

ÉCOLE DE DROIT DE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DROIT FRANÇAIS

MM. DEBERG, docteur en droit, professeur de Droit Commercial.  
MORNIER, professeur de Droit Civil.  
ARRAUD, professeur de Droit Civil.  
MASSOL, professeur de Droit Romain.  
GUYOT, professeur de Droit Français, établi dans  
ses origines féodales et coutumières.

MUC, professeur de Droit Civil.  
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé.  
BOUBELLE, professeur de Droit Romain.  
ROXY, professeur de Droit Romain.

BOYER, professeur de Droit Romain.  
ARNAUD, professeur de Droit Romain.  
DELOME, agrégé, chargé d'un cours de Droit des gens.  
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.  
M. NOUVEL, Secrétaire, Agent comptable.

Président de la Thèse : M. NOUVEL.

MM. MASSOL, professeur.  
ROXY, professeur.  
BOYER, professeur.  
DELOME, agrégé.  
LAURENS, agrégé.

La Faculté a nommé pour examinateurs les personnes  
particulièrement désignées ci-dessous.

## FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

- MM. DUFOUR ✻, Doyen, professeur de Droit Commercial.  
MOLINIER ✻, professeur de Droit Criminel.  
BRESSOLLES ✻, professeur de Code Civil.  
MASSOL ✻, professeur de Droit Romain.  
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans  
ses origines féodales et coutumières.  
HUC, professeur de Code Civil.  
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé.  
POUBELLE, professeur de Code Civil.  
ROZY, professeur de Droit Administratif.  
BONFILS, professeur de Procédure civile.  
ARNAULT, professeur d'Économie politique.  
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.  
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.  
PAGET, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.  
CAMPISTRON, agrégé.  
BRESSOLLES (Joseph), agrégé.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. MOLINIER.

SUFFRAGANTS : )  
MM. MASSOL, professeur.  
ROZY, professeur.  
BONFILS, professeur.  
DELOUME, agrégé.  
LAURENS, agrégé.

---

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

20878

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

DROIT FRANÇAIS

# DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

EN MATIÈRE RÉPRESSIVE

DROIT ROMAIN

## DES PRÆJUDICIA

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

M. Jean de BOYSSON

AVOCAT

ATTACHÉ AU PARQUET DE LA COUR D'APPEL D'AGEN

TOULOUSE

PAUL PRIVAT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT

RUE TRIPIÈRE, 9

1877







Quibus qui a tenetis regniculis  
mili seriorum.

# DROIT ROMAIN

---

## Des Præjudicia.

### INTRODUCTION

I. — Dans toutes les législations, au sein de toutes les sociétés, les jurisconsultes auront à se préoccuper des questions préjudicielles : Quelles que soient, en effet, la marche de la procédure chez un peuple et la compétence de ses tribunaux, il se présentera toujours des questions à résoudre ou des déclarations à prononcer qui précéderont toute instance judiciaire ; ces préalables pourront avoir deux buts : ils se proposeront, soit d'éviter un procès en faisant déclarer qu'une prétention est bien fondée, alors même qu'elle n'est l'objet d'aucun litige, soit de préparer le succès d'une instance à venir en faisant prononcer l'exis-

tence d'un droit d'où découleront des conséquences telles qu'elles assureront à celui qui en bénéficiera l'avantage dans une contestation à naître.

II. — Les questions préjudicielles puisent une grande importance dans l'organisation judiciaire de Rome. La législation romaine présentait, en effet, une physionomie toute particulière : des juges spéciaux étaient affectés à chaque ordre de matière, et des actions diverses étaient données aux plaideurs suivant la nature du droit contesté. A cet état de choses s'ajoutaient le formalisme rigoureux d'une procédure partagée en plusieurs phases, la distinction du *jus* et du *judicium*, et enfin les limites étroites d'une organisation dans laquelle ne trouvaient point place tous les rapports du droit civil et parfois les plus importants. Dès le début d'un procès le plaideur devait suivre une ligne invariable tracée par la loi, et se plier, quelle que fût sa cause, aux formes diverses d'une instance qui, semblable aux engrenages d'un laminoir, le conduisait fatalement à une fin toujours strictement déterminée d'avance.

Cette rigidité mathématique de la procédure romaine nous facilitera les moyens de retrouver tous les cas utiles dans lesquels se produisaient ces préalables. Chaque instance, selon sa nature, étant, en effet, à Rome, parfaitement limitée, les moyens à employer et le résultat à obtenir étant exactement définis, nous n'aurons par suite nulle

peine, au milieu des nombreux *judicia* que présente la variété des formes usitées, à reconnaître celui que l'on a nommé *præjudicium*. Nous devons donc, avant toute chose, nous livrer à un examen sommaire de la procédure romaine : les délicatesses qui s'y rencontrent à chaque pas, l'originalité de ses règles sont d'ailleurs pleines d'intérêt.

III. — Ainsi que cela se présente chez tous les peuples enfants, l'expression de la pensée se traduit dans les premiers âges de Rome, par des formes symboliques, et les législateurs romains, suivant ce penchant naturel, avaient affectés à la procédure des formes extérieures correspondant, par leur signification, à la nature du droit qu'il s'agissait de faire constater. C'est ainsi que dans l'action de la loi *Sacramenti*, les plaideurs, pour montrer leurs prétentions rivales à un même objet, se livraient devant le préteur à une lutte simulée, ne prenant fin que lorsque le magistrat s'interposait entre les parties et les renvoyait devant des juges. Ce symbolisme forme un des caractères les plus saillants de cette législation.

Le Droit romain offre encore une institution qui lui est propre. Au sein d'un même peuple, dans une même société, une catégorie d'hommes, les *citoyens*, jouissaient de certains privilèges, de certains droits à l'exclusion de tous les autres membres de la même nation. Pour garantir ce

monopole à la classe privilégiée, le législateur avait assigné à la garantie de ces droits des formes spéciales dont les citoyens seuls pouvaient user.

Enfin le troisième trait caractéristique de la législation romaine, le trait le plus saillant peut-être, c'est l'union que l'on y découvre entre la pensée et sa forme, entre l'idée et sa reproduction extérieure. Cette union est si intime qu'il a été permis de dire en toute vérité que, chez les Romains, *la forme garde le droit*. Ce serait donc connaître cette législation que de connaître la théorie des actions. Le caractère multiple de celles-ci, leurs formes variées, soigneusement appliquées aux divers droits qu'elles concernent, a donné lieu à des divisions très-nombreuses que le cadre nécessairement restreint de notre étude nous permet à peine d'énumérer.

IV. — La première division, et la principale, (*la somma divisio*), ainsi que l'appelle Justinien, est la distinction entre les actions réelles et personnelles (*in rem et in personam*); elle remonte au temps les plus anciens du Droit romain, et repose sur le but que se propose le demandeur selon qu'il tend à faire exécuter une obligation née d'un contrat ou d'un délit, ou qu'il veut faire reconnaître et prononcer son droit sur une chose, indépendamment de toute obligation personnelle.

II Les actions sont encore *certæ* ou *incertæ*, suivant que la partie de la formule appelée *condemnatio* est relative ou non à une obligation née du commerce régulier de la vie civile.

*Bonæ fidei* ou *stricti juris*, suivant que le juge doit s'attacher au droit strict ou à l'équité et aux usages reçus entre gens probes et honnêtes.

Les actions sont encores *civiles* ou *prætorice*, selon qu'elles ont été établies par une loi ou données par le préteur.

Pour savoir dans quelle catégorie nous devons ranger les *præjudicia*, nous nous rattacherons à la nature du droit demandé dans l'*intentio* de la formule et à sa rédaction.

## CHAPITRE PREMIER

### ANCIEN DROIT

#### § 1. — *Notion générale des præjudicia*

V. — Dans un sens très-général, les *præjudicia* sont des moyens de procédure tendant à faire établir judiciairement un fait ou un rapport de droit. Toute instance a pour but ordinaire de soumettre au magistrat un fait litigieux et de demander au juge une condamnation prononçant

en faveur d'une des parties et contre l'autre. Il n'en est pas de même des *præjudicia*; ils ont pour but de faire reconnaître par un juge un rapport de droit dont on a intérêt à constater l'existence ou la non existence, et, pour nous servir de l'expression employée par un auteur, de faire délivrer un *certificat judiciaire* à la partie qui a soulevé l'instance; certificat sans effet extérieur immédiat, mais pouvant, dans l'avenir, produire des résultats utiles. Il n'y a ici qu'une seule partie, un demandeur, dont la prétention n'est pas fondée sur une obligation, mais sur un simple fait juridique dont il veut se faire déclarer bénéficiaire. Sans doute, il pourra avoir un contradicteur, mais cette partie adverse ne sera pas directement attaquée par lui comme étant son obligée à la suite d'un contrat ou d'un délit; elle ne sera partie agissante au procès que comme ayant un intérêt opposé à la prétention soulevée.

De là la double conséquence suivante pour la rédaction de la formule préjudicielle : 1° elle est réelle; 2° elle ne contient qu'une *intentio*.

Ces deux caractères ne se retrouvent, bien entendu, que dans les *præjudicia* les plus importants, constituant de véritables actions, car, en dehors de ceux-ci, on ne trouve plus une procédure bien définie des traits accentués, ni dans les moyens à employer, ni dans les résultats à obtenir.

VI. — Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'action réelle est opposée à l'action personnelle; elle en diffère en ce qu'elle tend à faire constater un droit absolu indépendant de tel ou tel défendeur, tandis que la seconde a pour but de faire reconnaître une obligation dont est tenu un individu déterminé, *le défendeur*. Dans l'action réelle, la prétention de la partie demanderesse s'exerce, pour ainsi dire, sur le corps lui-même de la chose litigieuse, et il n'y a un défendeur que par l'effet du concours de prétentions rivales sur le même objet. Dans l'action personnelle, au contraire, la prétention du demandeur est dirigée dès l'abord contre la personne même de son adversaire qu'il prétend tenu envers lui d'une obligation. Ces principes nous conduisent à exposer de quelle façon sera rédigée la formule préjudicielle. L'*intentio* ne doit pas contenir le nom du défendeur; le droit que celui-ci veut faire établir étant absolu, l'affirmation par laquelle il se manifeste doit également être absolue et indépendante de la personnalité d'un défendeur. C'est ce que nous trouvons implicitement renfermé dans plusieurs textes (1).

VII. — Le second trait saillant de la formule préjudicielle c'est qu'elle ne contient qu'une *intentio* (2); les autres parties de la formule ordi-

(1) Fr. 3. *De collec.*, 40-46.

(2) Gaius, IV, 44.

naire n'ayant pas ici leur raison d'être. La *demonstratio*, en effet, ne se trouve dans aucune action réelle, et la raison en est donnée dans un fragment de Paul (1). Cet auteur expose que, dans l'action personnelle, chaque obligation ayant une cause particulière, il est nécessaire que le demandeur explique la convention donnant naissance à l'obligation qu'il invoque : dans l'action réelle, dit-il, au contraire, le droit allégué étant absolu, peu importe le motif sur lequel est fondée la prétention « *la demande, à elle seule, embrasse toutes les causes.* » L'*intentio* se présentera donc dépouillée de l'exposition du fait juridique donnant naissance à la prétention émise, c'est-à-dire de la *demonstratio*.

La formule préjudicielle ne contiendra pas non plus de *condemnatio* : au préjudice de qui serait-elle, en effet, prononcée, puisqu'il n'y a pas actuellement de défendeur. S'il y a une partie adverse elle n'est nullement mise en cause par la partie demanderesse et restera étrangère à la déclaration prononcée par le juge, comme elle l'est à l'allégation du fait, allégation absolue par elle-même et ne se rapportant à aucun effet extérieur immédiat.

VIII. — Lorsque la procédure extraordinaire fut seule en usage, les *præjudicia*, tout en con-

(1) Fr. 44, § 2. *De except. rei jud.*

servant leur nature propre, se présentèrent sous la même forme que toutes les autres actions et furent portées devant le magistrat réunissant en ses mains l'*in jure* et l'*in judicio*; ils n'en conservèrent pas moins leur caractère particulier, et Théophile les appelle encore les actions dans lesquelles l'*intentio* seule existe (1).

IX. — Il n'y avait pas lieu à une sentence qui suppose de la part du juge le choix entre deux demandes contradictoires, deux prétentions rivales : la condamnation de l'une et pour l'autre le gain du procès. Le *præjudicium* étant une simple question posée, il n'interviendra qu'une simple déclaration, une réponse affirmative ou négative par laquelle l'*intentio* sera reconnue bien ou mal fondée. Il n'y aura pas un jugement ordinaire. Il n'en est pas moins certain, cependant, que la déclaration du juge emportera autorité de la chose jugée comme une sentence. Le juge prononce sur un fait juridique, susceptible de produire un effet, et lorsqu'il reconnaît son existence ou sa non-existence, il rend une décision dans le sens légal du mot.

§ 2. — *Sens particuliers des præjudicia.*

X. Il était permis de croire, avant la découverte des manuscrits des Gaius, que les *præju-*

(1) Théophile paraph., *Inst.*, § 43, *De act.*

*dicia* se confondaient avec les questions d'état. Les Institutes de Justinien ne mentionnaient, en effet, que les *præjudicia* se référant à l'état des personnes, et c'est à peine si le Digeste (1) parlait d'un *præjudicium* relatif à la vente des biens par autorité de justice.

Aussi, voyons-nous Heinnecius définir les *præjudicia* : Actions par lesquelles sont jugées les questions d'état. Cujas ne parle aussi que des actions préjudicielles relatives à l'état des personnes. La découverte des manuscrits de Vérone est venu révéler l'erreur des premiers interprètes du Droit romain, et nous savons, aujourd'hui, que le terme générique de *præjudicium* a reçu plusieurs significations, et des acceptions différentes suivant les circonstances de fait, et aussi suivant les époques. Nous devons donc rechercher les cas particuliers dans lesquels il a été employé, étudier ses divers caractères et la portée que lui a donné la législation romaine dans ses différentes hypothèses.

### 1° *Sponsio præjudicialis.*

XI. — Dans son sens primitif le *præjudicium* se rattachait à une *sponsio*, à un *pari*, fait par les parties devant le prêteur pour faciliter l'introduction d'une instance devant le juge. Le for-

(1) Fr. 30. *De reb. auct. jud. vend.*

malisme rigoureux des anciennes actions, leur nombre restreint, et enfin la distinction entre le *jus* et le *judicium* étaient cause que souvent, pour poursuivre le développement d'une action et permettre au préteur de spécifier et munir d'une formule les prétentions d'une des parties, des contrats devenaient nécessaires entre plaideurs. Cette nécessité se manifesta déjà sous la période des actions de la loi. Lorsqu'un litige n'était pas, tel qu'il se présentait, susceptible d'être soumis au juge, les parties, sur l'avis ou l'ordre du préteur, promettaient, si la prétention du demandeur n'était pas fondée, de donner une somme de... et c'est sur le montant de ce pari que le débat s'engageait. C'est ainsi que lorsque, dans les premiers temps de la procédure formulaire, l'action réelle *sacramenti* disparut, elle fut remplacée tout d'abord par un pari préjudiciel (*sponsio mere præjudicialis*). Gaius nous rapporte le texte d'un pari de ce genre : « Si l'homme dont il s'agit « n'appartient d'après le droit des Romains, tu « t'engages à donner vingt-cinq sesterces (1). » Sans doute la décision ne portait pas directement sur le fond du procès, mais la solution du droit litigieux était implicitement comprise dans la déclaration émise par le juge.

Le montant du pari n'avait aucun caractère

(1) Gaius. *Com.*, IV, 93.

obligatoire, et le défendeur, s'il succombait, malgré la condamnation qui semblait l'y astreindre, n'était nullement tenu d'en effectuer le paiement : « le montant de ce pari ne peut en aucune façon « être exigé, dit encore Gaius, car il n'a pas « un caractère pénal, mais forme une question « préjudicielle destinée seulement à permettre « d'exposer un fait litigieux aux juges (1). » Ainsi, voilà le premier sens du *præjudicium* parfaitement établi : les formes rigides de la procédure, et la pénurie des actions mettant obstacle à l'introduction d'une instance, les préteurs se tiraient d'embarras en faisant porter la déclaration du juge non plus sur le point litigieux, mais sur un pari qui s'engageait entre les plaideurs touchant l'existence ou la non-existence du droit invoqué par le demandeur.

Cette façon de procéder, n'était pas sans inconvénients. De grandes difficultés devaient naître à l'égard des effets à accorder aux droits reconnus dans l'instance préjudicielle, et nécessitaient incontestablement un arbitrage sur les suites à donner au *præjudicium* (*arbitrium litis æstimandæ*). De plus, il était nécessaire, dans le pari préjudiciel (*sponsio præjudicialis*) de renoncer à toutes les combinaisons de droit que soulèvent les procès et d'abandonner les exceptions qui pouvaient se rattacher à l'action intentée.

(1) Gaius. *Eod.*, IV, 93.

Ce sont ces inconvénients et beaucoup d'autres encore qui provoquèrent la création du système formulaire.

2<sup>o</sup> *Præjudicium de partu agnoscendo.*

XII. — Les Romains avaient organisé la famille sur des bases solides : ils lui avaient donné pour fondement nécessaire le mariage religieux que l'on nomma *justes noces* pour le distinguer de l'union seulement tolérée qui prit le nom de *concubinat*. Ce dernier mariage se formait sans solennité et par le seul consentement des parties manifesté devant témoins. On ne pouvait prendre pour concubine une femme ingénue, de bonne réputation et appartenant à une classe élevée, mais seulement une affranchie ou une ingénue dont la conduite ne serait point exempte de reproches. A côté de ces deux sortes de mariages existait l'union entre *étrangers* qui se nommait *mariage non légitime* ; puis, les unions passagères qui donnaient naissance à ces enfants que dans leur langage énergique les jurisconsultes romains ont appelés *vulgo concepti* ou *spurii*, c'est-à-dire, conçus on ne sait où, enfantés sans famille ou sans nom.

La famille, dans le sens légal du mot, la famille composée de ce faisceau de personnes unies par les liens de l'affection et du sang, et soumises

à un chef qui est le *paterfamilias* (le plus beau titre à Rome après celui de citoyen), la famille, disons-nous, ne peut naître que des *justes noces*, dont le cérémonial symbolique remontait aux premiers âges de Rome (1). Tout enfant, néanmoins, était autorisé à rechercher sa mère et, à moins qu'il ne fût *vulgo conceptus*, il lui était permis de rechercher sa filiation paternelle. Les *spurii* étaient dans l'impossibilité légale d'avoir un père, par suite, les liens de la *cognition* ne se formaient jamais entre eux, il n'y avait point à leur égard les droits de succession que la loi des Douze-Tables avait organisé pour les enfants légitimes, et que la législation prétorienne, ainsi que les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, avaient étendus aux enfants issus du concubinat et du mariage entre étrangers.

XIII. — Il avait paru au législateur que la maternité étant un fait laissant des traces extérieures évidentes, il n'y aurait lieu dans aucun cas de créer à son égard une incertitude légale (2). Il n'en était pas de même pour la paternité. On ne peut l'induire de signes extérieurs, et il faut, pour soulever les voiles derrière lesquels elle se cache, recourir à des présomptions, c'est ce qu'avaient fait les jurisconsultes romains et nous trouvons au Digeste une règle *is pater est quem*

(1) Fr. 195, § 2. *De verb. signif.*

(2) Fr. 5. *De in jus vocando*, 2-4.

*nuptiæ demonstrant*, que notre Code Civil a ainsi traduite dans son article 312 : « L'enfant né pendant le mariage a pour père le mari. » Cette règle, plus spécialement appliquée aux *justes nocces*, était logique. Lorsque l'union conjugale lie l'homme et la femme, l'honnêteté de la loi ne lui permet point de révoquer en doute la fidélité de l'épouse et surtout celle de l'époux. La cohabitation sous le toit conjugal, et l'affection qui doit unir les conjoints font un devoir au législateur de supposer l'œuvre charnelle entre eux ; et lorsque la femme est enceinte, il ne lui est point permis d'admettre une règle qui n'attribue pas cette grossesse à l'action du mari (1).

XIV. — Ce serait, cependant, une erreur de croire que la présomption donnant au mari la paternité des enfants issus de sa femme, avait, en Droit romain, la même force qu'en Droit français. Telle qu'elle nous est parvenue, la législation romaine nous paraît avoir été toute différente de la nôtre : il est difficile, toutefois, de la reconstituer sous ce point de vue d'une façon exacte.

