n'est plus

33. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7^e éd., Munich-Berlin, 1956, § 88 II 2, p. 403 s.

34. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Munich-Berlin, 1954, p. 183 s. et L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD, *op. cit.*, § 95, t. III 3, p. 532 s.

35. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1956, p. 221 s. ; *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, *op. cit.*, n° 376, p. 212. C'est la définition de Habscheid qui l'a emporté dans la jurisprudence de la Cour fédérale allemande de Karlsruhe ; cf. BGH NJW-RR, 1987, p. 683 s. et NJW, 1988, p. 2300 s.

36. *Op. cit.*, n° 1163 s., p. 594 s.

37. Fr. STEIN, M. JONAS et SCHUMANN, *op. cit.*, Einl. n. 264 s., p. 154 s. et P. SCHLOSSER, *op. cit.*, n° 412 s., p. 346 s. brossent un tableau fort instructif de ces théories et leur impact.

38. Pr. : «Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstat exceptio. idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat : item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem».

recevable à en demander une partie. Inversement, celui qui n'a fait valoir en justice qu'une prétention partielle ne saurait plus demander le tout. L'autorité de la chose jugée interdit en effet à l'héritier débouté de son action en paiement d'une créance successorale³⁹ d'intenter la pétition d'hérédité pour se faire payer par le débiteur.

En droit moderne, la solution serait identique si le demandeur ne pouvait alléguer des faits différents de ceux qu'il avait soumis ou qu'il aurait dû soumettre aux juges appelés à trancher son premier procès⁴⁰. Mais on ne saurait trouver des arrêts rendus en ce sens par des tribunaux allemands, autrichiens ou suisses.

En revanche, le problème surgit aussi dans la pratique judiciaire allemande lorsque le demandeur introduit ce qu'on a l'habitude d'appeler une action partielle camouflée (*verdeckte Teilklage*). Dans ses conclusions le demandeur cache que le montant qu'il veut se faire adjuger ne couvre que partiellement sa créance. Après avoir eu gain de cause, il revient à la charge et fait valoir en justice le solde. Selon un courant de la doctrine⁴¹, l'autorité de la chose jugée du premier procès exclut une telle demande. Il faudrait admettre que le demandeur a conclu au tout dans sa première action. S'il avait été débouté, il aurait donc été débouté pour le tout. La Cour fédérale allemande s'est d'abord

§ 4 : «Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter eadem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur».

§ 5 : «Idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat: nam et hic obstabit exceptio: nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci».

39. Cette solution est aussi retenue par les pandectistes ; cf. B. WINDSCHEID et Th. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, bd. I, 9^e éd., Francfort, 1906, § 130 3, p. 656 s.

40. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale, les plaideurs sont forclos d'alléguer ces faits (*Präklusion*), cf. BGHZ 117, p. 1 s. (p. 7) ; BGH NJW, 1993, p. 2884 s. ; BGH LM § 322, ZPO n° 139.

41. Cf. par exemple G. LÜKE, *Rechtskraft, Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Neuwied, 1989, Gruppe 18/330, p. 5 et les auteurs cités par P. GOTTWALD, *op. cit.*, § 322, note 118, n. 296.

rallié à cette manière de voir les choses⁴², mais admet aujourd'hui des actions complémentaires peu importe que le demandeur ait ou n'ait pas déclaré dans sa première action qu'il ne fait valoir qu'une partie de sa créance⁴³.

PRAEIUDICIUM

Pour élargir la sphère des questions bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, les droits allemand⁴⁴, autrichien⁴⁵ et suisse⁴⁶ ont emprunté au droit romain les *praeiudicia*, moyens mettant à l'abri de contestations ultérieures des rapports de droit préjudiciels⁴⁷. L'action que les parties introduisent sous la forme d'un incident s'appelle en Allemagne et en Suisse *Zwischenfeststellungsklage*, en Autriche *Zwischenantrag auf Feststellung*. Comme la *pronuntiatio* dans les actions réelles du droit romain classique, cette action débouche sur une constatation positive ou négative, le jugement

42. BGHZ 34, p. 337 s. (p. 340 s.) ; 36, p. 365 s. (p. 369).

43. BGHZ 85, p. 367 s. (p. 373 s.). Dans le commentaire de A. E. BAUMBACH, W. F. LAUTERBACH et P. HARTMANN, *op. cit.*, § 322, n. 51 s. (v° Nachforderung) doctrine et jurisprudence sont magistralement exposées.

44. L'art. 256, al. 2 code de procédure civile allemand est conçu en ces termes : «Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde».

Signalons que les termes «im Laufe des Prozesses» (au cours de la procédure) n'empêchent pas les plaideurs d'introduire l'action préjudicielle en même temps que l'action principale ; cf. P. SCHLOSSER, *op. cit.*, n° 244, p. 193.

