

***La chose jugée dans l'ancien droit français :
le Code civil, héritier des juristes
de l'Ancien Régime***

Dominique GAURIER

On peut être surpris de trouver l'évocation de la chose jugée dans le Code civil et non dans un Code de Procédure civile, puisqu'il s'agit d'apprécier les effets d'un jugement. Plus encore, le thème est inclus dans le Troisième Livre, au chapitre VI, section III, Titre III, en rapport avec la preuve des obligations, plus précisément en lien avec les présomptions, alors qu'incontestablement le thème de la chose jugée ne saurait se limiter au seul domaine de la preuve des obligations.

Le Code civil ne nous présente cependant pas une véritable réglementation de la matière ; il semble plutôt s'inscrire au terme d'une tradition achevée, héritière de thèses déjà posées et acquises. C'est probablement là ce qui a justifié que la doctrine n'y consacra que de bien maigres développements ; encore ceux-ci se bornaient-ils à reprendre ce qu'avaient auparavant énoncé les auteurs anciens, sans véritable souci de construire une théorie de la *res judicata* qui n'était abordée que sous l'angle pratique.

Il reste que la chose jugée devait cependant recevoir deux éclairages différents : au début du XIX^e siècle, les juristes de droit public allaient faire leur le thème de la chose jugée, mais en lui donnant aussi un aspect unique. A leurs yeux, le procès a pour fin d'actualiser la loi, la sentence du juge représente alors le verbe

même de la loi¹. Reprenant à leur compte l'idée médiévale que la chose jugée énonçait une présomption de vérité, ils en tirèrent des conséquences souvent excessives qu'ils devaient d'ailleurs modérer par la suite, notamment au regard de la relativité quant aux personnes, en postulant que la vérité étant une, elle valait pour tous, et non seulement à l'égard de quelques-uns.

Les civilistes ne sont pas allés voguer sur les mêmes eaux : d'abord, pour les anciens, la procédure consistait surtout en un assemblage de formes et de délais à respecter. Ce ne fut donc qu'à une époque récente que la doctrine entreprit de dégager des règles de fond. Toutefois, à l'égard de la chose jugée, la doctrine resta confuse et on peut la résumer en ces quelques mots : la chose jugée remplit une fonction négative double qui a pour fin d'éteindre l'action et d'en paralyser un nouvel exercice : on ne lui trouve généralement d'autre justification que de simples considérations d'opportunité².

Comment le traditionnel extrait d'Ulpien, isolé de son contexte et énoncé en maxime dans le titre du Digeste *De diversis*

1. Sans aller jusqu'à ces excès, on voit cependant L. DUGUIT reprocher aux civilistes d'avoir poussé trop loin le principe de relativité porté par l'article 1351 C. civ : «*Ils n'ont pas compris que l'article 1351 du Code Civil est une disposition qui ne peut s'appliquer qu'en matière de juridiction subjective et qu'en voulant lui donner une portée générale et l'appliquer même aux décisions rendues en matière de juridiction objective, on aboutit tout simplement à des conséquences absurdes, comme celles, par exemple, auxquelles on a été conduit en l'appliquant aux décisions juridictionnelles rendues en matière de questions d'état*» ; *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1928, t. 2, p. 463-464.

Rappelons aussi que Barnave rapprochait les lois et les jugements : «*La décision d'un juge n'est qu'un jugement particulier, comme les lois sont un jugement général*» ; *Archives parlementaires*, 1^e série, t. XV, p. 410. En prolongeant le raisonnement, on pourrait ainsi dire que la sentence du juge, dès lors qu'elle innove, a la valeur d'une loi particulière.

2. «*Ce n'est qu'une présomption légale fondée elle-même sur la nécessité de mettre un terme aux contestations, de fixer les droits de tous, de rassurer la propriété, de maintenir la sécurité des fortunes, le repos des familles, de protéger en un mot les intérêts les plus essentiels de l'ordre public. Ce serait en effet une affreuse et déplorable anarchie, si l'on pouvait incessamment remettre en question et faire rejurer les points déjà jugés, surtout s'il y avait contrariété dans les jugements. Aussi Cicéron dit-il avec beaucoup de raison que la chose jugée est le plus ferme soutien de la République : status enim reipublicae maxime judicatis rebus continetur*» ; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1857, t. V, p. 194-195, n. 1.

regulis a-t-il été conduit à changer de signification ? *Res iudicata pro veritate accipitur* n'est plus simplement perçu comme la description d'un effet, mais aussi comme justification de cet effet.

Ce n'est alors pas au droit romain qu'il faut remonter pour expliquer ce changement de perspective, mais aux droits savants de l'époque médiévale, à travers la perception des commentateurs qui appliquèrent au droit romain des catégories et des analyses qu'ils avaient puisées au droit canonique. La doctrine française de l'Ancien Régime devait ainsi hériter de concepts déjà bien dégagés, non sans cependant présenter quelques confusions à son tour.

