

rie, la question n'a pas été débattue devant le premier juge; il est donc impossible qu'il l'ait décidée. Il l'a décidée implicitement, dit-on : en m'abjugeant le tout, il m'a abjugeé toutes les parties de ce tout. Ici est le nœud de la difficulté. Il y aurait décision implicite si, en m'abjugeant le tout, la décision avait pour conséquence nécessaire de m'abjurer toutes les parties qui composent le tout. Or, cela n'est point. Je puis, en effet, ne pas être propriétaire de tout le fonds et avoir la propriété du tiers ou d'une prairie qui en dépend. On insiste et l'on dit que si le second juge m'adjuge le tiers ou la prairie, il m'adjuge ce que le premier m'a abjugeé. C'est le même argument sous une autre forme. Nous répondons : Non, le premier juge ne m'a pas abjugeé le tiers ni la prairie, car je ne les lui ai pas demandés; si je les lui avais demandés, il y aurait eu deux questions : Suis-je propriétaire de tout le fonds? et si je ne suis pas propriétaire de tout le fonds, suis-je au moins propriétaire du tiers ou de la prairie? Si telles avaient été mes conclusions, le juge aurait certainement pu m'adjuger le tiers ou la prairie, tout en m'abjugeant le tout. Donc il n'y a pas identité entre les deux demandes et, par conséquent, le second juge peut m'adjuger la seconde, bien que le premier juge m'ait abjugeé la première (1).

**59.** La critique de Marcadé n'a pas trouvé faveur; il combattait un principe absolu; or, dit-on, le principe n'a jamais été entendu, en droit romain, dans ce sens absolu (2). Nous laissons le droit romain de côté; ce que nous avons dit de la doctrine suffit et au delà, car la vie réelle ignore les débats que l'on va chercher dans les textes du Digeste. Nous nous bornons à répondre à une objection faite par MM. Aubry et Rau et reproduite par M. Colmet de Santerre.

Marcadé dit que le jugement qui rejette une demande en paiement de 20,000 francs ne s'oppose pas à la réclamation ultérieure de 2,000 ou de 1,200 francs en vertu

(1) Comparez Marcadé, t. V, p. 167-169, nos III et IV de l'article 1351.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 495 et note 63.

de la même cause. C'est une erreur évidente, disent les éditeurs de Zachariæ, parce que celui qui réclame l'exécution intégrale d'une obligation engage la contestation sur toutes et chacune des quantités qui la composent. Cette critique nous paraît aussi trop absolue; nous croyons inutile de rentrer dans le débat. MM. Aubry et Rau ajoutent que le système de Marcadé entraînerait la possibilité d'une série indéterminée de demandes fondées sur la même obligation; ce qui est manifestement contraire à la raison d'utilité publique en vue de laquelle la chose jugée a été établie. L'objection se place exclusivement sur le terrain de l'intérêt général, qui demande que les procès ne soient pas inutilement multipliés. Est-ce bien là la théorie de la chose jugée? Je puis intenter vingt actions ayant toutes le même objet, pourvu que je les fonde sur une cause différente. Donc le principe de la chose jugée n'a pas pour but de prévenir la multiplicité des procès, il a pour but de prévenir un nouveau procès sur une chose qui a déjà été jugée. Si la chose n'a pas été jugée, il y a un autre intérêt, individuel tout ensemble et général, qui exige qu'on admette les actions successives que la même partie intente contre le même défendeur; cet intérêt est le plus précieux des droits, c'est le droit de défense (n° 39). Dans la doctrine que nous combattons, on sacrifie cet intérêt et ce droit à l'utilité publique; à notre avis, il n'y a pas d'utilité publique contre le droit.

**60.** Nous avons hâte d'arriver à la jurisprudence. La seconde demande peut être identique avec la première, quoique le montant pécuniaire des deux litiges ne soit pas le même. Par un premier jugement, des associés commanditaires sont condamnés à payer le quart alors échu des actions pour lesquelles ils avaient souscrit. Le jugement est fondé sur ce que l'acte de société en commandite était valable et obligatoire pour tous. Nouvelle demande tendante au paiement des trois autres quarts des mêmes actions contre les mêmes associés. L'arrêt opposa aux défendeurs la chose jugée. Pourvoi en cassation. La cour décida que la seconde demande était la même, quoique la somme fût différente, car l'objet de cette demande était

l'exécution du même contrat, l'acquit de la même dette; les défendeurs renouvelaient donc, à une seconde échéance, la prétention de ne pas devoir qui avait été rejetée lors de la première; par conséquent, ils remettaient en question ce qui avait été jugé. De là suit que l'arrêt attaqué avait fait une juste application de l'article 1351, en repoussant cette prétention par l'autorité de la chose jugée (1).