45. L'art. 236, al. 1 code de procédure civile autrichien stipule : «Der Kläger kann ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, über welche das Urteil ergeht, den Antrag stellen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Teile abhängt, in dem über die Klage ergehenden oder in einem demselben vorausgehenden Urteile festgestellt werde».

46 Cf. W. HABSCHIED, *op. cit.*, n° 353, p. 199.

47. Cf. M. KASER, *op. cit.*, p. 184 s.

préjudiciel. Le demandeur est p. ex. déclaré propriétaire ou non propriétaire de la chose revendiquée par la demande principale.

COMPENSATION

Les objections et les exceptions soulevées par le défendeur ne sont pas dotées de l'autorité de chose jugée.

Les législateurs de tradition germanique ont pourtant dérogé à ce principe en matière de compensation qui, contrairement à ce que prévoient les droits français et belge, ne se produit pas de plein droit, mais suppose une déclaration de celui qui l'invoque⁴⁸.

En droit autrichien, l'autorité de la chose jugée s'attache à la créance invoquée à titre de compensation par le défendeur, que le tribunal ait admis son existence ou non (art. 411, al. 1, 2^e phr., code procédure civile autrichien⁴⁹). Certains cantons suisses ont adopté la même règle⁵⁰.

Le code de procédure civile allemand est plus précis. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à la créance invoquée à titre de compensation que si celle-ci se révèle inexistante au cours de l'instance. De plus, le législateur souligne que cet effet est limité au montant de la créance qui aurait dû être compensé (art. 322, al. 2 code de procédure civile allemand⁵¹).

48. Cf. l'art. 388, al. 1 code civil allemand. L'art. 1438 code civil autrichien semble impliquer une extinction *ipso iure*. Mais il est interprété différemment, cf. R. DITTRICH et H. TADES, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 34^e éd., Vienne, 1994, § 1438 n. 2.

49. «Die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Kompensation geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft nur bis zur Höhe des Betrages teilhaft, mit welchem aufgerechnet werden soll».

50. Ainsi p. ex. l'art. 71, al. 2 code de procédure civile fédéral, l'art. 191, al. 2, code de procédure civile saint-gallois, l'art. 276, al. 2, code de procédure civile fribourgeois. Le nouveau code de procédure civile zurichois ne se prononce pas sur les solutions proposées ; cf. W. HABSCHIED, *op. cit.*, n° 496, p. 284.

51. «Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig».

INTER EASDEM PERSONAS

Dans certaines hypothèses, les Romains admettaient que *res iudicata facit ius inter omnes* (établissement de la paternité, examen de la qualité d'ingénu ou d'affranchi dans un procès avec le *iustus contradictor*⁵²). Les codes de procédure civile allemand, autrichien et suisse ont multiplié ces hypothèses et ont créé un nouveau type d'action, la *Gestaltungsklage*, l'action constitutive de droit, l'action formatrice⁵³. Elle débouche sur un jugement ayant une autorité absolue de chose jugée. Les tiers doivent s'incliner tout autant que les parties.

Il y a encore d'autres hypothèses où droit romain et droit moderne dérogent à la condition de l'identité des plaideurs, de *eadem personae*. Papinien, (27 quest.) D. 44, 2, 28, formule la règle *exceptio rei iudicatae nocebit ei qui in dominium successit eius qui iudicio expertus est*. Les codes de tradition germanique ont généralisé et modifié cette règle. L'art. 325, al. 1^{er} code de procédure civile allemand⁵⁴ vise tous les ayants cause. Peu importe qu'il s'agisse d'une succession à titre particulier ou à titre universel. L'alinéa 2 protège cependant l'acquéreur de bonne foi⁵⁵. C'est dire que l'ayant cause du plaideur qui a succombé ne subit pas les effets de l'autorité de la chose jugée si, lors de l'acquisition de l'objet, il ignorait sans qu'une faute grossière puisse lui être imputée la litispendance et le fait que le plaideur débouté n'était pas titulaire du droit. En dépit du silence du code, la doctrine dominante et la jurisprudence autrichiennes ont épousé la solution du droit

52. Cf. M. KASER, *op. cit.*, p. 266 s.

53. Cf. pour l'Allemagne P. SCHLOSSER, *op. cit.*, n° 202 s., p. 167 s. ; pour l'Autriche H.W. FASCHING, *op. cit.*, n° 1555 s., p. 786 s. ; pour la Suisse W. HABSCHEID, *op. cit.*, n° 358 s., p. 201 s. et n° 518 s., p. 295 s.

54. «Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist.»

55. «Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, gelten entsprechend».

allemand⁵⁶. Les codes de procédure civile suisses⁵⁷ contiennent des règles analogues. Signalons que le code zurichois n'étend l'autorité de la chose jugée qu'à des ayants cause qui non seulement sont subrogés dans les droits, mais reprennent aussi les obligations du plaideur qui a succombé⁵⁸. Cette règle débouche également sur une protection des ayants cause de bonne foi⁵⁹.