ALTÉRATION ET RENOUVELLEMENT D'UN CONCEPT DANS LE DROIT SAVANT DU MOYEN ÂGE

On a pu prétendre trouver des traces d'une romanisation du droit franc et y déceler çà et là des propositions qui orienteraient l'observateur à soutenir qu'y était reconnue l'autorité de la chose jugée³. Ne trouve-t-on pas en effet l'idée énoncée dans un capitulaire daté de 800 : «*ut nullus contra rectum iudicium audeat iudicare*» ou encore dans la collection d'Anségise, «*flagitari iudicium non debet de causa quae diffinita vel iudicata est*»⁴.

Il reste qu'il faut se garder de faire coïncider nos notions avec des affirmations qui, pour incontestables qu'elles puissent paraître, laissent aussi apparaître que les règles de procédure alors applicables recelaient un tout autre état d'esprit. Ceci est bien illustré par un *capitulare missorum* de 805 qui édicte une règle pour le moins particulière : il pose en effet que seront mis en prison les plaideurs qui ne voudront ou accepter ou attaquer le jugement arrêté par les *scabini*, disposition que le texte justifie par le recours à une ancienne coutume⁵. Bien loin de s'opposer à l'idée de chose jugée ou avec les mentions qu'y font les textes précités, cette réglementation atteste simplement que la notion de jugement définitif ne peut intervenir qu'à partir du moment où, en

3. Cf. C. GRIOLET, *De l'autorité de la chose jugée*, Paris, 1868, p. 81.

4. Cf. E. BALUZE, Paris, 1677, t. 1, col. 404 et Capit. 450, Lib. VII, col. 1125.

5. Cf. E. BALUZE, t. 1, col. 425, également dans la Collection d'Anségise, Lib. III, 7, col. 755 ; A. BORETIUS, p. 123.

matière civile⁶, la sentence, loin de s'imposer aux plaideurs, doit être acceptée par eux pour devenir exécutoire, quitte à utiliser, pour emporter leur adhésion, des moyens de contrainte tels que l'emprisonnement ici mentionné, à moins que l'unu d'entre eux ne choisisse de prendre à partie le juge pour défaut de droit⁷. Tant que les parties n'y avaient acquiescé ou ne l'avaient blâmé, la sentence n'était pas réputée *recte finita*.⁸. Nous sommes là bien loin de l'*exceptio rei iudicatae*.

Les anciens auteurs coutumiers, sans s'expliquer sur le fondement théorique de la notion, montrent cependant çà et là des applications de la chose jugée. Tel est le cas de Beaumanoir qui, très certainement de par sa terminologie, est sous l'influence du droit romain. Il expose ainsi clairement l'idée : «*Se je le demandoie par les resons que je peusse avoir dites devant le jugement ou par cels seur lesqueles j'entendi le jugement, j'iroie contre le jugié ; si n'en devoie pas estre ois* »⁹.

Ce sont encore les sources romaines auxquelles puise l'auteur du Grand Coustumier de France. Abordant les dilatoires, J. d'Ableiges écrit : «*Les exceptions péremptoires sont celles qui périssent et détruisent du tout la cause et intention du demandeur, d.l. & § perpetuae, Inst. eo tit. qui se peuvent toujours alléguer jusques à la sentence et chose iugée, l. 4 & 8 C. de excep. l. 2 C. senten. rescin. non poss. et sont de plusieurs manières que ie réduicts à trois espèces, de droict, de faict et meslées des deux. Sous celles de droict ie comprends les fins de non recevoir, comme*

6. En ce qui concerne la matière criminelle, on trouve mention des *securitates* qui assuraient en quelque sorte l'irrévocabilité d'une sentence : par un tel acte, la partie gagnante s'engageait solennellement à ne pas poursuivre. On en trouve un exemple dans les formules collectées par SIRMOND, ainsi en matière de jugement pour homicide. Cf. *Formulae sirmondicae*, XXXIX, dans BALUZE, t. II, col. 491.

7. Cf. A. ESMEIN, «La chose jugée dans le droit de la monarchie franque», dans *N.R.H.D.*, XI, 1887, p. 547-556.

8. On retrouve cette même notion dans le formulaire de Marculfe, I, 28 et aussi dans les *Formulae senonicae*, XVIII, 28. Cf. ZEUMER, p. 60, 193, 197.

9. A. SALMON éd., *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, 1973, t. 1, § 241, p. 124.

de chose iugée, transaction, quittance, peremption d'instance...»¹⁰.

Ces quelques rares exemples montrent qu'à l'évidence, avec la renaissance du droit romain, l'influence des compilations justiniennes allait se révéler d'importance, même au sein des pays coutumiers. Toutefois le droit romain n'allait pas agir seul car le droit canonique, dont les conceptions devaient durablement marquer la théorie du droit à maints égards malgré le reflux progressif de la juridiction ecclésiastique, venait le seconder.