61. Duranton, qui admet aussi le principe que le jugement sur le tout fait chose jugée quant aux parties qui composent le tout, donne l'exemple suivant. Après avoir prétendu d'une manière générale que vous vous êtes interdit de bâtir sur tel terrain et avoir succombé, je prétends ensuite que vous n'avez pas le droit de bâtir à moins de vingt pieds de mon fonds. Il y a chose jugée, dit Duranton. Un cas analogue s'est présenté devant la cour de cassation, qui l'a décidé en sens contraire.

Une vente de terrain est faite avec la clause suivante: « à la charge qu'il ne pourra être fait aucun bâtiment sur ledit terrain que du côté de la rue Richelieu, sans qu'il puisse être élevé ni construit d'autres bâtiments sur le surplus dudit terrain, notamment du côté du jardin des vendeurs, pour quelque cause ou sous quelque prétexte que ce puisse être. » Une nouvelle rue ayant été ouverte, les ayants cause de l'acquéreur se crurent affranchis de la servitude et prétendirent qu'ils avaient le droit d'élever sur la rue Vivienne les constructions qu'ils jugeraient convenables. La cour de Paris rejeta ces prétentions: « Le percement de la rue nouvelle qui borde l'héritage servant donne bien au propriétaire le droit de faire dans son mur de clôture des ouvertures et des vues sur ladite rue, mais l'ouverture d'une rue n'éteint pas la servitude qui grève l'héritage riverain et ne lui donne, par conséquent, pas le droit d'élever des constructions sur son terrain dans l'alignement de la même rue. » Postérieurement le propriétaire du fonds servant éleva des boutiques dans la hauteur de l'ancien mur de clôture. Nouveau procès. Le propriétaire du fonds dominant sou-

(1) Rejet, 20 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 112).

tint qu'il y avait chose jugée quant à toutes espèces de constructions que l'on voudrait élever sur le fonds grevé de la servitude de ne pas bâtir. La cour de Paris décida qu'il n'y avait pas chose jugée. Dans la première instance, dit la cour, il s'agissait de l'affranchissement de toute servitude; le propriétaire servant réclamait le droit d'élever des constructions autres que le mur de clôture qui existait à cette époque. Dans l'instance actuelle, il s'agit uniquement de l'exploitation utile de ce mur de clôture, en lui donnant de la profondeur et en y pratiquant, sur la voie publique, des ouvertures de fenêtres et des boutiques, sans toutefois les surélever. La cour en conclut que l'objet des deux demandes n'était pas le même et qu'en conséquence il n'y avait pas chose jugée.

Pourvoi en cassation fondé sur la violation de l'article 1351. Le demandeur invoquait le principe traditionnel que la partie est comprise dans le tout; il en concluait, avec la doctrine, qu'il y a chose jugée lorsque, dans une seconde instance, on demande une partie seulement de ce que l'on avait demandé d'abord. Il invoquait encore la raison qui a fait établir l'autorité de la chose jugée, c'est qu'il faut mettre une fin aux procès. Or, de quoi s'agissait-il dans la première instance? De constructions à élever sur un terrain grevé de la servitude de ne pas bâtir. De quoi s'agit-il dans la seconde instance? De constructions aussi, quoique moins considérables; on demande donc le moins après qu'il a été décidé que l'on n'avait pas droit au plus, le droit moindre est compris dans le droit le plus considérable; donc l'arrêt qui rejette celui-ci rejette implicitement celui-là.