Dans leur commentaire du Droit Civil, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, p. 288, expriment l'opinion qu'à Rome le père était libre de reconnaître les enfants issus de sa femme, sauf à ceux-ci l'action qui leur était donnée pour

(1) Digeste titre. *De agnoscendis liberis*.

établir judiciairement leur filiation. Cette théorie repose sur la loi 1, § 15 *de agnoscendis* 25, 3 et sur la loi 6 *de his qui sui vel alieni* 1, 6; elle ne tend à rien moins qu'à nier l'existence de la règle *is pater est* en Droit romain.

Une opinion contraire a été présentée et vigoureusement soutenue. Ses partisans ont prétendu que les textes cités par Ducaurroy étaient loin de prouver l'exactitude de sa théorie, et que la loi 1 *de agnoscendis*, notamment, faisait une distinction qui avait échappé aux rédacteurs du commentaire. Dans ce second système, on dit : Les lois 1, § 15 *de agnoscendis*, et 7 *de his qui sui* portent que si la femme divorcée ne prévient pas son mari de sa grossesse, celui-ci est libre de méconnaître sa paternité; mais elles ne disent point, et loin de là, que, dans une autre hypothèse, il jouisse de la même faculté. Il paraît évident pour ces mêmes auteurs que le mari ne pouvait nier sa paternité qu'en détruisant par la preuve contraire, la présomption résultant de son mariage : La seule différence qu'il y eut entre la règle *is pater est* et l'article 312 du Code Civil, est que la législation romaine n'a pas limité l'action en désaveu, tandis qu'en Droit français elle est circonscrite dans des règles étroites.

Nous avouons franchement que nous sommes fort embarrassés pour donner notre avis sur cette délicate question à l'égard de laquelle les

commentateurs du Digeste nous paraissent marcher, sinon dans l'obscurité, du moins dans un nuage épais. Si les lois 6, *de his qui sui* et 1, §§ 11 et 15 *de agnoscendis* justifie l'opinion de Ducaurroy, Bonnier et Roustain, les lois 1, § 4 et 3, § 1 *de agnoscendis* militent en faveur de l'opinion contraire. Pour nous, il nous paraît difficile d'admettre que dans une législation où le foyer domestique était si honoré, où le culte de la famille était entouré de tant de respect, il nous paraît, disons-nous, difficile, d'admettre qu'il suffisait d'une simple dénégation du mari pour rejeter un enfant loin du toit paternel et l'obliger à faire lui-même la preuve légale de sa filiation. Si un pouvoir aussi exorbitant lui avait été donné pourquoi aucun texte ne le mentionnerait-il? D'un autre côté, il est à remarquer que nulle part mention n'est faite de l'action en désaveu, ni du délai, ni des hypothèses dans lesquels elle s'exerçait, ce qui tend à faire croire qu'elle n'avait pas été réglementée et que le mari pouvait, dans tous les cas, faire la preuve contraire à la présomption de paternité.

XV. — Nous croyons donc pouvoir formuler ainsi notre opinion : il est constant que, par son seul caprice, le mari ne pouvait écarter un enfant de sa famille sans apporter aucune preuve de sa non paternité ; cela résulte pour nous 1° de ce que, dans le sénatus-consulte Plantien on pré-

sente comme une exception l'hypothèse dans laquelle, lorsqu'une femme divorcée se déclare enceinte, le mari peut nier sa paternité (1) ; 2<sup>o</sup> de ce que dans la loi 3 § 1, *de agnoscendis*, Ulpien dit que le sénatus-consulte porté sous Adrien exige que les enfants nés dans le mariage soient reconnus par leur père et mère ; 3<sup>o</sup> cela résulte enfin de ce que la loi 6 *de his qui sui*, porte en propres termes « que l'on ne doit point écouter, selon « l'avis de Julien, un homme qui ayant toujours « vécu avec sa femme, ne veut point reconnaître « pour son fils l'enfant qui est né d'elle. » Nous pensons néanmoins que le mari peut refuser de reconnaître un enfant : cela résulte simplement de la loi 10 *de his qui sui*, dans laquelle Ulpien nous montre l'enfant obtenant contre son père la reconnaissance de sa filiation, et aussi de ce que l'action en désaveu n'a pas été créée. Notre système sera donc celui-ci : le père ne peut, par sa simple dénégation, faire tomber la présomption de paternité résultant de son mariage et de sa cohabitation ; mais il est toujours admis à méconnaître son fils, et si celui-ci réclame sa filiation, c'est au père de faire la preuve contraire à la prétention de l'enfant. Mais nous verrons plus loin qu'il est des cas nombreux dans lesquels la règle que l'enfant né dans le mariage a pour père

(1) Fr. 1, § 4. *De agnoscendis*.

le mari n'était pas applicable ; c'était alors au prétendu fils à faire la preuve de sa filiation ; il était des cas même, ainsi que nous le verrons plus loin, dans lesquels il ne lui était pas permis de se dire l'enfant du mari de sa mère.

### 3° *Exceptio præjudicialis.*

XVI. — Nous trouvons encore le *præjudicium* employé dans un autre sens dans Gaius (1). Ce jurisconsulte s'exprime ainsi : « Toutes les prescriptions sont aujourd'hui en faveur du demandeur, mais autrefois le défendeur pouvait en opposer quelques-unes et notamment celle-ci : *que cette demande soit suivie, pourvu qu'elle ne préjuge pas la question d'hérédité* ; prescription transformée maintenant en une exception particulière..... » Il résulte de ce texte que l'on a appelé *præjudicialis*, l'exception par laquelle, se retranchant derrière un empêchement de procédure, le défendeur prétendait que l'action pouvait compromettre ou préjuger une autre question qui lui était préalable. Voici ce qu'a voulu dire Gaius : outre les quatre parties principales dont une ou plusieurs figuraient toujours dans la formule, il y avait encore des parties accessoires qui pouvaient trouver place dans le modèle de

(1) Gaius. *Com.*, IV, § 433.

l'action. De ce nombre étaient les *præscriptiones* (écrits au-dessus ou avant le texte). Les dernières intervenaient à diverses fins, tantôt comme restriction à la *demonstratio*, tantôt comme tenant lieu de celle-ci, tantôt enfin, mais dans le principe seulement, comme exceptions. Dans ce dernier cas elles étaient établies dans l'intérêt exclusif du défendeur. Plus tard, il parut plus logique de ranger parmi les exceptions proprement dites, les *præscriptiones* qui revêtaient ce caractère, et nous trouvons, en effet, la question préjudicielle d'hérédité, plusieurs fois placée parmi les exceptions (1).

Pris dans ce sens, le *præjudicium* se rapproche singulièrement de nos questions préjudicielles, quoiqu'il n'ait point le même caractère. L'exception préjudicielle tend, en effet, en Droit romain, à écarter une action comme pouvant compromettre ou préjuger une autre question qui doit être préalable; les questions ou exceptions préjudicielles tendent, en Droit français, à faire surseoir à une poursuite ou à un débat jusqu'au jugement d'une contestation d'où peut dépendre l'issue de cette poursuite ou de ce débat.

XVII. — Le *præjudicium* désignait enfin, et c'était son sens propre, une décision isolée, en dehors de tout procès, sur une question de fait

(1) Fr. 1, § 1. *De form. ercisc.* Fr. 43, *De except.*

ou de droit. C'est à ce dernier point de vue que nous allons l'étudier plus spécialement. Cette partie de notre travail exigera de nombreux développements, parce que, examinés sous ce rapport, les *præjudicia* embrassent des questions de droit délicates et importantes. Les plus considérables sont les questions d'état, mais avant de les traiter, quelques observations sont nécessaires au sujet : 1° du *præjudicium de sponsu*; 2° du *præjudicium quanta dos sit*.

*Præjudicium de sponsu.*

XVIII. — Gaius nous dit : « La loi Apuleia  
« veut que celui qui accepte des *sponsores* ou des  
« *fidepromissores*, le dise hautement, et déclare  
« pour quelle chose il les accepte, et combien il  
« veut avoir de *sponsores* ou de *fidepromissores*  
« qui garantissent l'objet dont il s'agit : s'il ne  
« l'a pas déclaré, il est permis aux *sponsores* et  
« aux *fidepromissores* d'intenter, dans les trente  
« jours, une action préjudicielle où il sera exa-  
« miné si on a fait la déclaration voulue par la  
« loi... (1) » L'hypothèse prévue dans ce passage  
des Commentaires est celle d'un ou plusieurs co-  
engagés ou copromettants qui auraient répondu  
à l'interpellation du créancier avant d'avoir reçu,

(1) Gaius. *Com.* III, 123.

comme le voulait la loi, déclaration expresse et de l'objet de l'obligation pour laquelle ils s'étaient portés garants de leurs corépondants. Dans ce cas, nous dit Gaius, qui citait la loi à laquelle il avait emprunté cette disposition, le coengagé ou copromettant n'est point tenu, pour opposer le défaut de déclaration, d'attendre que le créancier exerce des poursuites contre lui; il lui est permis, pendant trente jours, de faire constater par le juge, au moyen d'un *præjudicium*, l'omission de la formalité imposée au stipulant. La décision qui interviendra sur cette question préjudicielle sera souveraine; suivant, en effet, qu'il sera décidé par le juge que l'avis a été donné aux corépondants par le créancier ou qu'il n'a pas été donné, l'obligation existera ou n'existera pas, et la question sera, d'ores et déjà, considérée comme étant ou n'étant point engagée sans qu'il soit besoin d'une autre décision judiciaire.

*Præjudicium quanta dos sit*

XVIII. — C'est encore Gaius qui cite ce *præjudicium*, demeuré inconnu jusqu'à la découverte du manuscrit de Vérone (1). Les commentateurs se sont demandé ce qu'avait bien pu vouloir dire le jurisconsulte, et leurs nombreuses con-

(1) Gaius, IV, 44.

troverses témoignent qu'ils en sont encore réduits aux conjectures. Le *præjudicium quanta dos sit* est demeuré à l'état d'énigme. Nous nous bornerons à énumérer les diverses explications qui ont été présentées, nous réservant seulement de signaler celle qui nous paraît être la plus vraisemblable.

Des commentateurs ont dit que Gaius faisait allusion à une action ayant pour but de déterminer la dot que le père, aux termes de la loi *Julia*, devait compter à sa fille; d'autres pensent qu'il désigne une action donnée au gendre contre son beau-père pour fixer la quotité d'une promesse de dot : M. Demangeat se prononce énergiquement pour ce second sens. Cet auteur s'appuie sur ce qu'il ressort de la loi 3 C. *de dotis promiss.* que plusieurs actions sont ouvertes au gendre pour faire déterminer le montant d'une promesse de dot; or, dit-il, si l'action *ex stipulatu* ne peut être intentée, il est bien permis de dire que la loi 3 fait allusion au *præjudicium quanta dos sit*, d'autant plus, en effet, que le gendre peut avoir intérêt à connaître la quotité de la dot pour savoir, par exemple, sur quel pied il devra monter sa maison. Une troisième explication porte que le *præjudicium quanta dos sit* a pour but de faire déterminer la proportion dans laquelle le mari devra concourir aux frais funéraires de sa femme. M. Demangeat réfute cette interprétation en di-

sant que l'action donnée aux héritiers dans cette hypothèse est mentionnée au Digeste (1).

Une dernière opinion a été émise qui nous paraît la plus vraisemblable. Quant au cours du mariage la femme a sujet de craindre que l'action en restitution soit inefficace parce qu'il ne sera plus possible, lorsqu'elle sera ouverte, de déterminer la quotité de la dot, il est nécessaire de lui donner, d'ores et déjà, le moyen d'arriver à une estimation : tel est le cas prévu par le *præjudicium quanta dos sit*. Tous les caractères d'une action préjudicielle se retrouvent, en effet, dans cette hypothèse, qui, si elle n'est pas celle que prévoyait Gaius est néanmoins parfaitement admissible.

*Præjudicium ut prior in oppidum ascendisset.*

XIX. — Cette question préjudicielle que les textes se contentent de mentionner n'est point parfaitement définie et ne nous paraît susceptible d'aucune observation. Ils nous montrent seulement à quel point le caractère guerrier du peuple romain se manifeste dans toutes ses institutions. Nous savons, en effet, que le magistrat exonérait d'impôts et affranchissait de certaines charges le soldat qui le premier était monté à l'assaut d'une place forte ou d'un camp ennemi.

(1) Fr. 46, § 22. *De religios.*, 41-7.

*Question d'état.*

XX. — L'importance des *præjudicia* qui se rattachent aux questions d'état exige un traité spécial et des développements considérables. Nous commencerons par bien définir ce que l'on entendait à Rome par état ou *status*. L'état est la position qu'un homme occupe au sein de la société : Il consiste dans la réunion des droits qui forment le *caput*, c'est-à-dire l'homme lui-même, au point de vue juridique et social. A Rome le *caput*, dans toute sa plénitude, comprenait trois éléments, les droits de liberté, de cité et de famille : être libre, citoyen romain et membre d'une famille civile, telle était la somme de prérogatives qui constituait l'état d'un Romain. Les questions d'état devant donc porter sur chacun de ces trois éléments, nous aurons à les examiner successivement.

XXI. — DROIT DE LIBERTÉ (*caput in libertate*). Le Digeste nous apprend que tous les hommes sont libres ou esclaves, puis définissant la liberté et l'esclavage il nous dit : « La liberté est la faculté naturelle d'après laquelle chacun peut faire ce qu'il lui plaît, pourvu qu'il n'en soit empêché, ni par un droit, ni par une force supérieure à la sienne. L'esclavage est une constitution du Droit des gens d'après laquelle un homme, contraire-

ment à la nature, est soumis à la domination d'un autre (1). »

La nature même du droit de liberté, le plus précieux de l'homme, et le degré d'abaissement dans lequel tombe l'individu qui en est privé, disent assez quelle était la gravité des débats auxquels il donnait lieu. A côté de l'homme libre vivait cette grande multitude d'êtres ayant la même nature que lui, la même âme et qu'un droit réprouvé par la nature mettait presque au rang de la chose ou de la bête. Quelle que fût son origine, l'esclave n'avait ni patrie, ni famille; une même condition mal définie les réunissait tous dans une même race. Il ne connaissait ni père, ni mère, il n'y avait point pour lui de mariage, et ses enfants n'étaient attachés à lui qu'aussi longtemps que leur jeune âge nécessitait des soins. Au milieu de cet effondrement général de tout ce qui constitue la noblesse et la dignité de l'homme, l'esclave ne conservait même pas le droit de faire valoir ses titres à la liberté; cependant comme il eût été inique, disent les jurisconsultes romains, d'interdire à un homme libre de revendiquer ses droits à la liberté, on imagina de permettre à l'esclave de se procurer, quand il le pouvait, un représentant judiciaire qui prenait sa place, lorsqu'il revendiquait la liberté, et

(1) Dig., 40-12.

plaidait en son nom personnel et à ses risques et périls. Cette dérogation au principe, d'après lequel nul ne peut se faire représenter en justice, avait de grands inconvénients ; il était, en effet, bien difficile à un esclave de trouver un homme libre qui voulût bien agir pour lui devant les tribunaux. Ce représentant encourait, en effet, la peine du plaideur téméraire et la vengeance du propriétaire de l'esclave, qui pouvait être un homme puissant. Aussi, sous Justinien, cet état de choses subit-il des modifications importantes que Constantin avait vainement tenté d'introduire (1). Ce représentant judiciaire prit le nom d'*adsertor libertatis* (champion de la liberté). S'il triomphait, il y avait chose jugée en faveur de la liberté ; s'il succombait, au contraire, Justinien avait décidé que le procès pouvait encore être soulevé successivement par deux représentants avant qu'il n'y eût chose jugée contre l'esclave (2).

Des contestations de cette nature devaient se présenter fréquemment devant les juges. Les conditions de l'esclavage étaient, en effet, mal limitées, et tel qui paraissait devoir être en servitude devait, au contraire, être libre. De plus, la cupidité des maîtres, la mauvaise foi et la perversité des marchands faisaient que souvent, sur les

(1) C. lha., 5. *De liberali causa*.

(2) Paul. *Sent.*, V. 4, § 5.

marchés de l'Afrique ou de l'Italie, parmi les troupeaux d'esclaves, se trouvaient exposés des hommes libres.

Sous les actions de la loi, la procédure adoptée pour ces questions était l'action *sacramenti*, et la forme employée était la revendication ; les parties procédaient, en outre, comme pour toutes les actions réelles. Sous la procédure formulaire, le procès en liberté passa, sans suivre la transformation de la *sponsio*, à la formule préjudicielle. Comment, en effet, aurait-on pu apprécier la valeur de la liberté, *chose inestimable*, ainsi que le disent les jurisconsultes romains. Deux situations pouvaient se présenter : ou un esclave demandait à faire la preuve de sa liberté, ou un prétendu maître demandait à établir qu'un soi-disant homme libre était son esclave. De là procès sur la liberté soulevé par l'esclave ou soulevé par le maître.

Dans ce dernier cas il s'agissait d'une revendication par laquelle le maître faisait valoir ses droits sur un homme libre. Le titre *de liberali causa*, au Digeste, cite plusieurs hypothèses de cette question préjudicielle, et notamment celle dans laquelle un esclave ayant été affranchi par un testament qui a été annulé, il est réclamé par l'héritier du testateur. Mais l'histoire nous fournit un exemple bien plus mémorable. Nous voulons parler du procès de Virginie contre Claudius.

Ce souvenir classique nous permettra d'appliquer à un sujet bien connu les règles du Droit romain en cette matière ; mais il nous faut, pour cela, rappeler en quelques mots le récit de Tite-Live (1).

XXII. — La fille du tribun militaire Virginius, aussi remarquable par sa beauté que par ses vertus, venait d'être fiancée à Icilius, jeune homme plein de courage, lorsqu'elle eut le malheur de plaire au décemvir Appius. Après avoir vainement essayé de la séduire par des présents, Appius résolut de s'emparer de Virginie, malgré sa résistance. Il s'assura du concours de Claudius, un de ses clients, dont l'âme était non moins pleine de vices que la sienne, et qui se chargea de réclamer la jeune fille comme étant née d'une de ses esclaves, et étant, par suite, son esclave elle-même. Au jour convenu, tandis que Virginie se rendait au bain avec une suivante, elle fut entourée par des licteurs qui la traînèrent devant le tribunal où Appius siégeait. Malgré les protestations du peuple, Claudius débita sa fable et conclut à ce que le soi-disant père de la jeune fille n'étant pas à Rome, Virginie lui fût provisoirement remise : Appius s'était déjà levé et rendait un jugement aux termes duquel, bien que Virginie fût en possession d'état d'ingénuité,

(1) Tite-Live, L. III, §§ 44 à 48.

il y avait lieu de la considérer provisoirement comme esclave, lorsque survint Icilius qui réclama sa fiancée. Sur les vives protestations de celui-ci l'affaire fut renvoyée jusqu'au surlendemain, pour permettre à Virginius de revenir du camp où il se trouvait. Appius, dont l'influence était considérable, dépêcha aussitôt un courrier portant l'ordre de ne pas donner de congé au tribun; mais Icilius avait déjà lancé son frère vers le même camp : celui-ci arriva le premier, et lorsque le message du décemvir fut remis, Virginius était déjà sur la route de Rome. Quand il apparut sur le forum, le sort de sa fille était déjà décidé : Appius se levait, en effet, et rendait, en présence d'une foule nombreuse, un jugement aux termes duquel Virginie était réellement fille d'une esclave de Claudius et appartenait à celui-ci. On sait que devant l'iniquité d'une pareille sentence, comme la foule se pressait autour de l'infortunée pour la protéger contre les licteurs, Virginius s'approcha violemment du tribunal et, saisissant sa fille entre ses bras, la contempla une dernière fois et, détournant la tête comme pour ne pas voir l'acte qu'il allait accomplir, plongea un couteau dans la poitrine de Virginie, préférant, dit-il, voir sa fille mourir vierge que vivre déshonorée.