Les écoles juridiques médiévales allaient ainsi placer l'interprétation de la maxime *res iudicata pro veritate accipitur* sur le terrain de la preuve, liant alors la chose jugée à la question des voies de recours. Il n'est d'ailleurs pas interdit de penser que les premiers glossateurs, eu égard à une certaine passion pour la structure du raisonnement syllogistique appliquée au jugement, aient vu le procès comme un instrument de conquête de la vérité. Néanmoins il faudra du temps pour que cette idée se fonde sur la maxime précitée.

Les «Décrétales» posaient clairement la règle que la *res iudicata* résultait de la seule sentence qui n'était plus susceptible d'appel¹¹, soit parce que l'appel n'avait pas été interjeté contre elle dans les délais prescrits, soit parce que la sentence n'avait pas fait l'objet d'un appel.

Cette solution devait dès lors être constamment répétée et recopiée, notamment en la reprenant de Tancredè, canoniste bolognais des dix premières années du XIII^e siècle, à partir de son *Ordo iusticiarius*¹². La confusion fut bientôt faite entre *res iudicata* et sentence inattaquable, dès lors qu'aux yeux des jurisconsultes médiévaux, la *res iudicata* qui résulte d'une sentence inattaquable par la voie de l'appel *transit in rem iudicatam*, ce que l'on rend par «passe en force de chose jugée». C'est ainsi que la *res iudicata*, tout en continuant de désigner ce qu'elle était au sens romain, paralysant toute demande concernant une chose déjà tranchée par l'*exceptio rei iudicatae*, allait cependant se spécialiser sur la seule sentence devenue irrévocable.

10. L. CHARONDAS LE CARON, *Le Grand Coustumier de France*, Paris, 1598, Liv. III, chap. IX, p. 348.

11. Cf. X, Cum inter vos, II, 27, cap. XIII.

12. Cf. Fr. BERGMANN éd., *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, Göttingen, 1842.

Bartole semble avoir voulu s'opposer à ce courant, mais sa critique perdait en vigueur du fait qu'il tendait lui-même à confondre la sentence avec l'effet qu'elle produit et, en conséquence, dénommait *res iudicata* tout type de sentence : «*Sententia antequam transeat in rem iudicatam, dicitur res iudicata. Postquam transivit in rem iudicatam, assumit auctoritatem rei iudicatae et dicitur perfecta et irrevocabiliter res iudicata*»¹³.

Reste que cette volonté ne rencontra pas d'écho et que ce fut bien la solution inverse qui triompha : du caractère indiscutable de la solution donnée par le juge à un litige, on passa au caractère procédural d'inattaquabilité de la sentence, liant par conséquent règle de fond et règle de procédure. Il faut relever que le droit canonique contemporain porte toujours ces mêmes idées¹⁴.

A cette confusion devait aussi s'ajouter celle qui affectait tous les effets des sentences, rangés sous le même terme générique d'effet de la chose jugée.

On pouvait déjà relever dans le *Codex Iustiniani* une tendance à procéder au rattachement de l'effet de la sentence à la chose jugée elle-même, et les juristes médiévaux devaient poursuivre dans le même sens, en n'opérant aucune différenciation entre effets du contenu de la sentence et effets de la sentence elle-même. On allait alors assister, de façon inévitable eu égard à l'angle d'attaque de la question, à ce qu'aux effets liés à l'expiration des voies de recours, on mêlât ceux qui sanctionnaient l'*exceptio rei iudicatae*.

13. Citation reprise de J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile — Essai d'une réglementation*, thèse dactyl., Paris, 1954, p. 39.

14. Cf. R. NAZ, *Traité de droit canonique*, t. IV, Letouzey, Paris, 1949, n° 612 : «*Dans le langage juridique, l'expression chose jugée désigne ce qui est décidé par une sentence irrévocable. Il est vrai que la voie exceptionnelle de l'action en nullité pour vice irréparable reste ouverte pendant 30 ans (délai réduit depuis à 10 ans). Mais l'utilisation de cette voie de recours étant fort rare par suite du nombre très limité des vices irréparables des jugements, l'usage a prévalu de tenir pour pratiquement irrévocables les jugements qui ne peuvent être attaqués par la voie ordinaire de l'appel. La chose jugée désigne donc un jugement irrévocable qui n'est pas susceptible d'appel*». Cf. également A. CANCE, *Le Code de droit canonique, commentaire succinct et pratique*, éd. Gabalda et Cie, t. IV, Paris, 1949, p. 296 et C. Jur. Can. de 1983, can. 1641 sq. et le commentaire dans *Code de Droit canonique annoté*, Cerf/Tardy, Paris, 1989, p. 917 sq.

Ce fut avec Tancrède que devaient se fondre deux idées qui, jusqu'alors, avaient été traitées de façon séparée par les glossateurs. Pour Tancrède, le fondement de la maxime *res iudicata pro veritate accipitur* se fondait sur ce que la sentence *facit ius*, alors qu'entre les parties, *res iudicata praeiudicat veritati*¹⁵. Voici ce qu'écrivit Tancrède : «*Effectus sententiae sive rei iudicatae est, quoniam jus facit inter eos inter quos lata est, ex quo transit in rem iudicatam etiamsi lata sit contra ius litigatoris (...) quia res iudicata praeiudicat veritati ut Dig., de reg. jur. l. res iudicata 207. Item eius effectus, ut non rescindatur praetextu calculi vel malae computationis, nisi error calculi in sententia exprimatur. Item effectus rei iudicatae est, ut ex sententia indulgeatur actori actio de re iudicata, vel in factum. Et reo datur exceptio ex sententia pro eo data*»¹⁶.