Les jurisconsultes classiques ont même étendu l'autorité de chose jugée à des tiers qui ne sont pas des ayants cause, mais dont les droits sont liés très étroitement à ceux des plaideurs. C'est ainsi qu'ils semblent avoir étendu aux personnes gratifiées dans un testament les effets de la chose jugée entre l'héritier ab intestat et l'héritier testamentaire⁶⁰. Des hypothèses de ce genre posent encore actuellement problème. Un exemple discuté par Peter Schlosser⁶¹ le montre clairement :

Gaius intente une pétition d'hérédité à Titius. Le testament qu'il invoque est considéré comme nul. Gaius est donc débouté et ne récupère pas les biens successoraux. Par la suite, Sempronius entre en scène et attaque Titius. Il se prévaut d'un second testament

56. Cf. H.W. FASCHING, *op. cit.*, n° 1526, p. 771 s.

57. Cf. les exemples donnés par W. HABSCHEID, *op. cit.*, n° 505, p. 288, n. 6.

58. L'art. 191, al. 1 code de procédure civile zurichois prévoit : «Die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines Urteils binden die Gerichte in einem spätern Prozess zwischen den gleichen Parteien oder ihren Nachfolgern in die beurteilten Rechte oder Pflichten».

59. Cf. M. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich, 1979, p. 372.

60. C'est ce que E. BETTI, D. 42, 1, 63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, p. 469 s. ; M. KASER, *op. cit.*, p. 295 ; G. PUGLIESE, «Giudicato civile (storia)», dans *Enciclopedia del diritto*, 18 (1969), p. 722 s. (p. 740 s.) = *Scritti giuridici scelti*, t. II, Naples, 1985, p. 137 s. (p. 152 s.) ; IDEM, *Istituzioni di diritto romano*, 2^e éd., Turin, 1990, p. 329, et H.J. WIELING, «Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht», dans *SZ*, 102 (1985), p. 291 s. (p. 297 s.), en particulier n. 57, déduisent de Pomponius (18 Quint. Muc.) D. 40, 7, 29, 1 ; Papinien (20 quaest.) D. 20, 1, 3 pr. ; Ulpian (14 ed.) D. 5, 2, 8, 16, et (24 Sab.) D. 30, 50, 1. Mais leur exégèse a été contestée par M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palerme, 1955, p. 129 s., 131 s. et 139 s., et IDEM, «L'effetto normativa della sentenza», dans *Corso di diritto romano*, 2^e éd., Palerme, 1965, p. 83 s.

61. *Op. cit.*, n° 230, p. 198 s.

que les juges déclarent valable. Titius s'incline et restitue les biens à Sempronius. Gaius peut-il réintenter une *hereditatis petitio*, mais cette fois contre Sempronius? Si l'on se tient strictement à la relativité de l'autorité de la chose jugée, il faut répondre par l'affirmative. En effet, Sempronius, le possesseur actuel des biens successoraux, n'était pas l'adversaire du demandeur Gaius dans le premier procès. Toutefois, à supposer que Gaius obtienne gain de cause, le premier possesseur, c'est-à-dire Titius, pourrait revenir à la charge et contraindre Gaius à lâcher prise. Le carrousel continuerait alors à tourner. Les juges seraient liés par la décision qui déboutait Gaius de sa première pétition d'hérédité.

Pour l'exclure, Peter Schlosser⁶² propose d'attribuer une autorité de chose jugée absolue aux jugements qui rejettent une pétition d'hérédité. En effet, le demandeur a pu alléguer les faits sur lesquels il pouvait fonder son action. Il a été entendu. Il n'y a aucune raison de lui permettre de renouveler ses démarches.

CONCLUSION

Nous nous sommes efforcés de montrer que la notion de l'autorité de chose jugée forgée par les jurisconsultes classiques joue encore actuellement un rôle capital dans la doctrine et la jurisprudence des pays de tradition germanique. Nous avons eu aussi l'occasion de mettre en relief l'impact qu'ont exercé sur nos codes les textes du *Corpus iuris civilis* et l'interprétation qu'ils ont reçue.

Notre conclusion doit tout de même exprimer une pointe d'amertume : les processualistes actuels ignorent l'histoire, refusent même de s'en occuper. Ils craignent toujours de retomber dans les prétendus avatars romains de l'effet extinctif et consommatif de la *litis contestatio*. Peut-être est-ce à nous autres romanistes de les secouer et de les faire sortir de leur torpeur et de leur léthargie, pour ne pas dire abrutissement. L'éveil provoqué par la recherche historique sera bénéfique pour tous.

62. *Ibidem*, n° 231, p. 199.