XXIII. — Nous avons à nous demander à qui, dans une hypothèse semblable, incombait la charge de la preuve à faire, et quelle était, jus-

qu'à la décision du juge, la position du prétendu esclave. M. Demangeat nous dit qu'à l'origine le préteur réglait l'attribution de la preuve; mais, quoi qu'il en soit sur ce point, Ulpien nous apprend qu'à son époque « celui qui, étant en « état de servitude, réclame la liberté, tient la « place du demandeur. Mais si un homme, étant « en possession de la liberté, est revendiqué « comme esclave, c'est celui qui le revendique « qui est demandeur. Ainsi, lorsque la posses- « sion d'état est douteuse, pour mettre l'instance « en règle, il faut discuter le possessoire devant « celui qui doit connaître de la liberté, et faire « juger si le prétendu esclave est en possession « de la liberté ou s'il est possédé comme esclave. « S'il paraît que celui qui réclame sa liberté a « été sans fraude dans l'état de liberté, celui qui « se prétend son maître sera demandeur et sera « obligé de prouver sa propriété. Si le juge pro- « nonce qu'au moment où la cause devait s'en- « gager le prétendu esclave n'était point dans un « état de liberté ou n'y était que par fraude, c'est « à celui qui prétend être libre à prouver qu'il « l'est véritablement (1). » Ce texte est confirmé par celui d'après lequel, dans les *præjudicia*, le demandeur est celui au profit duquel la question préjudicielle est soulevée (2), et ces deux solu-

(1) Ulpien, Fr. 7, § 5. *De liber. causâ.*

(2) Fr. 12. *De except.*

tions sont en harmonie avec la règle qui met la charge de la preuve sur celui qui affirme (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). Comme dans le *præjudicium* il n'y avait qu'une partie et qu'aucune condamnation, dans le sens strict du mot, ne devait intervenir, il n'y avait pas lieu de dire, à son égard, d'une façon générale, ce sera le demandeur qui fera la preuve. Il n'y a pas, en effet, ici, à proprement parler, de partie demanderesse, et la loi a dû s'expliquer différemment, et ce sera le bénéficiaire de la question préjudicielle qui devra prouver le bien fondé des prétentions émises dans la formule. Ainsi nous pouvons dire que le rôle de la partie demanderesse sera rempli dans le *præjudicium* par celui qui voudra changer l'état actuel de l'individu qui en fait l'objet. Si donc les parties ne sont pas fixées sur l'état provisoire qui est contesté, le juge devra statuer à cet égard avant d'ouvrir l'instance.

Il pourra se présenter, qu'une personne en possession d'état d'homme libre, menacée d'être réclamée comme esclave, prendra les devants et provoquera elle-même une instance. Dans cette hypothèse, ce sera à celui qui conteste l'état et non à elle à faire la preuve de la question préjudicielle.

XXIV. — Les jurisconsultes ont toujours témoigné, dans les procès relatifs à la liberté, de leur bienveillance pour celui que l'on revendique comme esclave ; aussi trouvons-nous un texte au

Code (1) portant que si celui dont on conteste l'état est en possession de la liberté, il doit être considéré comme libre jusqu'à ce qu'il en soit ordonné autrement par l'issue de l'instance. C'était donc au mépris de toutes les lois qu'Appius donnait à Claudius la propriété provisoire de Virginie. Cette solution est d'ailleurs en harmonie avec un texte d'Ulpien (2), d'après lequel la liberté, ainsi que nous l'avons déjà dit, est présumée jusqu'à preuve du contraire, lorsque le prétendu esclave est en possession d'état d'homme libre.

XXV. — DROIT DE CITÉ. — (*Caput in civitate.*) — Le nom de citoyen n'était pas, sous la République et durant les premières années de l'Empire, un vain titre pour les Romains. Tout l'orgueil de ce peuple semblait s'être concentré dans ce mot auquel étaient attachées les prérogatives les plus précieuses. On sait qu'une loi défendait à tout magistrat de faire battre de verges et de condamner à mort un citoyen romain. La peine capitale ne pouvait être prononcée contre lui que par le peuple dans l'assemblée des centuries ou par le tribun en vertu d'une loi spéciale contre tel ou tel délit (3). « Il faisait décapiter des citoyens romains, dit Cicéron en parlant de

(1) Loi 14. *De liber. causá.*

(2) Fr. 7, § 5, 40-42.

(3) Loi votée sous Porcius Læcæ, consul en l'an 500 de Rome, et renouvelée en 632.

« Verrès, au mépris de toutes les lois, sans écou-  
« ter ce suprême cri de détresse, JE SUIS CITOYEN  
« ROMAIN, cri puissant qui dans tant d'autres  
« circonstances fut considéré comme une garan-  
« tie et un bouclier, aux extrémités les plus re-  
« culées du monde et au milieu des peuples les  
« plus sauvages (1). »

Les privilèges du citoyen touchaient à toutes les branches de la vie civile et politique : Dans le domaine du droit public il pouvait seul être inscrit sur les tables du cens et compter dans les rangs du peuple romain ; — voter dans les comices où se discutaient et se promulguaient les lois ; — porter les armes et atteindre aux honneurs de la magistrature ou du sacerdoce. Dans le domaine de la vie privée, le titre de citoyen conférait le droit exclusif d'avoir la puissance paternelle et d'être propriétaire d'un immeuble situé en Italie, etc., etc.

Tous les sentiments sociaux étaient ainsi réservés au citoyen, puisque seul il pouvait défendre sa patrie sur les champs de bataille, appliquer les lois au Forum et honorer les dieux dans leurs temples ; puisque seul aussi, il pouvait avoir la famille, l'image la plus saisissante peut-être de la constitution romaine, cette famille si forte par son organisation aristocratique et despotique, que

(1) Cicéron. *De suppliciis*.

les dieux honoraient et sanctifiaient de leur présence et dans laquelle le père était le souverain de ses enfants et des enfants de ses fils.

XXVI. — Le *præjudicium*, sur ce point, n'avait pas de règles spéciales. L'intérêt qui s'y rattachait s'effaça d'ailleurs peu à peu. A mesure que les mœurs républicaines disparaissaient, l'orgueil national s'éteignait aussi ; et lorsqu'en devenant maître du monde, le Romain fut devenu sans patrie, il oublia, avec ses dieux, ses droits et ses devoirs de citoyen. Dès lors, le droit de cité dépouillé de ses prérogatives, devenant l'apanage des vaincus et des alliés, l'on vit se confondre dans un même peuple hétérogène, les descendants des Carthinois et ceux de la vieille Rome ; et comme pour cimenter cette assimilation de tous les peuples, cette cohésion de toutes les nations dans la nation romaine, les dieux de barbares eurent des autels au Capitole, à côté des dieux de Romulus.

Aussi ne faut-il pas s'étonner si les compilations Justiennes ne parlent pas du droit de cité. Outre le motif historique que nous venons de donner, il y avait encore le motif politique. Justinien se trouvait dans l'Orient, dans un pays et au milieu d'hommes qui ne tenaient point à Rome par les liens de la tradition ; il était donc naturel que les textes relatifs au droit de cité fussent rayés du livre des lois comme des dispositions sans vigueur, comme une lettre morte. Qu'im-

portait, en effet, aux habitants de Byzance, le titre de citoyen : il était plus habile de la part de l'empereur de ne point en parler et de dire comme Sertorius dans Corneille :

Rome n'est plus dans Rome, elle est toute où je suis.

XXVII. — La question préjudicielle relative à l'état d'affranchi (*præjudicium an libertus sit*) se présentera plus fréquemment. L'affranchi était, en effet, tenu envers son patron de certaines obligations et la question d'état était soulevée au sujet de réclamations pécuniaires. Ces obligations se référaient soit aux *operæ*, soit aux droits de successions.

Les *operæ* consistaient en certains services que les affranchis étaient tenus de rendre à leur ancien maître : la loi n'avait fixé ni leur quotité, ni leur nature : Comment d'ailleurs aurait-elle pu le faire ? Elle a dû se contenter de prévoir le plus grand nombre d'hypothèses possible et de poser les règles générales d'après lesquelles les patrons pourraient exercer leur demande. C'est le but que s'est proposé le titre I, livre 38, du Digeste. Outre les *operæ* l'affranchi devait encore une part de sa succession à son ancien maître et les jurisconsultes étaient, sur ce dernier point, beaucoup plus explicites. D'après la loi des Douze-Tables, le patron n'arrivait en rang utile que si l'aff-

franchi n'avait pas d'héritiers siens : c'était donner au bénéficiaire de cette disposition un droit dérisoire. Le prêteur modifia cette situation en enlevant aux héritiers, autres que les enfants légitimes, la moitié de la fortune de l'affranchi pour la donner au patron. Si l'affranchi était une femme, elle était sous la tutelle perpétuelle de son ancien maître jusqu'à ce qu'elle eût quatre enfants au moins.

Tels étaient, très-sommairement rappelés, les droits du patron vis-à-vis de son ancien esclave. La plupart du temps, la question d'état qui s'y rattachait, était jointe au fond du procès avec la réclamation pécuniaire et ne donnait pas lieu alors à une formule préjudicielle ; mais le contraire pouvait avoir lieu.

Lorsqu'il intervenait un *præjudicium*, il présentait les mêmes caractères que le procès relatif à la liberté ; comme lui, sous les actions de la loi il revêtait la forme de l'action *per sacramentum* et plus tard il se faisait par une formule *in rem*. Le fardeau de la preuve incombait tantôt au patron, tantôt à l'affranchi, suivant que celui-ci était en possession de l'état d'affranchi ou de l'état d'ingénu. Il était toujours à presumer, en effet, que l'état vrai de l'intéressé était celui qu'il paraissait avoir au moment de l'instance. C'est ce qu'expose Ulpien au titre des preuves. « Il faut  
« examiner, à l'égard de celui qui, ayant passé

« pour affranchi, se prétend libre de naissance,  
« qui est-ce qui doit être demandeur ? Il n'est pas  
« douteux que s'il est en possession de l'état d'af-  
« franchi, c'est à lui à demander en justice d'être  
« déclaré libre de naissance, et à rapporter la  
« preuve de son état d'homme libre. Mais s'il est  
« en possession d'état d'homme libre de nais-  
« sance, et que quelqu'un prétende qu'il est son  
« affranchi, c'est ce dernier qui doit administrer  
« cette preuve. En effet, on doit dire la même  
« chose du cas où un patron revendique un af-  
« franchi que de celui où un maître revendique  
« un esclave..... » (1).

Toutefois, le même auteur semble admettre une doctrine contraire dans un autre passage qui est ainsi conçu : « Il y a lieu à l'action préjudi-  
« cielle toutes les fois qu'on met en question si  
« quelqu'un est affranchi, soit qu'on veuille lui  
« demander des *operæ*, soit qu'on veuille de lui  
« des soumissions, soit qu'il s'agisse d'intenter  
« une action infamante ou d'assigner en justice  
« celui qui prétend être patron. Cette même ac-  
« tion a lieu toutes les fois que quelqu'un con-  
« vient bien d'être de la condition des affranchis  
« mais pas l'affranchi d'un tel, par exemple de  
« Caius-Seius. Ce jugement se rend sur la re-  
« quête de l'un ou de l'autre ; mais *c'est toujours*  
« *celui qui se prétend patron qui tient la place du*

(1) Fr. 14. De probat.

« demandeur : c'est à lui à prouver qu'un tel est  
« son affranchi : s'il ne le prouve pas il suc-  
« combe (1). » Ulpien paraît, dans ce dernier  
texte, ne pas admettre la distinction qu'il avait  
faite dans le fragment 14 et donner, dans tous  
les cas, le soin d'apporter la preuve au patron  
seul ; mais la contradiction entre les deux lois  
n'est qu'apparente. La seconde ne vise point, en  
effet, l'hypothèse d'un homme en possession d'état  
d'ingénuité et réclamé par un patron pour son  
affranchi, elle se réfère à un individu qui, tout  
en reconnaissant qu'il est affranchi, ne reconnaît  
pas pour son patron le demandeur. Dans cette  
deuxième espèce il est certain qu'il n'y a pas lieu  
de faire la distinction admise par le fragment 14  
de *Prolog.*, et c'est toujours au soi-disant ancien  
maître à faire la preuve de ses droits.

XXVIII. — DROIT DE FAMILLE. (*Caput in familia.*) — La question préjudicielle se référant à ce troisième élément de l'état ou *status*, est nommée dans les Institutes *præjudicium de partu agnoscendo* ; ainsi que nous l'avons dit il se rattache à la constitution de la famille et a pour but de faire la preuve de la filiation.

A l'origine, sous les actions de la loi, lorsqu'une question relative à la filiation était soulevée, elle donnait lieu à l'action *sacramenti*, et

(1) Fr. 1, § 3. *De rei vind.*

c'est de là que sont venues les formalités de l'adoption et de l'émancipation. Plus tard, la procédure formulaire mit à la disposition des plaideurs un moyen plus simple, la formule préjudicielle, et permit ainsi au *judex* de statuer directement sur la filiation elle-même (1).

La question préjudicielle, relative à la filiation, portera sur trois points qu'il sera nécessaire d'examiner pour établir la descendance de l'enfant. Il faudra prouver : 1° que telle femme est accouchée ; 2° que son mari est père de cet enfant ; 3° que le demandeur est l'enfant qu'elle a mise au monde. Ces trois points ne sont déterminés nulle part dans la loi ; mais ils s'imposent à la raison, et il n'est pas une législation qui ne doive procéder de la sorte.

XXIX. — L'accouchement se réduit à une simple question de fait qu'il est permis d'établir par tous moyens au pouvoir de la partie intéressée ; il n'y a sur ce sujet aucune règle spéciale à suivre : l'accouchement se traduisant, en effet, par des signes extérieurs, il n'y avait pas lieu de limiter le champ des preuves, sous prétexte de sauvegarder la pudeur de la femme.

En ce qui touche la preuve de la filiation paternelle elle se trouvera dans la simple présomption de fait résultant du mariage et de la

(1) Ulpien. Fr. 4, § 3. *De rei vind.*

cohabitation. Cette présomption se traduit en Droit romain par la maxime *is pater est quem nuptiæ demonstrant*, que le Droit français a traduite, ainsi que nous l'avons dit, dans l'article 312 du Code Civil, elle est le corollaire indispensable des lois du mariage.

Nous avons observé déjà que la présomption de paternité résultant des justes noces, n'était pas à Rome aussi absolue que ne l'a faite notre législation. En Droit romain, en effet, le mari pouvait, dans tous les cas, renier une paternité qu'il croyait ne pas lui revenir; la loi permettait seulement à l'enfant de s'adresser à l'époux de sa mère comme à son père légitime, et si celui-ci le repoussait, de deux choses l'une, ou la présomption de paternité résultant de la règle *is pater est* existait encore à l'encontre du mari, et c'était à lui à la combattre; ou la présomption était tombée, par le fait, et alors c'était à l'enfant qu'incombait la preuve de la filiation.

Les cas dans lesquels la présomption résultant des justes noces n'existait pas n'étant point prévu par la loi, le préteur devait, à cet égard, avoir un pouvoir discrétionnaire. Il est néanmoins des hypothèses dans lesquels le législateur et le jurisconsulte ont spécifié que l'enfant aurait à établir lui-même la paternité de celui qu'il réclame pour père (1). Il était même des cas dans lesquels

(1) Fr. 1, §§ 6 et 15, 25-3.

la présomption de paternité résultant des noces s'effaçait complètement, telle était celle que rapporte Ulpien (1) : « Supposons, dit-il, qu'après « une absence de dix ans, un mari trouve en « rentrant chez lui sa femme accouchée d'un « nouveau-né, il est, ajoute le jurisconsulte, in- « contestable que cet enfant ne pourra se faire « déclarer le fils du mari de sa mère. » Cette citation d'Ulpien nous permettra de faire ressortir avec évidence la différence profonde qui existe sur ce point entre le Droit romain et le Droit français. Suivant notre Code Civil, le nouveau-né qu'un mari, après une absence de dix ans, trouve auprès de sa femme est son fils, à lui, aux yeux de la loi, et il lui faudra faire devant les tribunaux la preuve de l'impossibilité physique dans laquelle il a été d'être le père de cet enfant, et encore le Code se montre-t-il difficile à cet égard. En Droit romain, au contraire, non-seulement dans cette hypothèse le mari n'avait nul besoin d'apporter la preuve de sa non paternité, mais l'enfant ne pouvait même pas prétendre à sa filiation vis-à-vis du mari de sa mère.

XXX. — Ainsi que nous l'avons dit, le titre 3 du livre 25, au Digeste, porte des exceptions au principe d'après lequel le mari est le père des enfants de sa femme : les dispositions de ce titre

(1) Fr. 6, 4-6.

et du suivant étant intéressantes à étudier au point de vue des preuves de la filiation paternelle, nous devons les placer ici. Nous observons, néanmoins, qu'elles appartiennent par leur date à la seconde période du Droit romain, et que régulièrement nous aurions dû renvoyer leur examen au chapitre suivant.

Ces dispositions ont pour but de prévenir les crimes d'avortement, de suppression et de supposition de part; elles ont été édictées par deux sénatus-consultes dont le plus ancien paraît, d'après un passage d'Ulpien, être antérieur au règne d'Adrien. Le premier est placé au Digeste, sous la rubrique de *l'obligation de reconnaître et nourrir les enfants* et est relatif à l'hypothèse de *l'accouchement des femmes divorcées*; il est connu sous le nom de *sénatus-consulte Plancien*. Le second, commenté sous le titre de *la visite des femmes enceintes*, traite de l'accouchement des veuves; nous les examinerons séparément.

Ainsi que cela a lieu dans les sociétés sur leur déclin, dont les mœurs sont dissolues et les caractères affaiblis, les crimes d'avortement, de suppression et de supposition de part étaient devenus très-fréquents à Rome : à tel point que le législateur avait dû prononcer la peine de mort contre les personnes qui s'en rendaient coupables (1). Pour éviter les ennuis de la grossesse et

(1) Fr. 1, § 5. *Ad legem corn. de falsis*, 19-22.

profiter cependant des avantages que la loi faisait à la maternité, les femmes simulaient un accouchement alors qu'elles n'étaient point enceintes. Aussi longtemps que le mariage existait, le mari suffisait pour prévenir ce crime; mais il y avait lieu de craindre une supercherie lorsque, par suite du divorce ou de la mort de l'époux, l'union conjugale se trouvait dissoute. La loi dut alors prévenir les manœuvres coupables qui changeaient en un mensonge le plus saint des devoirs de la femme. Voici quelles sont les prescriptions du sénatus-consulte *Plantien*.

XXXI. — La femme divorcée qui se déclarera enceinte devra, dans les trente jours qui suivront le divorce, en faire la signification à son mari ou à son domicile (1), trente jours lui suffisent, en effet, pour découvrir les symptômes de la grossesse (2). Si elle laisse expirer ce terme, elle ne sera pas supposée, à moins d'une déclaration formelle du magistrat (3), donner un enfant à son mari. Sur cette signification, l'époux peut choisir entre trois partis. Il peut *premièrement* garder le silence et c'est de sa part un aveu tacite d'une paternité qu'il pourra, sans nul doute, renier plus tard; mais que, sur les poursuites de son fils, il ne pourra méconnaître qu'en apportant

(1) Fr. 4, §§ 1 et 2. *De agnosc.*

(2) Fr. 4, § 9. *Eod.*

(3) Fr. 4, § 7. *Eod.*

des preuves à l'appui de ses dénégations. Il peut *secondement* déclarer que la grossesse n'est pas le fruit de ses œuvres et cette déclaration suffira pour détruire la règle *is pater est*. La loi n'a exigé ici qu'une simple allégation du mari, parce qu'à son avis la présomption de paternité perd de sa puissance par le fait du divorce. Il était peu probable, en effet, que vers cette époque les époux eussent entre eux des relations intimes. Le mari peut *troisièmement* envoyer chez celle qui fut sa femme des gardiens qui auront pour mission de la surveiller jusqu'à ses couches, de s'assurer qu'elle mettra réellement un enfant au monde, qu'elle ne se livrera sur elle à aucune manœuvre coupable, en un mot, que l'accouchement aura lieu (1). *L'envoi* de ces gardiens *au ventre* durant même l'existence du mari était, ainsi que nous l'avons dit, une institution toute nouvelle. Si la femme négligeait de faire cette signification, la loi en concluait ou que sa grossesse était un mensonge ou qu'elle ne provenait pas des œuvres de son mari, et alors l'enfant avait, lorsqu'il voulait établir sa filiation, à faire lui-même la preuve de la paternité (2).

Si l'enfant naissait dans les trente jours qui ont suivi le divorce, il était sensé être né durant

(1) Fr. 4, § 6. *De agnoscendis*.

(2) Fr. 4, § 43. *Eod.*

le mariage et était protégé par la règle *is pater est*.