Tancrède a réuni ici toutes les notions, affirmant d'une part que la chose jugée préjuge de la vérité, et que, d'autre part, la sentence qui fait le droit entre les parties a une force obligatoire ; cependant, la chose jugée est aussi la conséquence d'une péremption des délais d'appel, provoquant alors désaisissement du juge ; enfin, la chose jugée a pour effet positif de concéder au demandeur une action (*de re iudicata* ou *in factum*), alors que le défendeur se voit reconnaître par symétrie, et ce contre la règle romaine, la traditionnelle *exceptio rei iudicatae*.

Pourtant, les interprétations qui avaient été données aux dispositions du *Codex Iustiniani* tendaient plutôt à distinguer entre deux types de décisions :

— celles qui avaient pour effet de *facere ius*, jouant par rapport aux tiers ;

— celles qui, fondées sur la présomption de vérité, se limitaient aux seules parties ; or celles-ci étant les plus nombreuses, la règle qui leur était appliquée a pris valeur de principe général, ramenant l'*actio iudicati* et l'*exceptio rei iudicatae* à une unique idée, savoir *res iudicata pro veritate accipitur*¹⁷.

15. Il faut cependant relever que ce ne fut pas Tancrède qui énonça le premier une idée qu'il ne faisait que reprendre à la doctrine antérieure. A ce sujet, cf. l'article très complet de G. PUGLIESE, «*Res iudicata pro veritate accipitur*», dans *Rivista di diritto e di procedura civile*, 1967, p. 518.

16. Ordo iusticiarius, Part. IV, tit. I, § 6.

17. Cf. G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 523-525.

Ce furent ces confusions et ces exagérations qui devaient conduire à ce que Scaccia formulait en ces termes : «*Res iudicata dicitur illa, quae habetur pro veritate (...) et ideo facit ius, quod non potest retractari, quia facit de albo nigrum, originem creat, equat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum quoad iuris effectum, licet non essentialiter, mutat et ideo non est currandum qualiter se habeat veritas*»¹⁸.

Nous nous trouvons ainsi de plain pied dans le domaine de la présomption *iuris et de iure*¹⁹.

18. S. SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Venise, 1629, glossa 14, quaest. 2 n. 7.

19. Apparaissant chez les glossateurs et les canonistes au XII^e, développé au XIII^e, tout un système de preuves, d'abord purement doctrinal, puis progressivement imposé dans la pratique en Italie dès le XIII^e, plus tard en Espagne, en France et dans l'Europe continentale, sous réserve du maintien de coutumes par la suite, était élaboré, qui se fondait sur une classification des preuves du droit romain, selon la méthode scolastique, en *gradus*. On se trouvait ainsi face à une graduation, par ordre décroissant, qui partait des *probationes plenae*, puis par les *probationes semi-plenae*, rejoignait alors les *indicia*. Mais dès le XIII^e siècle, au-dessus de la *probatio plena* s'imposait une création canonique, lentement élaborée entre les IX^e et XIII^e siècles, le *Notorium* qui n'a pas à être prouvé. Le *Notorium* recouvre à son tour trois formes : le *Notorium praesumptionis*, le *Notorium iuris*, le *Notorium facti*. Voici comment le *Lexicon iudicium juris Caesarei simul et canonici* de Johann KAHN (en latin CALVINUS !), qui fut professeur à Heidelberg fin XVI^e, définit ces trois *Notoria* : «*Notorium praesumptionis quod est de evidētia juris vehementis praesumptum, ut paternitas filiatio, ubi non requiritur alia probatio nisi praesumptiones et conjecturae (...) Est ergo notorium praesumptionis evidētia rei evidenter a jure praesumpta*».

«*Notorium juris : est clara judicialis confessio, inconvincibilis probatio et irretractabilis definitio, de quo scilicet notorio qui damnatus est, vel in jure confessus. Et sic illud est duplex, videlicet per confessionem factam in jure, et per sententiam iudicis ...*».

«*Notorium facti scilicet quod commissum vel factum non dubitatur a populo, vel majori populi parte et per evidētia rei nulla potest tergiversatione celari, nec oportet omnes circumstantias facti esse notas (...) et illud notorium est triplex secundum triplicem distinctionem facti : quoddam est facti permanentis et continui, ut quod palatium est in urbe, id non eget probatione. Aliud est facti tanseuntis, ut quod quidam in publico occiditur coram populo. Tertium est facti interpellati, ut quia usurarius una die tenet mensam paratam, alia non vide plene*».