La cour de cassation décida qu'il n'y avait pas chose jugée. Nous transcrivons le considérant, parce qu'il pose un principe qui, s'il n'est pas formulé dans les mêmes termes que le nôtre, nous paraît néanmoins identique au fond: « La demande générale par laquelle on réclame un droit absolu et sans bornes est tout à fait différente de la demande spéciale, par laquelle on réclame un droit déterminé *distinct du premier* et dont il n'a été nullement question à l'occasion du premier arrêt. » De la la cour

conclut que la disposition générale du premier arrêt qui rejette la *demande générale* ne rejette nullement la *demande spéciale*, à l'égard de laquelle les parties n'ont rien réclamé et le juge n'a rien jugé (1).

Marcadé invoque cet arrêt à l'appui de sa doctrine. MM. Aubry et Rau disent qu'il est étranger à la question du *total* et de la *partie*. En effet, la cour de cassation a évité de se servir de la terminologie traditionnelle; au lieu de parler du *total* et de la *partie*, elle parle d'une disposition *générale* et d'une disposition *spéciale*. N'est-ce pas par respect pour la tradition et pour ne pas se mettre en opposition avec la doctrine généralement reçue? En réalité, il s'agissait d'une seule et même servitude, de celle de ne pas bâtir; cette servitude est plus ou moins étendue, elle comporte donc un plus et un moins; la prohibition de bâtir peut être absolue, elle peut être restreinte. Or, que disait le premier arrêt? Il décidait que la prohibition était absolue, ce qui implique même la servitude de ne pas bâtir jusqu'à telle hauteur. Et que décidait le second arrêt? Que le propriétaire du fonds servant pouvait élever des boutiques jusqu'à la hauteur du mur de clôture. Le premier, en décidant que la prohibition était totale, comprenait la prohibition partielle, si l'on admet la théorie traditionnelle. Vainement s'attachait-on à la disposition du premier arrêt qui déclarait que le propriétaire servant pouvait pratiquer des ouvertures dans son mur de clôture; il avait ce droit, puisqu'il était riverain d'une rue; mais autre chose est d'ouvrir des portes et des fenêtres, autre chose est de bâtir.

Si les juges n'ont pas appliqué, dans l'espèce, la théorie traditionnelle, c'est qu'ils ont reculé devant l'iniquité à laquelle elle aboutissait. Dans notre opinion, le premier arrêt laissait la question entière, en ce sens que tout en déclarant que le fonds était grevé de la servitude de ne pas bâtir, il n'empêchait pas le second juge de déclarer que la convention permettait de bâtir jusqu'à la hauteur

(1) Rejet, 30 mars 1837, sur le rapport de Lasagny (Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 173).

du mur en cas de percement de la rue; le plus peut être prohibé sans que le moins le soit. On peut, du moins, interpréter ainsi les jugements.

62. Dans l'opinion générale, le jugement qui porte sur le total implique la décision sur la partie, parce que la partie est contenue dans le tout. Que faut-il décider si le premier jugement statue sur la partie et que, dans une seconde instance, on demande le tout? Le tout n'est point compris dans la partie, répond Toullier; donc on peut, sans violer la chose jugée, demander, par une seconde action, le tout dont on avait, par une première action, demandé quelque partie (1). Cela paraît, en effet, logique quand on raisonne mathématiquement; mais la logique porte souvent malheur aux mauvaises causes, parce qu'elle en révèle la faiblesse; en poussant l'argumentation mathématique dans ses dernières conséquences, on s'aperçoit que le principe même est faux. L'opinion de Toullier est restée isolée. Duranton dit que, si c'est une part qui a d'abord été demandée et si l'on demande ensuite le tout, l'exception de chose jugée pourra être opposée. Car dès qu'il a été jugé que le demandeur n'avait pas même droit à une part de la chose, il a été jugé par cela même qu'il n'avait pas droit au tout, puisque le tout comprend la partie; or, s'il eût eu le tout, il aurait dû avoir la part qu'il avait d'abord demandée (2). En d'autres termes, et pour appliquer notre principe, il faut dire que, si un premier jugement a abjugé au demandeur le tiers, un second jugement ne peut lui adjuger le tout, puisqu'il déciderait que le tiers, que le premier juge a déclaré ne pas appartenir au demandeur, lui appartient; il y aurait donc contradiction entre les deux décisions, ce qui prouve que la seconde viole la chose jugée par la première.