XXXII. — Le sénatus-consulte qui se réfère à l'accouchement de la veuve est postérieur au sénatus-consulte *Plantien*; son texte est entier rapporté par Ulpien, au titre IV du vingt-cinquième livre du Digeste. Les détails minutieux dans lesquels il rentre, les nombreuses obligations qu'il impose à la veuve enceinte prouvent combien les dispositions du précédent avaient paru insuffisantes.

Dans le mois qui suivra le décès de son époux la veuve devra signifier son état aux personnes qui ont intérêt à le connaître. Cette signification a pour but de provoquer, de la part des intéressés, l'envoi de cinq sages-femmes qui devront s'assurer de la sincérité de la grossesse; à la suite de cette constatation, la femme devra se retirer dans l'habitation d'une femme de bonnes mœurs, que le préteur désignera lui-même, et elle y attendra ses couches. Un mois avant l'arrivée de ce terme elle devra, de nouveau, prévenir les personnes intéressées qui enverront des surveillants (trois hommes et trois femmes), et c'est ici que le sénatus-consulte redouble sa surveillance. La veuve devra habiter une chambre n'ayant qu'une porte; les gardes qui s'y trouveront devront fouiller toutes les personnes qui pénétreront dans l'appartement, et ne laisser entrer

que des femmes n'étant pas enceintes. Lorsque la femme sortira pour se rendre au bain ou au Forum elle sera accompagnée par les surveillants qui visiteront ces lieux au préalable. Lorsqu'enfin les douleurs de l'enfantement se feront sentir l'on ne devra pas laisser pénétrer le public dans la chambre de l'accouchée, et il ne pourra y avoir autour de son lit plus de deux accoucheuses, dix femmes libres et six esclaves, parmi lesquelles il ne devra s'en trouver aucune qui soit enceinte.

Il ne suffisait pas au préteur de veiller à ce qu'il n'y eut ni suppression, ni supposition d'état, il fallait encore prendre soin que l'on n'attentât pas à la vie de l'enfant ou que l'on n'en substituât point un autre à sa place. Aussi le sénatus-consulte ordonnait-il que le nouveau-né fût représenté aux magistrats à des époques déterminées. La sanction de ces prescriptions était pour l'enfant dont la mère ne s'y serait pas *intentionnellement* conformée, la perte de la possession de biens Corbonnienne (1) donnée, par le préteur, sur la succession paternelle à l'enfant dont la filiation serait contestée. La présomption de paternité avait pour effet, dans ce cas, de retarder, jusqu'à la puberté du fils de la veuve, l'action en contestation de filiation que les héritiers du mari auraient pu lui intenter.

(1) Fr. 2. *Proc. de insp. rentre.*

XXXIII. — On sait qu'en Droit romain les dix mois de viduité n'étaient point obligatoires et qu'une veuve pouvait se remarier le lendemain de la mort de son époux, bien qu'elle fût, elle et son conjoint, par ce seul fait, marquée d'infamie et que ces secondes noccs prissent le nom de *lugubres*. Il pouvait donc arriver qu'un même enfant eut, par sa naissance, plusieurs pères, la grossesse légale variant entre sept et dix mois. On s'est demandé ce qu'il faudrait décider dans cette hypothèse et les théories les plus singulières ont été émises : les uns ont pensé que l'enfant avait pour pères tous les maris auxquels la présomption de paternité pouvait s'appliquer; les autres ont dit qu'il ne devait pas avoir de père; Voët a pensé, de son côté (1), que le mari, durant l'union duquel l'enfant est né, sera le père, parce qu'il est en faute d'avoir épousé une femme enceinte. Nous pensons, pour notre part, qu'il faudra, pour attribuer la paternité aux œuvres d'un mari, rechercher la solution qui donnerait à la grossesse le cours le plus rapproché de sa durée naturelle qui est de neuf mois.

§ 4. — *Notion caractéristique des Præjudicia.*

XXXIV. — Avant d'aller plus loin, il est nécessaire de jeter un regard en arrière et de bien

(1) *Com. ad pandict.* 4-6, *de his qui sui.*

se fixer sur la nature et le vrai caractère des questions préjudicielles en Droit romain. A mesure, en effet, que nous nous approcherons des derniers monuments de cette législation et des premiers pas de notre Droit français, nous verrons les *præjudicia* se transformer, perdre, peu à peu, leur nature primitive et après une série de modifications échelonnées, préparer leur transition à notre droit, dans lequel, en conservant leur nom, elles perdront leur caractère essentiel.

Dans son sens étymologique, le *præjudicium* est la question ou déclaration qui précède une instance judiciaire; son nom est, en effet, composé des deux mots *præ* et *judicium*. Quant à sa nature, telle qu'elle résulte de ce que nous avons exposé jusqu'ici, nous allons tâcher de le définir: toutefois, nous ne prétendons pas donner la portée exacte et incontestable de cette action; il faut reconnaître que dans cet ordre d'idées les jurisconsultes romains ont été bien silencieux et que, par suite, le champ de l'interprétation est bien vaste; nous nous appliquerons donc seulement à n'émettre aucun principe qui se brise contre un texte ou qui ne soit en harmonie avec le caractère général de la législation romaine.

Le *præjudicium* avait pour objet de faire prononcer par le juge l'existence d'un rapport de droit ou d'un fait juridique n'entraînant d'une façon immédiate aucun effet extérieur, mais dont

la constatation pouvait être utile. C'était une question détachée, un préalable, qui affectait le caractère d'une décision provisoire, préparatoire ou interlocutoire, assez analogue aux diverses formes de nos jugements d'avant dire droit. Comme ceux-ci, il n'entraînait point de condamnation; il ne statuait que sur un fait, indépendamment de toutes les contestations qu'il pouvait faire naître plus tard.

Le *præjudicium* se présentait et naissait *in iure* : bien qu'il ne réunît point tous les caractères de l'action on lui en donnait le nom; il préparait, en effet, ou préjugait même; mais sans lier jamais le juge qui devait en connaître, les débats ou la sentence d'un *judicium* à venir. Il offrait surtout une grande ressemblance avec les actions arbitraires. Celles-ci, en effet, n'aboutissaient pas, de même que l'action préjudicielle, à une condamnation portant sur le point en litige lui-même, mais sur le fait qui lui donnait naissance.

XXXV. — Bien qu'il s'en rapprochât sous certains rapports, il différait essentiellement de nos questions préjudicielles. A Rome, en effet, les *præjudicia* ne supposaient pas nécessairement un litige né ou à naître : indépendants de toute contestation, de tout choc de deux intérêts contraires, ils ne puisaient point leur existence dans un procès dont ils devaient être distraits pour être ren-

voyés devant un autre juge. La question sur laquelle ils portaient n'était point, en un mot, nécessairement liée à une instance ouverte ou qui va s'ouvrir, et dont elle doit se détacher parce qu'elle ne peut être jugée en même temps ou par les mêmes juges.

Tel est, au contraire, le caractère des questions préjudicielles en Droit français. Elles se détachent d'un procès déjà né ou qui va naître, et leur but immédiat, prévu et limité, est de produire sur ce procès une influence nécessaire. L'abîme qui sépare notre législation de la législation romaine et surtout l'absence dans notre droit de quelque chose qui corresponde à la procédure romaine ne nous permet pas de faire un rapprochement complet entre les *præjudicia* et les questions préjudicielles; mais nous pouvons dire, néanmoins, que non-seulement les premiers, à la différence des seconds, ne se rattachaient pas nécessairement à une action déjà née ou devant naître, mais nous pouvons ajouter que, si la formule existait encore, il n'y aurait pas seulement une *intentio*, mais une *condemnatio*, au moins subsidiaire, et qu'il y aurait, dans tous les cas, deux formules dont la seconde serait le corollaire de la première.

XXXVI. — Lorsque nous avons dit que la question préjudicielle ne liait pas le juge de l'action future à laquelle elle pouvait se rattacher,

nous n'avons pas voulu dire qu'en statuant sur le point de fait qui lui était soumis, le juge ne rendait pas une décision ayant force de chose jugée; nous avons voulu seulement exprimer cette pensée que les déductions pouvant ressortir de la déclaration du juge sur la question préjudicielle n'étaient pas préjugées. Il est bien entendu, d'ailleurs, que le jugement intervenu à la suite de la formule préjudicielle a autorité de la chose jugée à l'égard du fait juridique qui en est l'objet.

## CHAPITRE II

DROIT CLASSIQUE, ŒUVRE DES JURISCONSULTES, DU PRÉTEUR ET DES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES

XXXVII. — Le bouleversement que l'apparition du christianisme allait opérer dans la société romaine ne devait pas demeurer sans influence sur les questions d'État. Tandis que l'organisation de Rome asservissait le plus grand nombre des hommes, *les esclaves*, à un petit nombre appelé *les maîtres*, une doctrine toute de fraternité naissait dans un peuple qui allait lui-même être réduit en esclavage; elle se résumait dans ces trois mots que l'apôtre saint Paul aimait à redire : « *Omnes fratres estote.* »

Ce principe nouveau se propagea avec rapidité,

s'insinuant d'abord sans bruit loin du monde qui s'agite et qui commande, puis éclatant enfin par la voix des orateurs chrétiens et des martyrs. Cette révolution complète dans les mœurs nécessita une révolution analogue dans les lois, et ce fut l'œuvre des prudents, des préteurs et surtout des Constitutions impériales.

XXXVIII. — Les *prudents* continuèrent à interpréter le Droit civil et développer dans leurs réponses les principes émis par les lois. Ils ont laissé, dans cette période, au titre de l'*État des morts*, au Digeste (1), une disposition aux termes de laquelle toute question relative à l'état d'une personne décédée pourra être soulevée quel que soit l'espace de temps qui se soit écoulé depuis la mort de l'intéressé, pourvu que le *præjudicium* ait pour but de donner à celui-ci un *status honestior* (2). Elle ne pourrait être agitée, au contraire, après la cinquième année à partir du décès si le *præjudicium* tendait à faire la preuve d'un état moins favorable que l'état présent.

XXXIX. — Le *préteur*, dans ses édits et dans sa jurisprudence, appliquant aux divers cas qui lui étaient soumis les règles qu'il déduisait de la loi, donnait à la procédure une souplesse et une élasticité que lui avait refusé jusque-là le rigorisme des premiers législateurs et des juricons-

(1) Digeste, 40-45.

(2) Fr. 3, 40-45.

sultes. Il élargit le cercle des actions données aux parties, qui se croyaient lésées dans leur état, et régla le mode dont ces actions seraient instruites et jugées. C'est à ces sages prescriptions que l'on doit le règlement de l'attribution de la preuve dans le *prejudicium*. Le préteur détermina également quelle serait la position de la partie intéressée dans les sursis qui pourraient être ordonnés et durant les débats. Toutes ces prescriptions sont empreintes d'un esprit toujours de plus en plus favorable à celui dont l'état est contesté.

XL. — Le *droit impérial* occupe une large place dans cette période de la législation romaine. C'est surtout à la tête de la société, en effet, que le mouvement vers la liberté se produisit, et il doit d'ailleurs en être ainsi si l'on veut éviter que la révolution la plus juste ne dégénère en anarchie. Auguste et ses successeurs se mirent résolûment à la tête du mouvement libéral; les uns, parce qu'ils sentaient que c'était le bien, les autres, comme Caracalla, parce qu'ils y trouvaient leur avantage personnel. C'est alors que l'on vit les affranchissements se multiplier : ce n'était plus seulement dans son prétoire que le magistrat pouvait affranchir; mais, soit qu'il errât sur le Forum, soit qu'il se rendît aux bains, il suffisait de se présenter à lui et de manifester l'intention dans laquelle on était de donner la liberté à un esclave.

Comme il se présentait souvent qu'après une tentative infructueuse, pour faire constater par le juge ses droits à la liberté, l'esclave ne se tenait pas pour battu et protestait encore contre l'état qui lui était illégalement attribué, une constitution lui permit de soulever de nouveau une question préjudicielle à son bénéfice pourvu qu'il trouvât un champion (1); mais nous avons dit à quelles nombreuses difficultés donnait lieu le choix d'un champion, et comment la procédure, suivie jusqu'alors, fut remplacée par une procédure spéciale rapportée au Code Théodosien et d'après laquelle l'esclave fut admis à plaider lui-même sa cause devant le juge.

L'égalité entre les ingénus et les affranchis, les citoyens et les pérégrins, ne fut pas moins favorisée : l'abîme qui séparait autrefois le citoyen du latin et du pérégrin s'était peu à peu comblé ; tandis que le climat et les sites de la Gaule attiraient les Romains hors de l'Italie, les Gaulois sentaient un attrait irrésistible les porter vers Rome. La grande cité était pour eux comme le centre d'un vaste foyer de lumière, de force et de richesse. A ce contact avec Rome, ses palais, ses temples et son Forum, les mœurs des barbares ne tardèrent pas à se policer et bientôt il n'était guère possible de distinguer la société

(1) Fr. 4. *De liber causâ.*

des descendants de César de celle des descendants de Vercingétorix. Aussi, dès le temps de Néron, vit-on des Gaulois assis sur les chaises curules prendre place dans le Sénat de Rome; et plus tard parut la fameuse constitution de Caracalla (1) portant que, dans l'Empire romain, il n'y avait plus que des hommes jouissant du droit de cité.

Ce mouvement favorable à l'égalité et à la fraternité humaines, tout prononcé qu'il fût avant le règne de Constantin, ne prit son essor et ne devint irrésistible que sous le souffle puissant du christianisme libre. Longtemps proscrite et persécutée, la religion des martyrs sortit enfin des catacombes pour monter sur le trône impérial, manifestant ainsi du même coup et sa vie et sa toute-puissance. Dès ce jour, la grande voix des Pontifes répétant le mot de saint Paul : *Aimez-vous les uns les autres* fit dominer sur le monde entier la nouvelle loi des nations, *égalité et fraternité*, que l'on a bien faussement interprétée depuis, dans notre histoire.

(1) Fr. 47. *De satu hom.*

### CHAPITRE III

#### DROIT DE JUSTINIEN

##### § 1. — *Droit de liberté.*

XLI. — Nous terminerons cette étude rapide des questions préjudicielles en Droit romain par un exposé sommaire des innovations, confusions et abrogations de Justinien et des changements qui furent, sous le bas empire, la suite nécessaire de la révolution complète opérée dans les mœurs.

Nous noterons, à ce sujet, pour ce qui touche les questions préjudicielles relatives au droit de liberté, l'abrogation des dispositions législatives entravant le droit d'affranchir. Dans les premières années de l'empire, les législateurs avaient senti le danger provenant du droit illimité des maîtres à l'égard de l'affranchissement de leurs esclaves. Les hommes puissamment riches, pour grandir leur influence et augmenter la foule de leurs clients, n'hésitaient pas à acheter de nombreux esclaves auxquels ils donnaient ensuite la liberté, ne songeant pas qu'ils jetaient ainsi dans la vie civile et dans l'arène politique des hommes sans famille, n'ayant au cœur que deux senti-

ments énergiques : la haine de leurs anciens maîtres et le désir de compenser par une vie de jouissance les souffrances passées. Le danger se manifestait surtout dans les affranchissements testamentaires. Le maître n'avait alors, dans cette hypothèse, aucune réserve à garder : que lui importait de donner dans son testament la liberté à tous ses esclaves, puisqu'ils ne seraient libres qu'après sa mort? L'éclat de ses funérailles en serait rehaussé; il se souciait peu du reste. Pour prévenir ce péril social, dont les conséquences ne se firent que trop sentir dans la suite, le préteur avait fait voter, l'an 761 de Rome, une loi qui prit le nom de *Fusia Caninia*. Elle portait, en substance, qu'un maître ne pourrait jamais, quel que fût le nombre de ses esclaves, en affranchir par testament plus de cent, et dans le cas où il en aurait de dix à trente, plus du tiers, de trente à cent, plus du quart et de cent à cinq cent, plus du cinquième. Plus tard la démoralisation offrit au préteur une autre occasion de réagir contre le courant qui entraînait le peuple romain vers la décadence. Les relations entre femmes libres et esclaves devenant très fréquentes, il parut nécessaire de s'y opposer : l'empereur Claude et l'affranchi Pallas peu faits cependant, l'un et l'autre, pour moraliser un peuple voulurent réagir, et un sénatus-consulte fut édicté, qui prit le nom de Claudien. Il portait

qu'une femme libre qui, connaissant sa position, entretenait des relations avec l'exclave d'autrui malgré trois significations du maître serait adjugée à celui-ci comme esclave.

Ces deux dispositions étaient peu en harmonie avec les idées qui dominaient du temps de Justinien. La société chrétienne, loin d'être opposée à l'affranchissement avait, par le fait, à peu près aboli l'esclavage dans son sein et il n'était plus dans les mœurs d'infliger une peine qui aurait pour effet d'adjuger à un individu une personne libre comme esclave. Aussi un des premiers soins de Justinien fut-il d'abroger et la loi *Fusia Caninia* et le sénatus-consulte *Claudien* (1). Les considérants des textes, portant abrogation, exposent qu'il est inhumain de ne pas permettre de rendre un homme à la liberté ou de l'obliger à devenir l'esclave d'autrui.

Des sentiments qui animaient les jurisconsultes et les législateurs de cette époque, il nous est permis d'induire que la plus grande extension devait être donnée aux règles concernant la question préjudicielle relative à la liberté.

## § 2. — *Droit de Cité.*

XLII. — Ainsi que nous l'avons dit, le droit

(1) L. unic. C. *De leg. fus. cansubl.*, 8-3. — L. unic. C. *De scl. Claud. toll.*, 7,24. — *Instit. J.*, 1-7. *De leg. fus. cansubl.*

de cité n'existe plus; nous en avons donné le double motif, nous n'y reviendrons pas.

Mais il est parlé dans les Institutes (1) de la question préjudicielle relative à l'état d'affranchi : il arrivait souvent encore qu'une personne pouvait avoir intérêt à connaître la position d'un individu à cet égard; soit à cause des devoirs d'un affranchi vis-à-vis de son ancien maître; soit à cause de l'application de la peine prononcée contre l'affranchi ingrat (2). Voilà ce qui explique la mention par Justinien du *præjudicium an libertus sit* qui dut vivre aussi longtemps que la distinction entre affranchi et homme libre.

### § 3. — *Droit de famille.*

XLIII. — La question préjudicielle a ici conservé tout son usage et tout son caractère. Il faut noter, néanmoins, que la constitution de la famille n'a plus sous Justinien son unité et sa puissance. L'autorité du *pater familias*, telle que l'entendaient les anciens jurisconsultes, n'est plus qu'un souvenir, et les degrés de la parenté, de même que l'ordre des successions, ont été transformés. Cependant cela n'a pas influé sur le *præjudicium de partu agnoscendo* qui se présentera

(1) *Inst. J.* § 43. *De act.*

(2) *Fr.* 5, *Pr. de jure Patn.* 37-44. *Tacit. anal.*, 13, 26 et 27.

toujours soit isolément, pour faire prononcer par action principale sur la filiation d'un enfant, soit, le plus souvent, avec le fond, dans une demande d'aliments ou une pétition d'hérédité.

#### CONCLUSION

XLIV. — Nous devons, en terminant cette étude nécessairement rapide, jeter un dernier coup-d'œil d'ensemble sur cette partie intéressante du Droit romain, et rappeler les points de contact que nous avons déjà signalés entre les questions préjudicielles en Droit français et les *præjudicia* en Droit romain.

L'institution des *præjudicia* avait pour but d'appeler l'intervention du magistrat, et de provoquer la décision du juge sur un fait juridique ou une question de Droit isolée, qui ne pouvait pas faire l'objet d'un procès et ne constituait pas, à proprement parler, un litige. Essentiellement réelle, puisqu'elle tendait à un objet indépendamment de toute obligation, l'action préjudicielle a, suivant les âges de la procédure, été introduite en justice par l'action *sacramenti* ou la *formula præjudicialis*.

Sous notre Droit français, la question ou exception préjudicielle revêtira, d'une façon générale, un caractère analogue; mais elle se séparera du

*præjudiciam* sur un point essentiel. A Rome, le rapport de droit qui donnait naissance à la question préjudicielle, ne se rattachait pas nécessairement à un litige né ou devant naître, il était complètement isolé, et pouvait ne se trouver lié à aucun procès.

Comme en Droit français, le *præjudicium* des Romains demandera parfois une compétence spéciale, tel est le cas de *l'exceptio præjudicialis de hereditati*; mais nous devons remarquer que les questions préjudicielles qui, d'après nos lois, doivent être distraites des tribunaux saisis de l'action à laquelle elles se rattachent, étaient, en Droit romain, jugées avec le fond. Telle est la question d'état de filiation que l'article 327 du Code Civil distrait formellement des tribunaux criminels, pour l'attribuer d'une façon exclusive aux tribunaux civils; tandis qu'il résulte de plusieurs textes qu'en Droit romain elle était jointe au fond (1).