Il faut également relever que d'autres distinguaient entre *Notorium*, *Manifestum* et *Famosum*. Cf. P. DURAND de MAILLANE, *Dictionnaire de*

Cette insertion semble s'être réalisée dans la seconde moitié du XIII^e siècle avec Jacques de Révigny et Bartole. Toutefois ce dernier, qui allait en systématiser l'emploi, posait quelque restriction : si la chose jugée tient lieu de vérité, on ne peut que conclure qu'elle n'est pas la vérité ; aussi, dans certains cas, certes exceptionnels, peut-on toujours contester le jugement. «*Sed contra res iudicata habetur pro veritate. Si habetis pro veritate, non est veritas (...) Unde confessio tantum inducit praesumptionem iuris et de iure ut pro veritate habeatur (...)*»²⁰.

Le même Bartole, commentant D. XII, 6, 60 (*Julianus, de conditione indebiti*) observait : «*Posito quod sententia declaret quem non esse debitorem isto casu sententia facit ius, sed inducit praesumptionem iuris et de iure quod ita sit ; contra quam praesumptionem admittitur probatio solum per confessionem*»²¹.

Paolo di Castro devait énoncer cela de façon encore plus radicale : «*Nam aliud est dicere quod sententia facit ius, quia tunc inducit veritatem faciendo de aliquo nihil vel de nihilo aliquid, aliud est dicere quod habeatur pro veritate, quia tunc veritatem non inducit. Ideo contra sententiam admitteretur probatio in contrarium per confessionem partis*»²².

RÉCEPTION DE LA DOCTRINE ROMANO-CANONIQUE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Les matériaux que peut fournir la littérature juridique française à partir du XVI^e siècle sont dénués de toute ambiguïté. En effet, le thème de la chose jugée n'y est tout d'abord qu'incidemment abordé par les auteurs coutumiers, pour la simple raison qu'en tant que tel, il est ignoré des textes de nos coutumes. Ce furent donc aux seuls matériaux romains, ou plutôt romano-canoniques, que les auteurs recoururent, montrant ainsi en quelque

droit canonique et de pratique bénéficiale, 3^e éd., Lyon, 1776, t. IV, vbis Notoire, notoriété, p. 146-147.

20. *Lectura super codice*, Paris, 1519, *De confessis*, f^o 362.

21. Bartole entendait analyser la solution que donnait Julien au fragment de Paul selon lequel le débiteur injustement absous, restait néanmoins débiteur naturel.

22. *In primam Dig. veteris partem Commentarium*, Venise, 1575, *De conditione debiti l. Julianus*, n. 21.

sorte comment notre jurisprudence se trouvait appliquer les principes du droit romain. Ce fut alors tout un travail d'assimilation qui se produisit et qui ne devait se conclure qu'avec la synthèse offerte par Pothier. La prédominance des romanistes fut ainsi essentielle, d'autant que le thème de la chose jugée n'était abordé qu'en latin. Domat fut le seul parmi ceux-ci à reprendre en français les quelques données qu'il consacrait à la matière dans ses «Loix civiles».

Néanmoins, quelques principes inconnus du droit romain allaient également jouer un certain rôle dans ce domaine, à titre de particularités nationales, pourrait-on dire : d'abord, la règle posée par l'article 121 de l'Ordonnance de 1629 concernant l'autorité à accorder aux jugements rendus à l'étranger, puis le rôle joué par la maxime «*Voies de nullités n'ont lieu en France contre les jugements*». Examinons-les brièvement pour en montrer les conséquences.

Alors que l'Ordonnance de 1629 n'était enregistrée que par les parlements de Toulouse, Grenoble, Bordeaux et Rouen, son article 121 fut toujours reçu et cité comme ayant force de loi dans tout le royaume jusqu'à la Révolution française. Cet article posait : «*Les jugemens rendus, contracts ou obligations receües ez Royaumes et Souverainetez estrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ny exécution en nostredit Royaume ; ains tiendront les contracts lieu de simples promesses, et nonobstant les jugemens, nos sujets contre lesquels ils auront esté renduz, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos Officiers*»²³.

La doctrine se maintint donc que, d'une part, les jugements étrangers n'étaient pas exécutoires en France, car les parlements devaient leur décerner un *pareatis* ou *exequatur*, sans examiner au fond la sentence rendue à l'étranger ; d'autre part que, pour les sujets français, ces jugements ne bénéficiaient pas de l'autorité de chose jugée, aussi avait-on toute liberté pour faire redébattre des litiges déjà jugés à l'étranger, mais devant les juges français cette fois-ci²⁴.