Il y a un arrêt dans le sens de l'opinion générale. Une veuve remariée cède avec son second mari, en qualité de tutrice et de cotuteur d'un enfant du premier lit, les droits que leur pupille avait dans les successions de son père et de son frère consanguin. En exécution de cette ces-

(1) Toullier, t. V, 2, p. 126, n° 153

(2) Duranton, t. XIII, p. 489, n° 464 Aubry et Rau, t. VI, p. 496, n° 26.

sion, le cessionnaire réclama certains objets mobiliers qui y étaient compris. Le tribunal, se fondant sur la nullité de la cession, le débouta de sa demande. Par une nouvelle action, le cessionnaire demanda l'exécution entière de la cession. La cour de Limoges jugea qu'il y avait chose jugée; il est vrai que le premier juge n'avait statué expressément que sur les choses particulières qui étaient l'objet du litige, mais, en consacrant l'une des conséquences nécessaires de la nullité de la cession, il statuait implicitement sur l'intégralité du droit réclamé par le demandeur. Dans notre opinion, la chose jugée est également évidente. Si le second juge avait adjugé la demande tendant à l'exécution intégrale de la cession, il aurait décidé que le cessionnaire avait droit à tous les objets compris dans la cession, donc aux objets que le premier juge lui avait abjugés. Il y aurait donc eu contradiction entre les deux décisions, c'est dire que la seconde eût violé la chose jugée par la première.

ARTICLE 2. La même cause.

N° 1. DÉFINITION.

**63.** La deuxième condition exigée par l'article 1351 pour qu'il y ait chose jugée, c'est que la demande soit fondée sur la même *cause*. Qu'entend-on par *cause*? Le code ne définit pas le mot; de là de grandes difficultés dans l'application. Comme il s'agit d'une matière traditionnelle, on recourt naturellement à la tradition. Mais la tradition ne fait qu'obscurcir le débat. Pothier ne dit pas ce que c'est que la cause; il établit une différence entre les actions réelles et les actions personnelles(1); or, tous les auteurs s'accordent à dire que cette distinction, empruntée au droit romain, ne reçoit plus d'application dans notre droit français. Cela prouve déjà que la tradition est un mauvais guide dans cette matière.

On lit dans un arrêt qui constate la tradition française : « Au milieu des incertitudes qu'offrent les déci-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 894

sions nombreuses de l'ancienne jurisprudence sur cette matière, il est pourtant trois règles que l'on peut poser pour résoudre les exceptions de chose jugée qui concernent les actions en délaissement. » Ainsi la cour de Montpellier ne trouve pas de définition, pas de principe applicables à toutes les actions; elle établit seulement quelques règles pour les demandes en délaissement; encore ces règles sont-elles contestables. En premier lieu, un titre qui n'existait pas lors de la première instance constitue une cause nouvelle. En deuxième lieu, si la première demande en délaissement a été formée en vertu d'un titre déterminé, elle s'identifie et se confond avec lui et se circonscrit dans le titre lui-même; d'où suit qu'un titre autre, bien que préexistant, constitue une cause différente. En troisième lieu, si la première demande a été formée d'une manière vague et générale, sans détermination d'aucun titre particulier, il est vrai de dire que tous les droits du demandeur sont remis en jugement (1). Que de distinctions et que de doutes! Et il ne s'agit encore que d'une seule espèce d'actions. Que dire des actions personnelles? Conçoit-on que, pour une seule et même condition, il y ait des principes différents? Où trouver un appui et une autorité pour ces distinctions?

Consultons les auteurs. Le plus exact définit la cause en ces termes : « C'est le fait juridique qui forme le fondement *direct et immédiat* du droit ou du bénéfice légal que l'une des parties fait valoir par voie d'action ou d'exception (2). » Cette définition implique une distinction entre la cause *indirecte* et la cause *directe*, entre la cause *immédiate* et la cause *médiate* ou *éloignée*. La distinction remonte au jurisconsulte Neratius. Nous dirons plus loin les conséquences que l'on en déduit : la théorie de la cause *prochaine* (*proxima*) et de la cause *éloignée* (*remota*) est fautive, à notre avis, en ce sens du moins qu'elle ne donne pas un principe certain qui serve à décider les difficultés, aussi nombreuses sous l'empire du code qu'elles l'étaient dans l'ancienne jurisprudence. Nous croyons

(1) Montpellier, 15 février 1841 (Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 197, 1°)

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 498, § 769.