Cette différence dans les deux législations provient de ce qu'à Rome les juridictions ne différaient pas entre elles ainsi qu'en Droit français, et qu'il n'y avait pas lieu, par conséquent, de distraire une question d'un tribunal pour la renvoyer devant un autre. Toutefois, ceci ne s'applique qu'au dernier état du Droit. A l'origine, en effet,

(1) 3. C. *De judiciis* et 3. C. *De ord. cognisc.*

il y avait des tribunaux spéciaux pour les différentes natures de Droit contesté, et il est bien possible, il est même probable, qu'alors les questions d'état étaient détachées des actions auxquelles elles se rapportaient, pour être soumises préjudiciellement à un tribunal exclusivement compétent pour en connaître.

# DROIT FRANÇAIS

---

## Des questions préjudicielles en matière répressive.

### INTRODUCTION

I. — Par la variété des sujets qu'elles embrassent, par le grand nombre des théories et des controverses qu'elles font naître, les questions préjudicielles constituent une des parties les plus délicates de notre Droit criminel. Sans doute elles reposent sur des principes incontestables et sur les larges bases de la logique, mais aucune loi n'a fixé les règles qui les gouvernent, aucun texte n'a tracé les limites qui doivent les circonscrire. De là de grandes incertitudes. Les systèmes sont opposés aux systèmes, et en face du silence gardé par le législateur, la jurisprudence et la théorie

flottent, sur plusieurs points, dans l'indécision.

L'étude à laquelle nous allons nous livrer se rattachant aux règles qui gouvernent l'organisation des tribunaux de répression, nous croyons devoir commencer par un exposé sommaire des principes émis par les articles 1, 2 et 3 du Code d'Instruction Criminelle.

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'ACTION PUBLIQUE ET DE L'ACTION CIVILE

II. — Tout fait délictueux peut donner naissance, à la fois, à l'action publique et à l'action civile.

L'action publique est celle qui appartient à la société pour la punition des atteintes portées à l'ordre social. Elle a pour but l'application des peines fixées par la loi.

L'action civile est celle qui est donnée à chaque individu pour poursuivre la réparation du dommage qui lui a été causé par un acte illégal. Son but est la prestation d'une indemnité proportionnée au préjudice souffert.

L'action civile appartient à la partie lésée ou à ses ayant-cause, c'est elle qui en a l'exercice; quant à l'action publique, son but étant de réprimer toute atteinte portée au lien social, il s'en

suit que c'est la société elle-même qui en est maîtresse, mais elle devra être confiée au pouvoir chargé de défendre le peuple, et doit être un des attributs de la puissance à laquelle est donnée la mission de gouverner et de protéger l'État.

Aussi voyons-nous qu'à Rome l'exercice de l'action publique appartenait au peuple parce que c'était en lui que résidait toute autorité. Chaque citoyen pouvait s'ériger en mandataire de la société et intenter une poursuite criminelle contre l'auteur de ce que l'on appelait un délit public. Il était logique sans doute de confier ce pouvoir au peuple, mais quelles ne durent pas être les conséquences fatales d'une pareille législation lorsque les mœurs de la première République se furent corrompues. La haine et la passion armaient alors l'accusateur public, et l'honnête homme était sans cesse exposé aux traits de quiconque ayant bien des talents, bien des vices et bien de l'ambition, cherchait un criminel dont la condamnation put plaire au peuple ou au prince (1).

Sous nos lois, le pouvoir étant confié aux mains d'un seul, c'était au chef de l'État qu'il appartenait de faire respecter le lien social. Il exerçait ce pouvoir par l'entremise de magistrats placés auprès des tribunaux qui prirent le nom générique de ministère public.

(1) Filanghieri, chap. 2.

Pendant la période révolutionnaire , le peuple étant tout à la fois gouvernant et gouverné , il désigna lui-même l'accusateur public. ( Décret du 16-29 septembre 1791 ). Ce ne fut que sous le Consulat, par le fait gouvernement monarchique, que l'action publique fut de nouveau , comme sous l'ancien régime, déléguée au chef de l'État ; depuis lors , la législation n'a pas varié sur ce point.

III. — Pour que la mission confiée aux magistrats accusateurs soit par eux remplie avec tout ce qu'elle comporte d'impartialité et de délicatesse, il faut que leur ministère soit indépendant : il faut que l'action publique ne soit pas soumise aux caprices de l'action civile , et aussi que le magistrat ne puisse connaître de la poursuite qu'il intente. Il est nécessaire, en un mot , que l'action publique soit indépendante vis-à-vis de la partie civile et vis-à-vis des tribunaux chargés de la répression.

L'indépendance de l'action publique vis-à-vis des tribunaux criminels , est une sauvegarde contre la trop grande puissance dont jouirait l'homme qui pourrait, tout à la fois, intenter une poursuite, l'instruire et la juger : nul n'aurait la force nécessaire pour lui résister. Il faut que l'action mise en mouvement par le magistrat accusateur soit instruite et jugée par un pouvoir intermédiaire qui ne soit plus, comme le minis-

tère public, le représentant direct du chef de l'État, mais qui, délégué pour rendre la justice selon la loi, ne relève d'aucun pouvoir supérieur.

L'indépendance de l'action publique vis-à-vis de l'action civile n'était pas complètement admise sous notre ancienne législation ; on distinguait, à cet égard, entre les infractions qui entraînaient et celles qui n'entraînaient pas des peines infamantes. Aujourd'hui, les deux actions sont indépendantes ; il n'est fait exception à ce principe que dans quelques cas spéciaux, telles sont les hypothèses prévues par les articles 336 et 339 du Code pénal, par l'article 10 du décret du 20 juillet 1831, etc. L'action publique n'est donc pas soumise à la nécessité d'une plainte préalable ; mais, en sens inverse, chaque fois qu'il y a plainte, le ministère public n'est-il pas tenu de poursuivre ? Pour soutenir l'affirmative, on se base sur le texte des articles 47, 64, 67, 68 et 70 du Code pénal ; il en ressort qu'une plainte étant déposée au parquet, celui-ci doit invariablement saisir le juge d'instruction. Nous pensons que c'est donner à la loi une fausse interprétation. L'article 64 a seulement voulu imposer au ministère public, lorsqu'il voudra donner suite à une plainte, l'obligation d'en saisir le juge d'instruction : c'est une conséquence du principe d'après lequel le magistrat poursuivant ne peut avoir qualité pour instruire la poursuite qu'il intente.

La doctrine contraire, en obligeant les parquets à donner suite à toutes les plaintes, n'aboutirait à rien moins qu'à ériger chaque citoyen en accusateur public, au mépris de l'art. 1<sup>er</sup> du Code criminel.

Quoique parfaitement indépendantes l'une de l'autre, l'action publique et l'action civile peuvent être jointes dans une même instance. L'action publique ne peut pas s'exercer devant les tribunaux civils, sauf néanmoins le cas d'une séparation de corps motivée sur l'adultère de la femme (Code Civil, art. 298 et 308), mais l'action civile (art. 3 Code criminel) peut être portée devant les tribunaux de répression, conjointement avec l'action publique. Il n'est fait exception à cette règle que dans le cas de banqueroute (art. 601 Code commercial).

Nous examinerons ce qu'il advient, d'abord lorsque les actions sont jointes et puis lorsqu'elles s'exercent séparément.

IV. — Il ne peut y avoir jonction du civil avec le criminel que lorsque la partie lésée n'a pas encore porté au civil, pour le même fait et contre le même individu, une demande en réparation du dommage causé. C'est la règle que l'on traduit par cette formule : *una electa via non datur recursus ad alteram*.

Lorsque les deux actions ont été jointes, alors même que l'action publique aurait été mise en

mouvement par la partie lésée, les tribunaux de répression ne peuvent statuer sur les dommages-intérêts qu'accessoirement à la poursuite criminelle. De là les conséquences suivantes : Lorsque le prévenu est acquitté, le tribunal ne peut pas statuer sur la demande de la partie civile, il n'est fait exception à cette règle que dans les cas prévus par les articles 356 et 368 du Code Criminel ; la maxime *point de peine, point de dommages-intérêts*, reçoit encore exception lorsque la partie civile seule a interjeté appel d'un jugement qui a statué, à la fois, sur l'action publique et sur l'action civile, article 202 Code Criminel. — L'action civile ne peut, dans aucun cas, être portée devant les tribunaux de répression lorsque l'action publique est éteinte. — On ne peut intenter une demande en dommages-intérêts devant ces tribunaux à la personne civilement responsable du délit, sans y citer également l'auteur de l'infraction.

Bien que portées en même temps devant le même tribunal, l'action publique et l'action civile n'en sont pas moins indépendantes l'une vis-à-vis de l'autre. Aussi le ministère public n'a-t-il pas qualité pour conclure à des dommages-intérêts ; il faut que la partie lésée les demande elle-même : de plus, le désistement de celle-ci n'arrête pas l'action publique, et l'appel de l'une ou son opposition à un jugement par défaut est sans influence sur l'autre : art. 202 Code crim.

V. — Nous avons à examiner maintenant les rapports des deux actions entre elles lorsqu'elles s'exercent séparément : à cette hypothèse se rattachent les questions relatives à l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et aux divers cas dans lesquels il y a suspension d'une action par l'effet de l'autre.

Il nous paraît certain que l'on ne peut porter devant les tribunaux de répression une demande en dommages-intérêts sur laquelle les juges civils ont déjà statué. M. Rodière n'admet pas néanmoins complètement cette opinion ; d'après lui, s'il résultait du jugement criminel que les juges civils avaient été induits en erreur, par suite de manœuvres frauduleuses, il y aurait lieu d'interjeter appel de leur sentence, nonobstant que les délais soient expirés. Cette théorie nous semble erronée. Elle est, en effet, en opposition avec un des principes fondamentaux de notre droit, d'après lequel la chose jugée est sensé être l'expression de la vérité. La décision du juge civil devra donc, quelle que soit la sentence postérieure du tribunal criminel, conserver son plein et entier effet.

D'un autre côté, elle ne saurait avoir aucune influence sur l'action publique, car l'autorité de la chose jugée au civil sur le criminel ne peut être admise. Il y a, en effet, entre l'action civile et l'action publique, entre leurs caractères et

leurs buts, une différence profonde. La première tend à faire constater et réparer un préjudice causé à un citoyen ; la seconde à faire constater et punir une atteinte portée au lien social. Or, n'est-il pas évident qu'un acte peut léser illégalement les intérêts d'un tiers sans porter atteinte au lien social, et que, par suite, une indemnité peut être due sans que la société ait le droit d'infliger, en son nom, une peine quelconque.

La sentence des juges civils demeurera donc sans influence sur l'action publique. Il n'y aura d'exception à cette règle que dans le cas où une question préjudicielle leur sera soumise. Le jugement dont elle sera l'objet emportera alors, pour l'action publique, autorité de chose jugée, mais seulement à l'égard du fait constituant la question préjudicielle.

L'influence à accorder à la décision des tribunaux criminels sur celle des tribunaux civils postérieurement saisis d'une demande concernant les mêmes faits, donne lieu à plus de difficultés. Plusieurs systèmes sont en présence : nous résumerons les divers arguments donnés par chacun d'eux.

*Premier système.* C'est celui de Toullier, dans son *Traité du Droit civil*. — La chose jugée au criminel est sans influence sur l'action civile résultant des mêmes actes. En effet, les conditions requises pour qu'il y ait autorité de chose jugée

sont énumérées dans l'article 1351 du Code Civil, et cet article porte *qu'il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*. Or, n'est-il pas évident que la demande est différente au criminel et au civil ? L'une poursuit l'application d'une peine, l'autre la prestation d'une indemnité ! Les causes sont également différentes ; l'action publique a sa base dans une infraction à la loi pénale, l'action civile dans un préjudice illégalement causé à un particulier. Enfin les parties ne sont pas les mêmes, car on ne saurait assimiler le ministère public à la partie civile, il n'a ni le même caractère, ni la même qualité.

Le *second système* est soutenu par Merlin ; *Questions de droit V<sup>o</sup> Faux*. — D'après cet auteur, le jugement criminel a l'autorité de la chose jugée à l'égard du jugement civil. On peut affirmer, dit Merlin, que les conditions exigées par l'article 1351 se retrouvent dans l'espèce que nous examinons. Il y a identité dans la chose demandée, c'est la répression du délit ; identité dans la cause, c'est le délit qui fait naître les deux actions ; il y a enfin identité de parties, car le ministère public représente la société en général, et aussi, en particulier, la partie civile avec tous ses intérêts. Merlin argumente encore de l'ar-

ticle 4 du Code criminel : il pense que si le civil est tenu en état par le criminel, cela a pour cause l'influence du second sur le premier, et il en conclut que le criminel est préjudiciel au civil.

Merlin ajoute, toutefois : L'autorité de la chose jugée ne porte que sur les faits objets de la poursuite et reconnus pour constants par le tribunal de répression. Ce correctif conduit l'auteur à distinguer entre le cas où il y a condamnation et celui où il y a acquittement. Dans la première hypothèse, le jugement criminel ayant reconnu l'exactitude des faits allégués à la charge du prévenu ou de l'accusé, ils ne peuvent plus être mis en doute par un tribunal, et toutes les conséquences qui en découlent doivent être admises. Il n'en est plus de même dans l'hypothèse d'un acquittement; alors, en effet, le tribunal criminel ne statuant que sur la non culpabilité du prévenu et ne décidant rien quant au fait, on ne peut donner à sa décision autorité de la chose jugée.

*Troisième système.* M. Faustin Hélie repousse la doctrine de Merlin sans admettre, toutefois, celle de Toullier. On ne peut rien inférer, dit-il, de l'article 3 du Code criminel, car il n'est pas exact de dire qu'il en résulte que le criminel est préjudiciel au civil : cet article exige seulement que le juge des dommages-intérêts surseoie à prononcer jusqu'au jour où le tribunal criminel

saisi de l'infraction ait rendu sa sentence. Lorsque la loi crée une question préjudicielle, elle le dit expressément; or, non-seulement l'article 3 ne contient rien à cet égard, mais tout indique, au contraire, que l'intention du législateur n'était pas celle que lui prête Merlin. De plus on ne peut soutenir que l'article 1351 soit applicable à l'espèce qui nous occupe; il n'y a pas identité dans la chose demandée, l'objet de la poursuite criminelle est une peine, celui de la poursuite civile une indemnité; la cause de l'action publique est une infraction au lien social, celle de l'action civile est un préjudice porté à un citoyen. Enfin il y a entre le ministère public et la partie civile la différence qui existe entre la société tout entière agissante contre un délit, et un de ses membres demandant la réparation du tort que lui a causé un acte illégal.

Faustin Hélie termine en disant que l'on ne peut rechercher l'autorité de la chose jugée du criminel au civil puisqu'il existe un abîme entre ces deux juridictions; que l'une a compétence pour connaître des réparations civiles, et l'autre des infractions à la loi pénale. Toutefois, si la sentence rendue par un tribunal de répression n'enchaîne pas le tribunal postérieurement saisi du même fait, on ne saurait reconnaître qu'elle doit exercer sur sa décision un influence ligitime.

VII. — *Quatrième système.* Cette dernière théorie, à laquelle nous adhérons pleinement, sans admettre cependant toutes les déductions qu'en tire son auteur, est présentée par M. Zachariæ dans son *Cours de Droit civil*. M. Zachariæ expose, tout d'abord, qu'il n'y a pas lieu d'argumenter de l'article 1351. Cet article, en effet, est exclusivement applicable à la matière civile; ses termes, la place qu'il occupe dans le Code, tout démontre qu'il n'a pas été fait pour régler les rapports de juridictions différentes. La chose jugée, telle qu'il la définit, ne peut exister que dans la juridiction à l'égard de laquelle les conditions qu'il énumère ont été exigées. On ne peut, en effet, supposer que l'identité de demandes, l'identité de causes et de personnes se retrouveront lorsqu'il s'agira d'actions dont la nature et le but sont tout différents. Laissons donc à la juridiction civile l'article 1351, et cherchons, dans la compétence et l'organisation des tribunaux et des différentes juridictions, une solution à la question que nous nous sommes posée : y a-t-il autorité de la chose jugée au criminel par rapport au civil.

Les tribunaux de répression sont exclusivement institués pour connaître des faits portant atteinte au lien social : la constatation des actes violant la loi pénale, la recherche de tous les éléments matériels constitutifs des délits, tel est

le cercle dans lequel s'exerce leur compétence. Lorsque, au contraire, les tribunaux criminels se trouvent en présence d'une question civile, ils n'ont point qualité pour trancher le débat, car ils n'ont pas reçu mission de décider, au point de vue civil, l'existence ou la non existence d'un fait entraînant des conséquences légales.

De là, Zachariæ conclut : 1° Chaque fois qu'un tribunal de répression statuera sur un fait délictueux pour constater ou nier son existence matérielle, il décidera une question sur laquelle il a été appelé à se prononcer ; son jugement sera rendu conformément à la loi par un tribunal compétent ; il sera donc l'expression de la vérité. Or, pourrait-on soutenir que la *res judicata* ne devient *veritas* qu'à l'égard de la seule juridiction qui a statué ? Ce serait un non sens. Une vérité est ou n'est pas ; et de même qu'en prononçant l'existence d'un droit au profit d'une personne, le tribunal civil reconnaît pour tout le monde que ce droit existe, de même en constatant le crime commis par un accusé, le tribunal de répression crée une vérité contre laquelle il ne sera plus permis de s'élever. C'est que le juge criminel a mission pour statuer sur les faits délictueux, c'est qu'après s'être entouré de toutes les garanties que lui offre la procédure, il prononce irrévocablement sur le crime qui lui est soumis, et son arrêt est alors, suivant l'expression

de M. l'avocat général Mourre, un monument sur lequel s'imprime une vérité publique.

2° Lorsque ces mêmes tribunaux statuent sur une question civile autre toutefois qu'une demande en réparation introduite conformément à l'article 3 du Code criminel, les juges sortent des limites de leur compétence. Aucune solution civile ne peut, en effet, être rendue par le juge criminel, et sa décision ne saurait emporter autorité de la chose jugée par rapport aux conséquences légales que peut entraîner le fait délictueux considéré au point de vue des intérêts civils qu'il a fait naître.

Il n'est nul besoin de distinguer, dans le système de Zachariæ, entre le cas où il y a condamnation et celui dans lequel il y a acquittement : quelle que soit la sentence du juge criminel, ce qu'elle décidera sur la matérialité du fait délictueux fera loi pour le juge civil. Sans doute, il se présentera souvent que l'arrêt de la Cour d'assises, prononçant l'acquittement de l'accusé, n'établira pas l'existence ou la non existence du fait; mais le contraire peut avoir lieu et, dans tous les cas, le jugement des tribunaux correctionnels étant motivés, les éléments constitutifs de l'autorité de la chose jugée pourront s'y trouver réunis. D'un autre côté, au contraire, les actions civiles, résultant de l'acte coupable, telles que les demandes en révocation d'obligations,

en nullités de conventions, en séparation de corps, etc., restent entières après le jugement criminel, si l'individu lésé ne s'est point porté partie civile.

Ainsi que nous l'avons dit, nous adhérons à cette théorie sans néanmoins accepter toutes les conséquences qu'en déduit Zachariæ. C'est ainsi qu'après avoir reconnu la compétence des tribunaux de répression à l'égard des questions civiles incidentes ou accessoires à l'action publique, cet auteur pense que le jugement criminel ne tranche ces questions que dans leurs rapports avec l'accusation, laissant entier le point de savoir comment il faudra les décider lorsqu'elles se présenteront devant la juridiction civile. Nous faisons nos réserves à cet égard et constatons seulement, avec M. Trébutien, que cette doctrine conduirait aux résultats les plus fâcheux, si elle était admise sans restrictions.