23. Texte repris de *Ordonnance du Roy Louis XIII*, Toulouse, 1633, p. 87.

24. Ne voit-on pas l'avocat général d'Aguesseau conclure en 1749, à l'occasion d'un semblable situation : «*Les jugemens rendus en pays étrangers contre un Français, en faveur d'un étranger, n'ont point d'exécution en France. Le Français peut de nouveau discuter l'affaire et la soumettre à des juges nationaux ; mais les jugemens rendus entre deux étrangers en pays étranger*

Par ailleurs, on trouve la maxime «*Voies de nullités n'ont point de lieu*» dans les «*Institutes coutumières*» de Loysel²⁵. Dans le droit français, cette maxime devait avoir pour conséquence que, contrairement au droit canonique qui autorisait une possibilité de faire annuler la sentence, même devenue définitive, par la voie de la *querela nullitatis insanabilis* ou par la voie de la *restitutio in integrum*, le droit français ne devait retenir du droit canonique que l'idée qui liait chose jugée et inattaquabilité de la sentence, le juge ne pouvant pas même réduire la sentence, une fois rendue, *ratione paupertatis*. Notre droit ancien admettait bien cependant quelques voies extraordinaires de recours, qui furent à l'origine de la requête civile ou de la cassation²⁶, mais elles ne furent jamais assimilées aux voies extraordinaires offertes par le droit canonique ; la sentence était en conséquence réputée définitive après épuisement de l'appel, nonobstant la possibilité de recourir à ces voies extraordinaires.

Ces deux particularités nationales mises à part, on ne peut trouver sous l'Ancien Régime, qu'une seule disposition législative consacrée au thème de la chose jugée, sanctionnant non l'autorité, mais simplement la force de chose jugée : en effet, dans son article 5 du titre XXVII, l'Ordonnance civile de 1667 dispose que «*Les sentences et jugemens qui doivent passer en force de chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps ou que l'appel ait été déclaré péri*»²⁷.

peuvent être mis à exécution en France avec la simple permission du juge, parce que l'Ordonnance qui défend l'exécution des jugemens étrangers en France, n'a dû établir ce privilège qu'en faveur des Français » ; cité dans C. GRIOLET, *op. cit.*, p. 97). Cf. également J.-B. DENISART, *Collection de jurisprudence*, Paris, 1783-1807, vbo *Pareatis*, t. III, n. 25, p. 577, qui semble se référer à une affaire similaire qui avait vu le chancelier être sollicité d'accorder à l'Electeur de Bavière un *pareatis* pour l'exécution en France d'un jugement émanant de la Chambre des Finances de Munich à l'encontre du Prince de Grimbergen qui était un régnicole : le *pareatis* avait en conséquence été refusé, l'Ordonnance de 1629 faisant loi en la matière.

25. Cf. Liv. V, tit. 2, maxime 5, éd. 1607, Paris, p. 61.

26. Cf. V. PLASSARD, *Des ouvertures communes à la cassation et à la requête civile*, Paris, 1944, p. 38 sq.

27. Cf. D. JOUSSE, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'Aoust 1667*, Paris, 1769, t. II, p. 464.

Aux yeux des commentateurs, cette force est souvent confondue avec l'autorité de la chose jugée, rapportant à la force ce que dit le droit romain de l'autorité. Dans son «Dictionnaire de Pratique», Cl. J. de Ferrière définit la chose jugée comme suit, tout en manifestant quelque flottement en ce qu'il confond le jugement et son contenu : *«Choses jugées sont celles qui ont été décidées par des jugements rendus en dernier ressort (...) Il y a donc beaucoup de différence entre ce qu'on appelle sentence et ce que l'on nomme chose jugée. La sentence est la cause et la chose jugée est l'effet de la sentence ; car la sentence est la prononciation et la décision du différend qui est entre les parties, faite par le juge selon les formes requises ; mais la chose jugée est le jugement contre lequel on ne peut se pourvoir, quod proinde paratam habet executionem, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'à la mettre à exécution et qu'il faut y obéir»*²⁸.

Un autre arrêtiiste, Denisart, est aussi peu précis ²⁹ et dans un autre article, il procède même à une définition qui est à l'inverse de celle que posait Ferrière, en prenant la force pour l'autorité de la chose jugée, ce qui est bien difficile à concevoir dès lors que, formellement, une transaction est un contrat et non une sentence³⁰.

On peut terminer ce court panorama avec Guyot qui, dans son «Répertoire», donne trois acceptions pour définir la chose jugée :

— c'est d'abord *«celle qui est décidée par un jugement en dernier ressort ou par une sentence dont il ne peut y avoir appel»* ;

— mais aussi : *«la jurisprudence qui résulte de l'uniformité de différentes décisions portées sur un même point de droit»*, ce qui correspond à notre conception de la jurisprudence des arrêts ;

— enfin, *«l'opinion d'équité que l'on doit avoir des décisions des juges, surtout celles qui sont rendues en dernier ressort. C'est dans ce sens-là que chose jugée est dite chose vraie : res judicata pro veritate habetur»*³¹. Dans cette dernière acception, l'autorité de la chose jugée n'est alors envisagée que comme accessoire.

28. *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1771, t. I, vbis Choses jugées, p. 290.

29. *Collection de décisions nouvelles*, Paris, 1771, t. I, vbo Chose jugée, p. 471, n. 1.

30. *Idem*, t. IV, vbo Transaction, p. 748, n. 3.

31. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1771, t. XI, vbo Chose, p. 5 et 14.