VIII. — Aux termes de l'article 3 du Code criminel, l'exercice de l'action civile est suspendu lorsque l'action publique demeure intentée avant ou pendant l'instance civile. Les auteurs donnent à cette disposition des motifs différents : les uns ont soutenu que le législateur a considéré le criminel comme préjudiciel au civil ; mais cette explication donnée par Merlin est presque unanimement rejetée ; d'autres ont pensé que le législateur, redoutant l'influence que ne manquerait

pas d'avoir la décision civile sur la décision criminelle, n'avait pas voulu faire dépendre le sort d'un prévenu du jugement concernant des intérêts purement civils. Ce système n'est point sans fondement, et il est possible qu'une considération de cette nature ait, en effet, décidé le législateur. Nous tenons néanmoins comme plus naturelle l'explication suivante : Les rédacteurs de l'article 3 ont pensé que les tribunaux de répression pouvant user, pour découvrir la vérité, de moyens que n'autorisent pas les modes de procéder au civil, le jugement ou l'arrêt criminel éclairerait le juge de l'action privée et lui permettrait d'apprécier d'une façon plus exacte la demande qui lui était soumise. C'est donc, à notre avis, uniquement en vue de l'utilité qu'offrirait aux juges civils les débats et les dépositions des témoins que l'exercice de l'action publique est suspensif de l'action civile.

Le principe de l'article 3 souffre des exceptions ; non-seulement l'action publique ne peut quelquefois être mise en mouvement que sur une plainte ou une autorisation préalable, comme dans les cas d'une poursuite dirigée contre un adultère ou un membre d'une assemblée politique, mais il y a encore des hypothèses dans lesquelles l'action publique est suspendue par l'exercice de l'action civile. C'est ce qui arrive lorsqu'une accusation doit soulever une question d'état (art. 326-

237). C'est ce qui a lieu encore lorsque le prévenu d'un délit attentatoire à une propriété immobilière excipe, au cours de l'instruction ou des débats, de son droit à cette propriété : il doit être, en effet, dans ce cas, sursis à toute procédure jusqu'au jugement sur l'exception opposée par le prévenu. On a donné aux questions ou exceptions qui suspendent l'action publique le nom de *préjudicielles*, parce que la solution qu'elles reçoivent préjuge la sentence du tribunal criminel.

## CHAPITRE II

DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES EN GÉNÉRAL ET DE  
CELLES QUI SONT DE LA COMPÉTENCE DES TRIBU-  
NAUX CHARGÉS DE LA RÉPRESSION.

### § 1.

IX. — On a proposé plusieurs définitions des questions préjudicielles. D'après Merlin : « On appelle question préjudicielle toute question qui, dans un procès, doit être jugée avant une autre, parce que celle-ci serait sans objet si la personne qui l'élève succombait sur celle-là. » Legraverend dit que : « Les questions préjudicielles sont celles dont la décision préalable est nécessaire pour qu'il puisse être statué sur

« d'autres questions qui s'y rattachent, et qui  
« peuvent devenir sans objet, suivant que les  
« questions préjudicielles sont décidées de telle  
« ou telle manière. » Ces définitions ont le tort  
de confondre avec les questions préjudicielles les  
questions préalables. Le jugement de celles-ci doit  
aussi précéder le jugement sur le procès crimi-  
nel qui, selon leur solution, sera ou ne sera pas  
susceptible d'une suite.

Les *questions préalables* se rattachent à une  
circonstance ayant pour effet, non pas d'enlever  
au fait sa criminalité, mais de mettre le magis-  
trat dans l'impossibilité de punir l'auteur du dé-  
lit. Les *questions préjudicielles*, au contraire, ont  
pour objet d'enlever à l'acte sa criminalité. Les  
premières ne sont relatives qu'au droit de pour-  
suivre, les secondes se rapportent à des circons-  
tances qui modifient et transforment le fait cons-  
titutif de la poursuite. Les questions préalables  
consistent dans des exceptions que l'on nomme :  
1° *péremptoires* ou fin de non recevoir, telle est  
l'exception tirée de la prescription de l'action ou  
de la nationalité du prévenu ; 2° *dilatatoires* ou fin  
de non procéder, telle est l'exception provenant  
du défaut d'une autorisation ou d'une plainte  
préalable dans les cas où cette autorisation, cette  
plainte, sont exigées par la loi. Nous croyons  
donc pouvoir définir les questions préjudicielles,  
au moins en matière répressive, *des questions qui*

*suspendent la poursuite ou le jugement d'un crime, d'une contravention ou d'un délit jusqu'à la vérification d'un fait antérieur, constitutif de la criminalité et dont l'appréciation est une condition indispensable de cette poursuite ou de ce jugement.* Il résulte de cette définition que la question préjudicielle, se rattachant à un fait soulevé au cours d'un procès, doit être jugée par le tribunal compétent pour connaître du fond. Il est des cas néanmoins dans lesquels la loi ne permet pas aux tribunaux criminels de connaître de certaines questions et où il y a lieu à leur renvoi devant d'autres juges. De là deux sortes de questions préjudicielles; celles qui sont de la compétence des tribunaux de répression et celles qui nécessitent un renvoi devant une autre juridiction. Ces dernières seules méritent, à proprement parler, le nom de questions préjudicielles, puisque seules elles préjugent le procès, les premières étant jugées par la même instance que le fonds.

Nous examinerons d'abord l'hypothèse dans laquelle le juge criminel est compétent, c'est la règle; puis nous aborderons, dans les chapitres suivants, les questions préjudicielles proprement dites.

## § 2.

X. — Lorsque le fait antérieur constitutif de l'exception est une question de droit civil, les

tribunaux de répression ne doivent pas se déclarer incompétents par le motif qu'ils ne sont pas institués pour connaître des questions civiles. Sans doute, en effet, ils ne peuvent, par action principale, être saisis d'une demande civile : ce serait empiéter d'une juridiction sur une autre ; mais il ne s'agit ici que de savoir si le juge criminel, compétent pour poursuivre une infraction, a ou n'a pas qualité pour établir tous les éléments de cette infraction ; il s'agit de savoir si la preuve du délit en lui-même peut être séparée des divers éléments qui le composent et si la justice répressive doit arrêter sa marche toutes les fois, qu'au cours de l'instruction ou des débats, un contrat ou une obligation est l'objet d'un litige : la question ne peut être douteuse. Nous ne croyons pas cependant, ainsi que le fait Mangin, trouver une preuve de la compétence des tribunaux de répression à l'égard des questions civiles incidentes à une poursuite criminelle, dans l'article 3, Code criminel, qui leur donne le droit de statuer sur l'action civile résultant du délit. Autre chose est de connaître des réparations civiles et de connaître d'une exception se rattachant à un contrat ou une obligation. La compétence des juges criminels se justifie, d'après nous, par la nécessité pour eux de connaître de tous les éléments constitutifs de l'infraction qui leur est soumise, et de tout fait qui lui sert de base, quelle que soit sa

nature. Cette nécessité est évidente lorsqu'il s'agit d'un contrat civil intimement lié, au délit comme dans le cas où il s'agit de la soustraction d'un titre ; elle existe également dans les hypothèses prévues par l'article 408 du Code pénal. Quels ne seraient pas, en effet, les résultats déplora- bles du renvoi devant un autre tribunal de toutes les exceptions civiles soulevées dans le cours d'une poursuite : une procédure interminable ; des débats subitement interrompus ; des conflits de juridiction incessants et souvent, par suite, une impossibilité absolue de poursuivre. Il n'est pas admissible qu'en présence de conséquences si contraires aux intérêts de la justice, le Code ait voulu, sans un texte formel, déroger à la règle qui donne au juge de l'action le pouvoir de connaître de l'exception. La compétence des tribu- naux de répression est, en outre, établie par le texte des articles 326 et 327 du Code Civil. Nous y voyons, en effet, le législateur prendre soin de nous dire que le tribunal de répression n'est pas compétent pour connaître, en matière civile, des questions d'état de filiation ; il en résulte néces- sairement qu'en règle générale, le juge criminel est compétent pour connaître des exceptions sou- levées par un prévenu et se rattachant aux ques- tions de droit civil. Pareille observation peut être faite à l'égard de l'article 182, Code forestier.

Ce principe, ainsi que nous l'avons déjà dit,

paraît avoir été universellement admis en droit romain, on peut consulter à cet égard les lois *3 c. de judiciis* et *3 de ord. jud.*

XI. — Carnot et Touiller n'ont pas admis cette opinion. Carnot pense qu'un tribunal criminel ne peut pas connaître des questions de droit civil parce qu'à leur égard, dit-il, la preuve testimoniale ne peut être admise au-dessus de 150 francs, article 1341 Code Civil, tandis que la décision des tribunaux de répression ne repose que sur les dépositions des témoins et il ajoute qu'ainsi il y a incompatibilité absolue entre la preuve exigée pour les matières civiles et le mode de procéder au criminel. Carnot n'admet à son système qu'une seule exception, c'est pour le cas où le délit et le contrat faisant naître la question civile sont intimement unis ; par exemple, lorsqu'il s'agit de la soustraction d'un titre. Alors, dit-il, la preuve du délit se confond avec celle du contrat civil, l'une est absorbée par l'autre et il n'y a plus lieu d'appliquer l'article 1341 du Code.

L'objection de cet auteur est sans fondement. Il est vrai que des règles sont fixées au mode d'emploi de la preuve testimoniale en matière civile ; mais ces règles sont spéciales à un ordre de questions et non à une juridiction ; elles ne sont point faites pour les tribunaux civils en particulier, mais pour les matières civiles. Ce qui préoccupait le rédacteur de l'article 1341, ce

n'était pas l'organisation d'un tribunal, mais uniquement la façon dont on pourrait établir la preuve d'un contrat ou d'une obligation. Peu importe, en conséquence que ce contrat ou cette obligation soit l'objet d'un débat devant telle ou telle juridiction : l'article 1341 a prescrit à son égard des règles qui devront lui être appliquées quel que soit le juge appelé à connaître du litige dont il sera l'objet.

Touiller expose, de son côté, que lorsqu'une question civile n'est pas intimément liée au fait dans lequel réside le délit, les tribunaux de répression ne peuvent en connaître parce que leur compétence est circonscrite dans les matières pénales. Nous avons déjà dit quels seraient les résultats d'une pareille doctrine ; nous avons dit aussi qu'il ressortait d'une façon évidente des articles 326 et 327 du Code civil et de l'article 182 Code forestier que le législateur avait voulu laisser au juge criminel le pouvoir de connaître, en général, de toutes les exceptions civiles soulevées. S'il fallait une dernière preuve pour démontrer la fausseté du raisonnement de Touiller, nous le trouverions dans l'exposé des motifs des articles 326 et 327. Cambacérès disait, à ce sujet, que la compétence exclusive des tribunaux civils à l'égard des questions d'état créait une situation contraire au droit commun.

Ainsi, en règle générale, les tribunaux de

répression sont compétents pour connaître des exceptions civiles soulevées par le prévenu au cours de l'instruction ou des débats. Elles ne doivent être renvoyées devant d'autres juges que lorsqu'elles ont été formellement distraites de la juridiction criminelle et c'est alors, ainsi que nous l'avons dit, qu'elles prennent le nom de questions préjudicielles. Lorsque des exceptions de cette nature sont jugées par les tribunaux de répression, la preuve testimoniale ne doit être admise, à leur égard, que si, dans la même hypothèse, elle eût été reçue par les tribunaux civils.

XII. — L'application de cette dernière règle nécessite des développements. Lorsqu'il s'agit de la destruction ou soustraction d'un titre, la preuve de son existence pourra se faire par témoins et il n'y aura pas lieu à examen préjudiciel du fait civil de l'obligation. La preuve du titre ne peut, en effet, être séparée de celle du délit consistant dans sa soustraction. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, d'établir par témoins une *obligation*, mais la *preuve soustraite* de cette obligation. On ne peut objecter au plaignant le défaut de titre, puisque c'est le titre lui-même qu'il réclame. Il s'est, en tout point, conformé aux prescriptions de l'article 1341, et s'il ne rapporte pas la preuve de la convention qu'il prétend exister, c'est qu'il se trouve dans le cas fortuit prévu par le 4<sup>o</sup> de l'ar-

ticle 1348, et pour établir ce cas fortuit tous les moyens de preuve sont recevables.

M. Garnier Dubourgneuf, dans sa dissertation publiée par la *Revue de Législation*, distingue entre le cas où le titre a été soustrait par le souscripteur et le cas où il a été soustrait par un tiers. Dans cette dernière hypothèse, dit-il, il n'y a pas d'inconvénient à admettre la preuve testimoniale, on n'a pas à redouter que le plaignant se procure par une voie détournée la preuve d'une obligation qu'il n'a le droit d'établir que par un acte écrit. Il n'en est pas de même dans le cas où le prétendu coupable est le souscripteur du titre soustrait. Dans ce cas, expose M. Garnier Dubourgneuf, il n'est pas permis au plaignant de se servir de la preuve testimoniale, car ce serait faire indirectement ce que la loi défend; ce serait établir, par témoins, une obligation que la loi ne permet de prouver que par un titre. Cette distinction n'est pas admissible. Dans un cas comme dans l'autre, le plaignant s'est conformé aux prescriptions de l'article 1341, puisqu'il a fait constater par un acte écrit l'obligation dont il réclame le titre, lequel lui a été soustrait par un des cas de force majeure prévus par l'article 1348 du Code Civil. On ne saurait exiger de lui autre chose et vouloir qu'il apporte, de l'existence du titre qu'il réclame, une preuve écrite. Ce serait demander plus que la loi n'ordonne. Ce serait aussi rendre toute

poursuite impossible chaque fois que le coupable serait le souscripteur de l'obligation.

M. Garnier Dubourgneuf ne croit pas non plus que l'on puisse admettre *de plano* le vol comme rentrant parmi les cas fortuits prévus par l'article 1348. C'est évidemment une seconde erreur ; où trouvera-t-on, en effet, un cas de force majeure plus caractérisé que le vol ? La force majeure pour le propriétaire d'un titre est toute circonstance à laquelle il n'a pu s'opposer, soit parce qu'elle s'est accomplie à son insu, soit parce qu'il n'a pu résister. Le vol rentre, à n'en point douter, dans cette catégorie et en demandant qu'au vol se joigne un fait de pillage ou d'incendie, M. Garnier Dubourgneuf va plus loin que ne le veut la loi.

XIII. — Il doit en être de la soustraction et de la destruction d'une contre-lettre comme de la soustraction d'un titre. Mangin est d'un avis contraire. Ici, dit-il, il y aurait danger à admettre la preuve testimoniale, parce que ce serait détruire par une voie détournée l'effet de la preuve écrite. Il rapporte, à l'appui de son opinion, un arrêt de la Cour de Cassation en date du 5 avril 1817, qui contient une étrange doctrine.

Cet arrêt pose, en effet, en principe (ce qui n'a jamais été soutenu par personne), qu'en règle générale, une plainte en soustraction de titre doit être accompagnée de la preuve de l'existence du titre ; et il applique cette théorie incompréhen-

sible au cas dans lequel il s'agit d'une contre-lettre. Mangin n'admet pas, sans doute, la règle générale, mais il approuve l'application particulière qu'en fait l'arrêt; voici comment s'exprime cet auteur :

« La décision que consacre cet arrêt, est absolument à l'abri de toute critique, parce qu'admettre la preuve testimoniale de l'existence et de la soustraction d'une prétendue contre-lettre qui modifie des obligations civiles dont la preuve littérale est représentée, ce serait ouvrir une voie indirecte pour faire recevoir *la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes*, ce que défend l'article 1341 du Code Civil; et tel aurait dû être le motif de l'arrêt. Au lieu de cela, il porte d'une manière générale et absolue que, dans les plaintes en soustraction de titres, il faut rapporter ou la preuve ou un commencement de preuve par écrit de la préexistence du titre soustrait; doctrine qui n'est pas exacte et qui n'a jamais été soutenue par personne. »

Ce raisonnement n'est que spécieux. Le cas de la soustraction d'une contre-lettre est identique à celui dans lequel il s'agit d'un titre volé ou détruit. En effet, dans l'un, comme dans l'autre cas, il s'agit d'un contractant qui s'est conformé aux règles prescrites par l'article 1341; dans les deux

hypothèses, il a été victime d'un des cas fortuits prévus par l'article 1348. Que l'obligation résulte d'une contre-lettre ou qu'elle résulte d'un simple contrat, les prescriptions de ces deux articles sont les mêmes.

Nous assimilerons au délit de soustraction ou de destruction de titre, quant au mode de preuve recevable devant les tribunaux de répression, le délit de banqueroute par simulation de dettes et celui d'habitude d'usure. Dans ces deux derniers cas, en effet, comme dans le premier, la preuve de l'existence du délit est identifiée avec la preuve de l'acte duquel il résulte, et le contrat ou fait civil se confond avec le délit lui-même.

XIV. — Il n'en est pas ainsi, au contraire, lorsque le fait civil est antérieur au délit ; son existence est alors indépendante de la sienne, et il ne lui est plus lié que parce qu'en lui repose la base ou un élément essentiel du délit. C'est ce qui a lieu dans les divers cas prévus par l'article 408 du Code pénal et dans celui d'une poursuite pour faux serment. Dans ces différentes hypothèses, en effet, le délit et le fait civil font deux ; l'un dépend de l'autre, sans doute, mais ils ont une existence distincte, et il y a lieu, pour le juge, de les constater séparément l'un et l'autre. Le même tribunal sera compétent pour les juger tous les deux, puisque le fait civil ne se présente que comme une exception au délit dont il est vala-

blement saisi, mais il devra, à l'égard du contrat ou de l'obligation, s'en tenir aux règles fixées par l'article 1341. Dans les espèces prévues par l'article 408 du Code Pénal, le délit n'est pas dans le contrat mais dans sa violation; au contrat les modes de preuves qui lui sont propres, à sa violation toutes les preuves qu'autorise la procédure criminelle; c'est ce qu'a très-nettement décidé la Cour de Cassation, dans son arrêt du 2 décembre 1813.

Ainsi, dans le cas où il s'agit d'un dépôt, le Code de commerce permettant aux négociants de l'établir par témoin, le juge de répression pourra, dans les mêmes circonstances, admettre la preuve testimoniale. Il en sera de même dans le cas de dépôt nécessaire ou de celui qui est fait par un voyageur dans une hôtellerie : art. 1348, § 2, Code Civil. Nous remarquons également que l'article 1341 n'exige la preuve littérale qu'à l'égard du dépositaire, et que le dépôt dont la violation est le fait d'un tiers, peut être prouvé par le déposant à l'aide des moyens qui sont en son pouvoir.

Lorsque le prévenu s'inscrira en faux contre la preuve écrite qui lui sera opposée, il y aura lieu à renvoi, à moins que les conditions exigées par l'article 460 du Code criminel ne soient remplies, car alors les tribunaux de répression statueraient criminellement : en cas contraire, s'il n'y avait lieu qu'à un faux incident civil, les

règles fixées pour cette matière par les art. 214 et suivants du Code de procédure civile étant incompatibles avec l'organisation des tribunaux criminels, il y aurait lieu à un renvoi devant la juridiction civile.

XV. — On s'est demandé si, dans le cas d'une poursuite pour abus de blanc-seing, il y avait lieu à un examen préjudiciel du fait de la remise du blanc-seing. La question est celle-ci. Le fait de la remise de la feuille sur laquelle était la signature dont on a abusé, peut-il être séparé, quant à sa preuve, de la convention écrite au-dessus du blanc-seing et constituant l'abus? Si la réponse est négative, si l'on ne peut établir la remise de la feuille sans établir la preuve de la convention qu'elle contient, il est certain que l'on devra appliquer à l'examen préjudiciel de la remise les règles prescrites par l'article 1341. La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 5 mai 1821, s'exprime ainsi sur cette question : « Attendu que, « lorsque le délit allégué consiste dans l'abus « d'un blanc-seing au-dessus duquel on aurait « écrit une convention d'une valeur supérieure à « 150 francs, la feuille sur laquelle le prétendu « blanc-seing aurait été donné, contient un acte « complet, et qu'on ne peut séparer la conven- « tion qu'il renferme, de la feuille qui la constate, « pour être admis à prouver par témoins la « remise d'un blanc-seing sur cette feuille, et

« par suite, l'abus qui en aurait été fait, à moins  
« qu'il ne fut articulé que cette remise a été le  
« résultat de la fraude ou de la violence; que  
« s'il en était autrement, il ne serait pas d'acte  
« privé d'une valeur supérieure à 150 francs  
« qui ne put être attaqué et détruit par la preuve  
« testimoniale, contrairement aux dispositions  
« du Code Civil; qu'il faut donc que la remise  
« du blanc-seing, dont la valeur est d'ailleurs  
« indéterminée, soit prouvée conformément à ces  
« dispositions, pour que les tribunaux correc-  
« tionnels puissent vérifier l'abus qui en aurait  
« été fait. » Cette solution est le bon sens même;  
si elle n'était admise, ainsi que le porte l'arrêt;  
il n'y aurait pas d'acte privé qui ne put être at-  
taqué par la preuve testimoniale, sous prétexte  
d'abus de blanc-seing.

MM. Chauveau et Hélie admettent une doctrine opposée : ils pensent que la convention écrite sur la feuille n'est pas intimement liée au fait de la remise du blanc-seing; qu'il est, en conséquence, permis d'établir ce dernier par la preuve testimoniale quel que soit le montant de l'obligation. M. Faustin Hélie, dans son *Traité de l'instruction criminelle*, se rapproche, néanmoins, du système de la Cour de Cassation. Il pense, en effet, que si la remise était par elle-même une convention telle qu'un mandat ou un dépôt, la doctrine de la cour suprême serait inattaquable ;

et comme il en est généralement ainsi, comme la remise du blanc-seing est presque toujours faite en vue d'un usage convenu, M. Faustin Hélie se range presque à l'opinion émise par la jurisprudence.

XVI. — Ce que nous venons de dire au sujet du dépôt ou de la remise du blanc-seing s'applique également au cas où il s'agit d'une poursuite pour faux serment en matière civile. La convention qui fait l'objet du faux serment constitue, en effet, un acte antérieur au délit, et distinct, quant à sa preuve, de celui-ci : il faudra donc, à son égard, s'en référer aux règles prescrites par l'article 1341 du Code Civil. Un certain nombre d'auteurs, d'accord en cela avec la jurisprudence constante des tribunaux belges, admettent une doctrine contraire. L'article 1341, disent-ils, ne concerne que les intérêts civils et n'est pas applicable au cas où l'action publique seule est en cause ; d'un autre côté, l'article 1363 du même Code expose que le serment décisoire une fois prêté, la partie perdante n'est pas admise à en prouver la fausseté. Il suit de là, ajoutent ces mêmes auteurs, qu'aucun intérêt privé ne se rattachant à la preuve de la fausseté du serment, il n'y a pas lieu d'observer à son égard les règles de l'article 1341. Tout étant définitivement terminé au civil, il n'y a plus qu'à appliquer à celui qui a gagné sa cause par un

mensonge les peines du parjure ; pour cela, tous les moyens de preuve sont recevables.

Ce raisonnement pêche par sa base. L'article 1363 n'a pas, en effet, le but qu'on lui prête : il interdit seulement à la partie civile qui a succombé dans le serment décisoire de chercher à en établir la fausseté. Le législateur a pensé que, s'il en était autrement, le serment qui a pour but de terminer les débats manquerait son effet et qu'un procès ne prendrait fin que pour donner naissance à un autre. Il n'est ni dans la lettre, ni dans l'esprit du Code d'interdire à la partie qui a succombé dans le serment décisoire de profiter de la preuve acquise par une autre procédure de la fausseté du serment. Ainsi, la partie lésée n'aura pas le droit de prouver elle-même le mensonge ; mais lorsque la juridiction criminelle aura frappé le parjure, peut-on dire que son jugement n'aura pas autorité de chose jugée au civil ? Evidemment non : et, dans ce cas, il faudra bien reconnaître à la partie perdante le droit de se prévaloir de la décision criminelle. C'est ce qui ressort, d'ailleurs, de la discussion à laquelle donna lieu, au Corps législatif, l'article 1363 : *Loché XXX, 458 — XV, 429 et suiv.*

Pour terminer cette question, nous croyons devoir reproduire un passage du répertoire de M. Achille Morin. « De ce que la loi défend, dit « cet auteur, à la partie qui a déféré le serment

« à son adversaire, d'en prouver elle-même la  
« fausseté devant les tribunaux soit civils, soit  
« criminels, il n'en doit pas nécessairement ré-  
« sulter que la constatation du faux serment,  
« sur la poursuite du ministère public seul,  
« doive être absolument stérile pour la partie  
« lésée. La prohibition de la loi est pleinement  
« respectée, quand la fausseté du serment se  
« trouve constatée par un jugement criminel,  
« sans la participation de cette partie. Alors il  
« ne s'agit plus de remettre en question un pro-  
« cès jugé, ni même de prouver un crime impli-  
« quant une obligation méconnue. La preuve  
« faite du faux serment doit ouvrir à la partie  
« lésée une action civile en réparation du dom-  
« mage causé par ce crime constaté, sans quoi  
« il y aurait souveraine injustice et scandaleux  
« encouragement au parjure. Nous adoptons  
« pleinement, à titre d'explication, la disposition  
« suivante du Code civil de Sardaigne (art. 1480)  
« reproduite par celui du canton de Vaud (arti-  
« cle 1017) : « Lorsque le serment déféré ou ré-  
« féré a été fait, l'adversaire n'est point recevable  
« à en prouver la fausseté. *Si cependant la faus-*  
« *seté en a été établie par un jugement criminel,*  
« les effets civils du serment décisoire n'en sub-  
« sistent pas moins, *sauf à celui au préjudice*  
« *duquel il a été fait à exercer l'action en dom-*  
« *mages-intérêts qu'il peut avoir en vertu du*

« *jugement criminel.* » Les tribunaux de répression étant aussi appelés à statuer sur les exceptions soulevées par les prévenus ou les accusés lorsqu'elles se rapportent à l'interprétation des contrats, il y aura lieu pour eux d'appliquer sur ce point les règles des articles 1341 et suiv.

XVII. — Il nous reste encore à étudier les conséquences de la recevabilité de la preuve littéraire devant les tribunaux de répression dans les divers cas où la question soulevée exige son emploi. Il ne peut être douteux que c'est au tribunal criminel de décider s'il y a ou n'y a pas un commencement de preuve écrite. Lorsque ce commencement de preuve n'existe pas, le ministère public étant arrêté par une question préjudicielle, le tribunal doit surseoir à toute poursuite. Il ne doit pas se déclarer incompétent et renvoyer son examen à un autre tribunal ; il est, en effet, juge de l'action, et par conséquent juge de l'exception, c'est donc à lui qu'il appartient de statuer sur celle-ci. Il ne peut davantage déclarer la plainte mal fondée, ce serait juger le fonds, et il ne peut en connaître que lorsque la question préjudicielle sera résolue. C'est donc à tort que Merlin, d'accord avec un arrêt en date du 20 frimaire an XIII, pense que le tribunal de répression devra renvoyer la question préjudicielle devant les tribunaux civils. La décision du tribunal est toute tracée par la difficulté même

en présence de laquelle il se trouve : c'est le défaut de preuve écrite qui l'empêche de statuer sur l'exception et par suite sur le fonds, il devra donc déclarer la plainte ou la poursuite *non recevable quant à présent*, et, en renvoyant les parties, se réserver de juger lorsque la preuve littérale sera représentée. Voyez, dans ce sens, un arrêt du 2 décembre 1812 rapporté par Mangin, t. II, p. 386.

Les prescriptions de l'article 1341 étant d'ordre public, le prévenu peut se pourvoir contre tout jugement interlocutoire ou définitif, qui aurait illégalement admis, contre lui, l'audition des témoins à l'égard d'une question préjudicielle. Si le prévenu n'a pas usé de cette faculté, si, bien qu'ayant protesté contre l'admission de la preuve testimoniale, il n'a pas obtenu la réformation de la décision des juges criminels sur l'exception, il ne sera plus recevable à attaquer leur sentence sur l'action principale lorsque avant ce jugement un commencement de preuve écrite aura été découvert. C'est ce qui est admis par un arrêt de la Cour de Cassation du 31 juillet 1812.

Il a été décidé encore par la même Cour que lorsqu'un accusé ne se sera pas pourvu contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation admettant illégalement la preuve testimoniale sur une exception, il ne sera pas recevable à se pourvoir de ce chef contre l'arrêt de la Cour d'assises qui

l'aura condamné. Les raisons de décider ainsi sont développées dans les conclusions que Merlin, alors avocat général, donna devant la Cour de Cassation le 5 septembre 1812. Ce magistrat s'exprimait ainsi : « Si le réclamanant s'était pourvu  
« en cassation, contre l'arrêt de mise en accu-  
« sation, dans le délai de la loi, vous auriez vrai-  
« semblablement accueilli son recours, sans la  
« moindre hésitation; vous auriez vaiseusement  
« cassé cet arrêt, comme motivant une  
« accusation sur un fait qui, dans l'état où se  
« trouvait alors la procédure, ne pouvait pas  
« être considéré comme un crime, faute de preuve  
« légale du fait antérieur qui le présupposait.

« Mais aujourd'hui, qui nous répond que, de-  
« vant les jurés, le réclamanant n'a pas avoué le  
« fait du paiement des 200 francs, qui nous ré-  
« pondra que du moins il n'a pas laissé échapper  
« devant les jurés de ces demi-aveux, de ces  
« contradictions qui peuvent être assimilées à  
« des commencements de preuves par écrit? et  
« seriez-vous assez téméraires pour entreprendre  
« de soulever le voile religieux qui couvre la dé-  
« libération des jurés, de sonder le fond de leur  
« conscience, et d'y chercher les éléments de la  
« conviction qu'ils ont manifestée par leur déclara-  
« tion? »

Nous arrêterons ici la partie de notre étude relative aux questions préjudicielles de la compé-

tence des tribunaux de répression, et nous examinerons maintenant les divers cas dans lesquels les tribunaux de répression ont été déclarés incompétents par le législateur.

### CHAPITRE III

DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES A L'ÉGARD DESQUELLES LES TRIBUNAUX DE RÉPRESSION SONT INCOMPÉTENTS. — DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES A L'ACTION.

#### § 1.

XVIII. — En Droit romain, ainsi que nous l'avons dit, il n'y avait pas de questions préjudicielles dans le sens que nous leur donnons; le juge de l'action était, à leur égard, juge de l'exception. Dans notre Ancien droit, on appliquait la théorie romaine dans toutes les hypothèses. Cela était d'ailleurs naturel, les juridictions ne différaient pas sensiblement entre elles, elles n'étaient pas indépendantes l'une de l'autre, et les modes de procéder étaient à peu près les mêmes au civil et au criminel. Notre organisation judiciaire ayant changé, il a paru à notre législateur qu'il était des questions intéressant d'une manière si directe les intérêts civils les plus précieux, des questions dont la solution était si difficile et si

peu en harmonie avec le mode de procéder des tribunaux criminels que l'intérêt d'une justice sainement entendue exigeait qu'à leur égard il soit dérogé à la règle d'après laquelle l'action publique est indépendante de l'action civile et au principe qui donne au juge de l'action le pouvoir de connaître de l'exception. C'est pour cela que les articles 326 et 327 interdisent au ministère public de poursuivre un délit tendant à la suppression d'un état avant que les tribunaux civils n'aient statué sur l'état; c'est ainsi encore que les questions relatives à la propriété immobilière restent dans le domaine exclusif des tribunaux civils, et qu'une exception de cette nature doit leur être renvoyée lorsqu'elle est soulevée dans une instance criminelle. De là deux ordres de questions préjudicielles proprement dites. Les unes sont préjudicielles à l'exercice même de l'action publique; les autres au seul jugement de l'action. Les premières ont pour résultat d'empêcher la poursuite à laquelle elles se réfèrent et d'annuler la procédure qui aurait été commencée avant leur jugement définitif; l'effet des dernières est de suspendre seulement les débats au cours desquels elles ont été soulevées. Nous les examinerons dans des chapitres différents.

XIX. — Avant d'aller plus loin nous croyons devoir parler de la note rédigée par le président Barris. La Cour de Cassation ayant eu à se précoc-

cuper souvent des difficultés soulevées par les questions préjudicielles, résolut, en face du silence gardé par le législateur, d'arrêter à leur égard la jurisprudence des tribunaux français. Le 5 novembre 1813 elle chargea son président de réunir dans une note les principes de cette matière et de tracer ainsi aux magistrats les règles d'après lesquelles leurs sentences devaient, à l'avenir, être rendues. Malheureusement cette note n'était pas très-complète; il était d'ailleurs difficile de prévoir tous les cas qui pourraient se présenter. Aussi, depuis lors, de nombreuses difficultés se sont-elles soulevées : des hypothèses nouvelles se sont-elles offertes qui ont donné naissance à des systèmes contraires. C'est ainsi qu'il n'est rien dit des questions préjudicielles à l'action publique, parce qu'à leur égard on croyait les articles 326 et 327 assez explicites : nous verrons cependant qu'elles ont donné lieu à bien des controverses.

## § 2.

XX. — Il est dérogé tout d'abord à la règle d'après laquelle l'action publique est indépendante de l'action civile au sujet des questions d'état relatives à la filiation.

On entend, en général, par question d'état toute question se référant à la position qu'occupe une

personne au sein de la société par rapport aux autres membres de cette société. Envisagées dans ce sens large elles embrassent l'homme considéré comme citoyen, comme jouissant de ses droits civils et enfin comme membre d'une famille, s'étendant alors à ses diverses qualités d'enfant, légitime ou naturel, d'époux ou de père. A Rome les questions d'état envisageaient aussi la position d'un individu au sein de la société, suivant qu'il était homme libre, citoyen romain, affranchi ou esclave. Les articles 326 et 327 ne leur donnent pas cette étendue ; ils ne se réfèrent qu'à la position d'un individu dans sa famille, par rapport à la seule filiation. Cela résulte de la place qu'ils occupent dans le Code et de leurs termes.

XXI. — Le premier de ces deux articles attribue d'une façon exclusive aux tribunaux civils la connaissance de toutes les difficultés qui pourraient s'élever au sujet des questions d'état. De quelque façon qu'un différend soit soulevé à leur égard, dans n'importe quelle circonstance qu'il se présente, il devra toujours donner lieu à une action principale dont la connaissance sera exclusivement attribuée aux tribunaux civils. Les motifs de l'incompétence absolue de la juridiction criminelle à l'égard des questions d'état de filiation sont, d'un côté, leur grande importance et, de l'autre, les difficultés qu'elles soulèvent pres-

que toujours. De ces questions dépendent, non-seulement la fortune des citoyens, la possession et la dévolution des biens patrimoniaux, mais encore l'harmonie dans la société. Elles révèlent bien des fois l'inconduite d'un des époux, des fautes oubliées ou peut-être ignorées qu'une famille a le plus grand intérêt à laisser dans l'oubli. Enfin, et c'est la principale considération, si la maternité se révèle par des signes extérieurs, il n'en est pas de même de la paternité et ses secrets ne peuvent être découverts qu'avec bien des peines et bien des précautions; or, si la loi doit faciliter à un enfant les moyens de retrouver le foyer auquel il a, par sa naissance, le droit de s'asseoir; il faut aussi qu'elle veille à ce qu'il ne soit pas permis à un imposteur de s'introduire dans une famille qui n'est pas la sienne. En présence d'une situation si délicate, de questions sur lesquelles reposent des intérêts si grands et qui soulèvent tant de difficultés, le législateur a cru devoir organiser un système de preuves particulier.

Il a tracé dans les articles 319 et suivants du Code Civil les règles d'après lesquelles un enfant pourrait établir sa naissance; dans les articles 192 à 195 du Code Pénal il a assuré la bonne tenue des registres destinés à faire la preuve de l'état des personnes, et dans les articles 345 et suivants du même Code il a édicté des peines

contre ceux qui, par des manœuvres coupables, chercheraient à priver un enfant des moyens de retrouver la famille à laquelle il appartient.

Toutes ces précautions eussent été vaines s'il eût été permis de porter une contestation d'état devant les tribunaux chargés de la répression. Sans doute les modes de preuve particuliers qui sont édictés pour les questions d'état auraient dû et pu leur être appliquées devant les tribunaux criminels, puisqu'ainsi que nous l'avons vu les modes de preuves sont attributifs d'une matière et non d'une juridiction, mais cette garantie n'était pas suffisante. Il n'était pas certain d'abord que la question d'état se détachât avec évidence du délit, objet de la poursuite, et pût ainsi donner lieu à une question préjudicielle; il pouvait arriver qu'elle fût dissimulée d'une façon si complète dans l'infraction qu'il n'y eût pas à lui appliquer des règles particulières, alors que cependant le jugement criminel dût avoir sur la question de filiation une influence nécessaire. De là, pour la partie qui se prétendrait lésée, la possibilité d'éviter les prescriptions des articles 319 et suivants en dissimulant, sous les apparences d'une plainte, une véritable réclamation d'état. En admettant, ensuite, que la réclamation d'état fût distincte de la poursuite, il restait manifeste que la procédure rapide des tribunaux de répression était incompatible avec la patiente lenteur que réclament les

modes de preuve exigés pour les questions d'état. Les enquêtes, les contre-enquêtes auxquelles il faudra procéder s'harmonisent mal avec l'organisation des tribunaux criminels et réclament les formes plus sages du civil. Enfin, dans un délit intéressant l'état des personnes, il ne faut pas considérer seulement l'intérêt de la société à la répression d'un acte attentatoire à l'ordre social, il faut encore, et je dirai même surtout, considérer l'intérêt de ceux qui ont été lésés dans leur état. L'intérieur d'une famille cache parfois tant de positions irrégulières, tant de fautes inconnues du public, ignorées même du magistrat qui doit mettre en mouvement l'action publique; or une poursuite soulevant une question d'état aurait pour effet de mettre au grand jour une situation si bien cachée. N'est-il pas juste de dire que, dans ce cas, le principal intéressé c'est la famille et non pas la société, et que, par suite, il n'appartient qu'à celui d'entre ses membres qui se prétend lésé de faire naître une contestation d'état à l'égard de laquelle le ministère public ne saurait être juste appréciateur de l'opportunité d'une poursuite? C'est ce qui faisait dire à Portalis, dans la séance du 7 novembre 1801 : « L'inconvénient de laisser un enfant dans l'obscurité est moins grand que celui d'exposer toutes les familles à être troublées. »

Tels sont les motifs qui ont dicté au législateur

l'article 327 du Code Civil. Il est ainsi conçu :  
« *L'action criminelle, contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état.* »

XXII. — Dans notre ancienne jurisprudence, les poursuites contre un délit portant atteinte à l'état des personnes n'étaient pas arrêtées par les nécessités d'un jugement préalable sur la question d'état. Le tribunal criminel pouvait connaître de l'exception soulevée sur ce point au cours d'un procès criminel, mais il était du devoir des magistrats de veiller à ce que, sous le couvert d'une poursuite sans fondement sérieux, on ne dissimulât une véritable réclamation d'état. M. l'avocat général Gilbert des Voisins, dans le réquisitoire qu'il prononça au Parlement de Paris, le 19 juin 1724, lors de l'affaire de la demoiselle de Choiseul, s'exprimait ainsi : « L'état des personnes est un objet civil en soi-même ; mais il « donne lieu de commettre de grands crimes. « Non-seulement on peut se l'attribuer par erreur, mais on peut entreprendre aussi de « l'usurper par une imposture criminelle. On « peut le contester de bonne foi, mais on peut « aussi être coupable, en le supprimant à dessein « formé. D'un côté, la suppression de l'état d'autrui, lorsqu'elle est accompagnée de préméditation et de noirceur, et de l'autre côté, l'usurpation d'un état faux et supposé, lorsqu'elle est

« concertée avec artifice, ont toujours été mis  
« au rang des crimes que la justice poursuit  
« avec le plus de rigueur. Ainsi nous ne balan-  
« çons pas à dire que, toutes les fois qu'il s'agit  
« de poursuivre un imposteur qui se donne pour  
« ce qu'il sait qu'il n'est pas, ou un plagiaire  
« qui machine de supprimer l'état d'autrui, la  
« disposition des ordonnances civiles ne fait point  
« d'obstacle ; on n'est point astreint au genre de  
« preuve qu'elles exigent. Il s'agit alors de prou-  
« ver un crime punissable et odieux ; et, en ma-  
« tière de crime, la justice ne rejette aucune  
« preuve ; c'est même sur la preuve par témoins  
« qu'elle se fonde le plus ordinairement.