De toutes ces citations qui représentent bien l'idée que nos arrêstistes français peuvent exprimer au sujet de la chose jugée, on ne peut que dire qu'ils sont pour le moins peu clairs sur les concepts qu'ils mettent en oeuvre.

Si l'on se tourne maintenant vers la doctrine proprement dite, seuls deux noms émergent au-dessus du lot commun : ce fut tout d'abord Domat qui, de façon significative, allait faire resurgir, dans la seconde moitié du XVII^e siècle, la théorie de la *praesumptio juris et de jure* alors qu'elle semblait avoir été oubliée ; ce fut ensuite Pothier qui s'inscrivit en continuateur, puisqu'il devait aborder la question sous un même angle, en l'incluant dans son «Traité des Obligations», et non dans son «Traité sur la procédure civile».

Domat évoque le thème de la chose jugée sous le titre qu'il consacre aux «Preuves» en général : «*Les choses jugées tiennent lieu de vérité à l'égard de ceux avec qui elles sont jugées, s'ils n'ont point appelé ou s'il ne peut point y avoir d'appel*»³².

On retrouve une autre mention de la chose jugée un peu plus avant dans son oeuvre, sous le titre consacré aux «Présomptions» : différenciant les présomptions, se fondant sur celles «*qui sont autorisées par les loix et qu'il est ordonné de prendre pour preuve*», Domat cite à titre d'exemple la chose jugée en ces termes, «*ainsi les loix veulent qu'une chose jugée passe pour vérité*»³³.

Une telle affirmation montre que Domat fait totalement sienne l'idée que la chose jugée se substitue à la vérité et a, en quelque sorte, valeur d'institution qui met en place une fiction de vérité ; à ses yeux, à l'instar des commentateurs et de la glose, la force de la chose jugée dérive de la preuve irréfutable qu'elle donne de ce que la situation de l'une des parties par rapport à l'autre restait exactement comme la sentence l'avait vérifié et établi. Une telle position semblait alors renouer avec un passé que la doctrine européenne tenait pour révolu, et elle fut, à cet égard, quasi unique.

Au XVIII^e siècle, les auteurs étrangers à la France recherchaient la justification de la chose jugée en dehors du champ de la preuve, évitant surtout de l'évoquer en termes de présomption *juris*

32. *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1771, Liv. III, tit. VI, sect. I, n. 9, p. 206.

33. *Idem*, sect. IV, n. 5, p. 213.

et de jure, tels Voet pour la Belgique, Heinecke et Boehmer en Allemagne, ou encore Richeri en Italie³⁴.

Il reste que cette position, somme toute bien isolée, de l'école française, devait recevoir un appui considérable à travers les analyses que proposait Pothier, qui devaient être transposées sans changement dans le Code civil.

Pothier devait en effet réaliser une synthèse entre les divers courants qui avaient traversé la doctrine et la pratique françaises, se fondant sur le droit romain tel qu'interprété par les glossateurs, les commentateurs de l'Ordonnance de 1667 et les données fournies par le droit canonique. Il a traité de l'autorité de la chose jugée comme d'une présomption *juris et de jure* typique et c'est donc à ce titre qu'il la rattacha aux obligations, plus spécialement au domaine de la preuve de ces dernières. Son analyse s'articulait autour de trois thèmes : condition de la chose jugée, effets de l'autorité de la chose jugée et éléments constitutifs de la chose jugée.

Conditions de la chose jugée

Pothier commence par traiter des jugements qui bénéficient de l'autorité de la chose jugée et de ceux qui, étant nuls, ne l'ont pas, en retenant deux critères. Tout d'abord un critère d'ordre matériel : le jugement doit être définitif, contenant une condamnation ou un congé de demande, ce qui exclut les jugements interlocutoires et provisoires. Puis un critère formel et de caractère procédural : en proposant ses analyses, Pothier usait ici d'un vocabulaire portant quelque flou conceptuel, puisqu'il parlait d'autorité de l'autorité de la chose jugée en s'appuyant sur l'Ordonnance de 1667 qui n'en évoque que la **force**, pour énumérer ensuite les catégories de jugements passant en force de chose jugée. Toutefois ici, à l'inverse de ce que postulait le droit canonique, Pothier ne rattachait pas l'autorité de la chose jugée aux seuls jugements passés en force de chose jugée : il traitait des jugements dont il n'y a pas appel comme de ceux qui en sont toujours susceptibles, mais contre lesquels appel n'a pas été interjeté et qui, par conséquent, bénéficiaient d'une espèce d'autorité de chose jugée, bien sûr aussitôt détruite dès que l'appel intervenait. On peut relever qu'à cet égard, la jurisprudence moderne fait la même analyse pourtant quelque peu contradictoire.

34. G. PUGLIESE, dans *Res iudicata...*, *op. cit.*, fournit plusieurs extraits de leurs oeuvres auxquels on se contente de renvoyer, p. 545 sq.

Effets de l'autorité de la chose jugée

Pothier devait les énoncer en reproduisant mot pour mot les *Ordines iudicarii* médiévaux, affirmant l'idée traditionnelle de la présomption de vérité avec son effet négatif et son effet positif : «*L'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement, et cette présomption étant juris et de jure, exclut toute preuve du contraire*»³⁵.

Eléments constitutifs de la chose jugée

Pothier posait ici un principe que le Code civil devait textuellement reprendre quand il écrivait que «*l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du litige*»³⁶. Cependant, il limita son examen de la question à une seule hypothèse, celle de la demande qui reproduit une demande précédente à propos de laquelle un jugement était déjà intervenu : en un tel cas, l'identité devait opérer en fonction de quatre éléments qu'il puisait aux sources romaines, notamment au Dig., au titre *De exceptione rei iudicatae*, savoir, l'identité de choses, de cause, de qualités et de personnes.

Identité de choses, ou d'objet, avec les mêmes tempéraments que posaient déjà les jurisconsultes romains (notamment en ce qui concerne les accessoires, les fruits et produits, les intérêts du capital, tous cas dans lesquels joue la règle *Pars est in toto*.)

Identité de cause, pour laquelle Pothier reprend Paulus : «*Si l'on peut avoir différentes créances d'une même chose, on ne peut au contraire qu'avoir un seul et même droit de propriété d'une même chose*»³⁷, ce qui revient à dire qu'en matière réelle, l'identité de cause n'est pas exigée, à moins que le demandeur ne se fonde sur un mode d'acquisition déterminé, correspondant alors à la *Causa expressa* des Bartolistes.

Identité de la qualité des personnes : dans son examen de cette question, Pothier ne pose ici aucune définition, se bornant à se rattacher aux conditions objectives de l'*exceptio*. Il n'a d'ailleurs

35. *Traité des Obligations*, dans SIFFREIN éd., *Oeuvres*, Paris, 1821, t. II, part. IV, chap. III, art. III, n. 886, p. 283-284.

36. *Ibidem*, art. IV, n. 889, p. 285.

37. *Ibidem*, art. IV, § 2, n. 895, p. 291.

fourni qu'un seul exemple, celui de la sentence passée en force de chose jugée à l'égard d'un tuteur ayant agi au nom du mineur et qui lui est inopposable dès lors que ce même tuteur a agi en son nom personnel. Par contre, si la question est la même, quand bien même elle serait réclamée par une action différente par un tuteur agissant toujours en qualité de tuteur, il se verrait opposer l'exception.

Identité des parties au litige : «*l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu, elle ne donne aucun droit ni à des tiers ni contre des tiers étrangers*»³⁸. C'est ce que l'on définit aujourd'hui comme constituant l'effet relatif de la chose jugée. Pothier s'attacha alors surtout à décrire les effets de la chose jugée à l'égard des successibles et de leurs ayants cause, envers leur auteur : l'identité subjective est réalisée à l'égard de tous les sujets passifs d'un rapport d'obligation dès lors que le jugement est rendu contre l'un d'entre eux s'il y a indivisibilité, solidarité ou cautionnement.

Le Code civil français reprenait à Pothier ses analyses, et même jusqu'à ses termes. L'article 1350 énonce les quatre catégories de présomptions établies par la loi, parmi lesquelles se trouve la chose jugée, reprenant en cela la doctrine qu'avait revivifiée Domat qui renouait avec les présomptions *juris et de jure*. L'article 1351 pose le principe de la relativité de la chose jugée, se modelant sur les analyses proposées par Pothier.

On peut alors dire que le Code civil consacrait une institution traditionnelle, réunissant les deux maximes latines *res iudicata pro veritate accipitur* et *res inter alios iudicata*. Cependant, l'article 1351 se trouve envisager surtout de façon négative l'autorité de la chose jugée, en se fondant essentiellement, comme les commentateurs se plairont à le souligner, sur l'idée d'un apaisement définitif des contestations.

Il reste que l'institution ne fut jamais consacrée qu'au civil, puisque l'article 360 du Code d'Instruction criminelle qui porte interdiction de poursuivre à nouveau le même fait, se rattache, selon Merlin, à la maxime *non bis in idem*³⁹.

38. *Ibidem*, art. V, n. 900, p. 294.

39. Cf. Ph.-A. MERLIN [DE DOUAI], *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3^e éd., Paris, 1807, t. II, vbo Chose jugée, § XVII, p. 347.

Les principes posés par le Code civil français devaient influencer sur les codes italiens promulgués avant l'unification⁴⁰, le Code hollandais ainsi que le Code espagnol qui introduisaient tous deux une voie qui n'avait pas été jusqu'alors suivie dans ces pays⁴¹.

40. Notamment le Code des Deux Siciles de 1819, art. 1304, c. 3° ; Code de Parme et Piacenza de 1820, art. 2314, c. 4° ; Code Albertin de 1837, art. 1463, c. 3° et 1464.

41. C. civ. hollandais de 1838, art. 1953 ; C. civ. espagnol de 1889, lib. IV, cap.V (De la prueba de las obligaciones), sez. VI (De las presunciones).