« On a prétendu que, dans les accusations  
« impliquées avec une question d'état, il fallait  
« d'abord traiter la question d'état par la voie  
« civile, et que ce n'était qu'après son évène-  
« ment qu'on pouvait passer à la poursuite cri-  
« minelle. Il serait d'une trop funeste consé-  
« quence d'interdire toute accusation d'impos-  
« ture ou de suppression d'état, jusqu'à ce que  
« l'état fût contesté par la voie civile. L'impos-  
« teur, muni des titres de l'état qu'il s'attribue,  
« serait en pleine sûreté, dès qu'il ne pourrait  
« être convaincu que par des témoins qu'on ne  
« pourrait faire entendre. Celui qui aurait en-  
« trepris de supprimer l'état d'autrui serait d'au-  
« tant plus invulnérable, qu'il aurait pris plus

« de soin d'en dérober toutes les preuves écrites,  
« et trouverait la source de l'impunité dans la  
« consommation complète de son crime. Cet  
« excès n'est pas probable. Il faut seulement évi-  
« ter un excès contraire. Rejeter indistinctement  
« toutes les accusations de cette nature, tant que  
« l'état n'est pas prouvé civilement, c'est favori-  
« ser le coupable, c'est procurer l'impunité du  
« crime, c'est choquer ouvertement les premiers  
« principes des matières criminelles. Mais auto-  
« riser toutes les accusations sans discernement  
« et sans choix, n'est-ce point ouvrir la porte à  
« un artifice dangereux, qui peut, sous l'appar-  
« ence d'une accusation frivole, ne tendre, en  
« effet, qu'à se procurer une preuve testimoniale  
« de l'état, toujours difficile à faire admettre par  
« la voie civile? Cet artifice est fréquent dans  
« l'usage; mais il n'a pas échappé à la pénétra-  
« tion de la justice, et il y a longtemps que sa  
« prudence a trouvé le moyen de le réprimer.

« En toute affaire criminelle, il faut premiè-  
« rement un titre d'accusation qualifié, et ensuite  
« une procédure qui tende sérieusement à en  
« acquérir la preuve. Toutes les fois qu'une  
« plainte rendue en justice présente, dans son  
« exposé, les caractères d'un crime qui mérite  
« d'être poursuivi, il est difficile que la justice  
« refuse à l'accusateur la permission d'en infor-  
« mer; l'information est une voie de droit en

« matière de crime. Mais en accordant cette  
« permission, la justice suppose que l'accusateur  
« l'exécutera à la lettre, c'est-à-dire qu'il s'atta-  
« chera à instruire et prouver ce qui fait le véri-  
« table titre d'accusation.....

« Lorsque le titre d'accusation a quelque rap-  
« port au civil, l'implication du civil et du cri-  
« minel n'empêche pas ordinairement la justice  
« de permettre d'abord d'informer; mais comme  
« son intention n'est pas d'autoriser un détour  
« qui élude la disposition de la loi sur les matiè-  
« res civiles, elle est attentive d'avance à ce qui  
« résultera de l'information, et si elle reconnaît  
« que dans cette information on ne s'est attaché  
« qu'à faire la preuve du civil et qu'on a négligé  
« le criminel, elle regarde le titre d'occasion  
« comme une couleur employée pour la surpren-  
« dre; elle désavoue aisément tout ce qu'elle a  
« fait et se porte à le réformer, à le détruire.  
« Pour former une procédure criminelle, il faut  
« un titre sérieux d'accusation et ce titre ne passe  
« pour tel qu'autant que les premières charges,  
« les premières informations y répondent sé-  
« rieusement. Ce principe est un remède efficace  
« aux inconvénients qu'on pourrait craindre dans  
« le cas où l'accusation a quelque rapport au civil  
« et surtout en ce qui regarde l'état des per-  
« sonnes (1). »

(1) Nouveau Denisart, t. VIII, p. 23. (Voyez aussi un arrêt du 25 brumaire an XIII.)

Une semblable jurisprudence ne pouvait pas donner de bons résultats. Il n'était pas possible que l'examen sommaire auquel les magistrats se livraient des allégations de la partie civile leur permît de distinguer une plainte sincère d'une véritable réclamation d'état. De là des inconvénients nombreux et inévitables auxquels le Code Civil a mis fin.

Il nous reste à voir quels sont les caractères de l'incompétence résultant pour les tribunaux de répression des articles 326 et 327 et quels sont les délits auxquels s'applique l'interdiction de poursuivre. Nous nous demanderons enfin, en terminant, si les questions d'état se rapportant à la filiation naturelle ne doivent pas, comme celles qui se réfèrent à la filiation légitime, être constitutives de questions préjudicielles.

XXIII. — Nous avons vu que les questions préjudicielles à l'action publique avaient pour effet d'empêcher tout commencement de poursuite contre le délit, au sujet duquel elles étaient soulevées. De là vient que si l'action publique avait été intentée contre une suppression d'état avant le jugement civil sur la question d'état, les actes de la procédure déjà faits devraient être considérés comme nuls et de nul effet. Ce n'est pas une simple suspension de la poursuite qui est ordonnée par l'article 327, mais une annulation complète de l'instruction. L'incompétence des tribu-

naux criminels leur enlevant tout pouvoir de statuer, il s'ensuit qu'elle peut être opposée en tout état de cause et que l'exception doit toujours être accueillie. Il y a plus ; le renvoi pour incompétence étant d'ordre public, le tribunal saisi d'une poursuite en suppression, sans qu'on lui ait représenté le jugement sur la question d'état, devra d'office se déclarer incompétent et annuler la procédure.

Les auteurs se sont demandés ce qu'il faut décider lorsque l'incompétence n'est opposée que devant la Cour d'Assises. Un arrêt du 27 novembre 1829, rendu par la Cour de Maine-et-Loire, a décidé qu'un accusé ne s'étant pas pourvu dans les délais légaux contre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation, n'est plus recevable à opposer l'incompétence devant la Cour d'Assises, parce que l'arrêt de renvoi l'avait régulièrement saisie. Cette opinion n'a pas été soutenue. Il n'est pas admissible, en effet, que la Cour d'Assises, se reconnaissant frappée d'une incompétence absolue, doive juger par la seule raison qu'elle se trouve saisie de l'affaire. Aussi les auteurs et la Cour de Cassation ont-ils reconnus que l'exception d'incompétence opposée pour la première fois devant la Cour d'Assises devait être accueillie. Que décider néanmoins à l'égard de l'ordonnance de prise de corps ? On sait qu'elle ne peut être annihilée que par l'acquiescement ou l'absolution de l'accusé.

XXIV. — La jurisprudence de la Cour de Cassation présente, sur ce point, deux arrêts contradictoires. L'un, portant la date du 21 mars 1813, veut que la Cour d'Assises mette l'accusé en liberté, nonobstant l'ordonnance de prise de corps ; l'autre, à la date du 22 juin 1820, dit que la Cour doit se déclarer incompétente, mais qu'elle ne peut annuler l'ordonnance de prise de corps. Les auteurs se sont, à l'exemple de la Cour suprême, partagés entre deux opinions. Les uns, comme Mangin, disent que la Cour d'Assises ne peut, en se déclarant incompétente, mettre l'accusé en liberté, parce qu'il lui faudrait annuler l'arrêt de renvoi, ce qui ne peut être fait que par un pourvoi en cassation. Mangin cite, à l'appui de sa doctrine, l'arrêt du 22 juin, il est ainsi conçu : « Attendu qu'en maintenant l'effet de l'or-  
« donnance de prise de corps, qui ne peut être  
« anéantie que par une ordonnance d'acquitte-  
« ment ou un arrêt d'absolution, la Cour d'As-  
« sises du département de l'Aisne s'est conformée  
« aux règles de compétence établies par la loi ;  
« que les accusés ont reçu l'avertissement pres-  
« crit par l'article 296 du Code d'Instruction, et  
« qu'ils ne se sont pas néanmoins pourvus dans  
« le délai de cet article contre l'arrêt de mise en  
« accusation, et le renvoi devant la Cour d'As-  
« sises ; qu'ils sont donc non-recevables à en de-  
« mander la nullité, et que cet arrêt doit recevoir

« son exécution dans les dispositions principales  
« et dans l'ordonnance de prise de corps qui en a  
« été la suite légale. » Nous ne saurions admettre  
cette opinion, et nous pensons, avec M. Faustin  
Hélie, que la mise en liberté de l'accusé est une  
conséquence naturelle de l'incompétence de la  
Cour d'Assises. Il faut, en effet, donner aux ter-  
mes du Code une explication d'après laquelle ils  
aient un sens raisonnable. Or, s'il veut que la  
Chambre d'accusation saisisse la Cour d'Assises  
pour qu'elle juge conformément à la loi, c'est évi-  
demment afin qu'elle fasse de l'accusé ce que la  
loi permet d'en faire; sans doute, l'ordonnance  
de prise de corps ne peut être levée que par un  
acquiescement ou par une absolution, mais cela ne  
peut s'appliquer au cas où ni l'absolution ni l'ac-  
quiescement ne peuvent intervenir. D'ailleurs, si  
l'arrêt de renvoi pouvait produire son effet, ne  
serait-ce pas convertir une question préjudicielle à  
l'action en une question préjudicielle au jugement.  
Ne perdons pas de vue que l'incompétence des  
tribunaux criminels est ici absolue, qu'ils ne peu-  
vent prendre aucune mesure qui ne soit annulée  
par l'effet d'une exception relative à une question  
d'état. Quelle ne serait pas enfin la singulière posi-  
tion faite à l'accusé par le système que nous re-  
poussons, si personne n'avait intérêt à faire juger  
la question d'état! Placé entre l'impossibilité de  
recouvrer la liberté par l'effet d'un jugement et

l'impossibilité de faire réformer la sentence qui le retient prisonnier, lui qui ne peut être jugé par les tribunaux criminels, il serait, en fait, condamné par eux à une détention perpétuelle. La loi ne peut être interprétée dans un sens qui aboutisse à un résultat aussi absurde.

XXV. — On s'est demandé si la prohibition imposée aux tribunaux criminels par les articles 326 et 327 n'était pas particulière au cas où l'action publique se trouvait mise en mouvement par la partie civile et si, en conséquence, il n'était pas possible aux magistrats, en présence de l'inaction de la partie lésée, de poursuivre l'auteur d'une suppression d'état. Merlin se prononce énergiquement pour l'affirmative. A l'appui de son système, il donne deux arguments : le premier se réfère à la discussion qui précéda le vote des articles 326 et 327. Il en résulte, dit-il, que le législateur a eu pour unique préoccupation d'interdire à la partie civile de prendre la voie détournée du criminel pour obtenir un jugement sur une contestation d'état. Or, ajoute Merlin, si la partie civile reste dans l'inaction, rien ne s'oppose à ce que pour le compte de la société, l'action publique ne soit prise en mouvement. Un second argument vient se joindre au premier : il n'est pas possible que la loi ait voulu faire résulter de la consommation parfaite du délit l'impunité de son auteur ; c'est cependant ce qui arriverait s'il n'était point

permis au ministère public de poursuivre une suppression d'état avant le jugement civil sur la question d'état. Plus le coupable s'attacherait à détruire toutes les preuves de la filiation de sa victime, plus il serait sûr que le ministère public resterait impuissant à le poursuivre. La loi n'a pu vouloir un résultat aussi immoral. Marcadé soutient le même système.

Avec une jurisprudence constante, avec la grande majorité des auteurs, nous pensons que cette théorie est inadmissible. Les termes des articles 326 et 327 sont généraux et ne souffrent pas la distinction que Merlin et après lui Marcadé, ont voulu y introduire. L'intention du législateur étant d'enlever aux tribunaux criminels la possibilité de statuer sur les questions d'état, il n'est pas exact de dire que le but de la loi soit atteint, si, dans l'inaction de la partie civile, le ministère public peut intenter une poursuite contre une suppression d'état. Le jugement qui interviendrait sur de semblables poursuites aurait une influence nécessaire sur l'action postérieure que ne manquerait pas d'intenter la partie lésée; nous savons, en effet, que les sentences rendues au criminel ont sur le civil autorité de la chose jugée. Sans doute, il est regrettable que l'inaction de la partie civile ou la perfection donnée par le coupable à son crime, entrave la marche de la justice; mais, outre qu'il n'appartient pas aux tribunaux

de réformer la loi mais de l'appliquer, il convient d'ajouter que le rédacteur du Code avait prévu ces graves inconvénients, qu'on lui a proposé les moyens de les éviter et qu'ils les ont rejetés dans la crainte de voir se reproduire les regrettables abus du passé.

En effet, la commission chargée de présenter au corps législatif le projet du titre de la paternité et de la filiation, sentant les suites fâcheuses que pourrait avoir l'incompétence absolue des tribunaux de répression à l'égard des crimes contre l'état des personnes, avait songé à y remédier. Voici ce que portait le projet de loi :

« Art. 18. L'enfant qui réclame un état, qu'il  
« prétend avoir été supprimé, ne peut se pour-  
« voir que par la voie civile, même contre les  
« auteurs et complices de cette suppression, sauf  
« au fonctionnaire chargé de la poursuite des dé-  
« lits publics à intenter d'office, s'il y a lieu,  
« l'action criminelle.

« Art. 19. L'action criminelle ne peut être admise  
« de la part d'un fonctionnaire public que sur un  
« commencement de preuve par écrit ; et l'exa-  
« men de cette preuve est une question préju-  
« dicielle sur laquelle il doit être statué préala-  
« blement ; le jugement, soit préjudiciel, soit sur  
« le fond, ne peut être rendu qu'en présence des  
« parties qui ont des droits acquis à l'époque de  
« l'accusation, ou elles dûment appelées. L'ac-

« tion criminelle, intentée d'office, suspend toute  
« poursuite commencée au civil.

« Art. 20. Dans le cas de l'article précédent,  
« le tribunal criminel, en jugeant le fond, se  
« borne à prononcer en même temps sur l'état  
« de l'enfant, et renvoie, s'il y a lieu, les parties  
« intéressées à se pourvoir, pour leurs droits  
« civils, devant leur tribunal compétent (1). »

La partie lésée ne pouvait donc choisir, d'après ce projet, que la seule voie du civil; mais le ministère public avait le droit de poursuivre d'office le crime de suppression, s'il y avait un commencement de preuve écrite; dans ce cas l'action publique n'était pas tenue en suspens par l'action civile et le jugement criminel pouvait, tout à la fois, prononcer sur la criminalité de l'acte et sur l'état de l'enfant. Le projet fut repoussé et l'orateur du Tribunat en donna les motifs en ces termes : « L'intérêt de la société est, sans contredit,  
« que les crimes soient réprimés, que les preuves  
« qui conduisent à leur répression ne dépéris-  
« sent pas; mais un plus grand intérêt com-  
« mande que le repos de la société ne soit pas  
« troublé sous prétexte de l'affermir. »

La première conclusion à tirer de ces débats, c'est que le système de Merlin, d'après lequel il serait permis au ministère public de poursuivre

(1) Loqué, t. V, p. 169, esprit du Code.

une suppression d'état, sans appeler les parties intéressées et sans commencement de preuve écrite, ne saurait être admissible, alors que le législateur a repoussé comme trop dangereux l'exercice de l'action publique bien qu'il fût entouré de toutes ces garanties par la commission. Il est regrettable que le projet du Code n'ait pas été admis ; la répression des crimes et le repos de la société étaient également assurés, et nous n'aurions pas vu les nombreux inconvénients que fait naître, à chaque pas, l'application des articles 326 et 327, inconvénients si graves que le magistrat est souvent obligé de tourner la loi pour éviter de rendre des arrêts contraires à une bonne justice. C'est ce qui est arrivé sur le point qui nous préoccupe. Un arrêt de la cour de Cologne, en date du 2 décembre 1846, admet que lorsqu'une question d'état entrave l'exercice de l'action publique, le parquet a le droit de saisir directement les tribunaux civils et de provoquer un jugement sur la question d'état. Il faut, néanmoins, qu'un motif d'ordre public justifie cette mesure. Ce principe est aujourd'hui presque universellement admis par la jurisprudence française, ainsi qu'il ressort des décisions suivantes : Cass., 22 janvier 1862 (*Journ. du min. publ.*, t. V, art. 438), 21 novembre 1862, Bordeaux, 4 juin 1862. (Voir aussi une dissertation de M. de Ventavon sur le droit d'action du mi-

nistère public en matière civile). Ces arrêts portent, en substance, que l'ordre public intéressé à la poursuite d'un crime de suppression d'état ne peut être contrebalancé par l'inaction de la partie lésée. Nous nous demandons si cette jurisprudence ne va pas contre l'esprit de la loi et si, sous prétexte d'ordre public, on ne soulève pas des questions d'état qui, d'après le législateur, ne devaient être agitées que par la partie civile. Les orateurs du corps législatif combattaient le projet de la commission en objectant le repos de la société. N'était-ce point parce qu'ils ne voulaient pas que le ministère public put, à son gré, soulever une contestation sur l'état des personnes pour réprimer un délit. De plus les auteurs du projet originaire du Code avaient proposé deux sortes de rectifications des actes de l'état civil : l'une, faite d'office par les tribunaux sur les réquisitions du ministère public, l'autre, contentieuse sur la dénonciation des parties intéressées ; la première fut écartée, toujours dans la même pensée que l'action publique ne devait pas s'ingérer dans des questions intéressant d'une façon aussi intime le repos des familles.

Il est des cas dans lesquels il est nécessaire que le magistrat puisse provoquer, lui-même, le jugement civil sur une question d'état ; ainsi, lorsque l'enfant est mort sans transmettre son action ou qu'il est intéressé à la suppression

dont il a été l'objet, en un mot, lorsqu'il est certain que la question d'état ne sera pas soulevée, le procureur de la république pourra provoquer de lui-même un jugement civil, s'il y a un motif d'ordre public. En dehors de cette hypothèse, nous ne pensons pas qu'il dépende du ministère public de soulever une contestation sur l'état des personnes.

XXVI. Il nous reste à étudier les divers cas auxquels s'applique la prohibition de l'article 327. D'une façon générale nous dirons d'abord qu'elle ne peut se référer aux questions d'état d'époux. La position des articles 326 et 327, dans le Code, l'indique suffisamment; et, il ressort, en outre, de divers textes de loi que, loin d'être incompétent pour juger des questions se référant à l'état d'époux, les tribunaux criminels reçoivent dans certaines circonstances mission pour connaître de l'*existence* de mariages. Il suffit pour s'en convaincre de jeter les yeux sur les articles 185 du Code pénal, 52, 53, 192, 193, 198, enfin 199 du Code Civil : Ces deux derniers disposent, en sens inverse, des articles 326 et 327 que la position d'époux peut ressortir d'un jugement criminel.

Deux objections ont cependant été faites à cette doctrine : l'une est présentée par Merlin. Cet auteur expose, que dans le projet primitif du Code, l'article 19 actuel tenait la place de l'ar-

ticle 53 et qu'il n'admettait la preuve légale du mariage que dans les cas prévus par l'article 52; Merlin ajoute : bien que ces articles aient été séparés dans le Code, et leur rédaction changée, il n'en reste pas moins acquis que l'intention du législateur manifestée par le projet de la commission doit être considérée comme implicitement renfermée dans la loi. Ce raisonnement n'est pas admissible; s'il est vrai que le projet de la commission ait voulu restreindre la compétence des tribunaux criminels sur l'existence ou la non existence des mariages aux cas prévus par l'article 52, il n'est pas moins évident qu'il a rejeté du projet définitif les termes par lesquels se manifestait cette intention, et que l'article 198 a été porté bien loin de l'article 52, précisément parce que le second n'était plus exclusivement fait pour le premier.

La seconde objection est faite par M. Legrave-rend dans son *Traité de la législation criminelle*. Cet auteur pense que les tribunaux de répression ne peuvent pas connaître de l'existence d'un mariage lorsque de cette existence doit dépendre l'état des enfants issus des époux. Il cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de Grenoble en date du 9 décembre 1822. M. Levraverend oublie que, d'après l'article 198, « lorsque la « preuve d'une célébration légale du mariage se « trouve acquise par le résultat d'une procédure

« criminelle, l'inscription du jugement sur les  
« registres de l'état civil assure au mariage, à  
« compter du jour de sa célébration, *tous les*  
« *effets civils, tant à l'égard des époux qu'à*  
« *l'égard des enfants issus de ce mariage.* » Des  
termes de cet article, il résulte que le législateur  
a expressément prévu l'influence que le jugement  
criminel, touchant l'existence d'un mariage, pou-  
vait avoir sur l'état des enfants issus de ce ma-  
riage : l'objection se trouve donc repoussée par  
le Code lui-même.

Les articles 326 et 327 ne se réfèrent d'ailleurs  
qu'aux hypothèses dans lesquelles il s'agit de  
questions d'état réellement soulevées; de faits  
agissant directement et ayant pour but d'agir sur  
un état d'enfant; aussi, nous ne pouvons pas  
admettre que tout fait pouvant de loin influencer  
sur une question d'état échappe, d'après l'arti-  
cle 327, à la compétence des tribunaux de ré-  
pression. Il faut, en effet, que la question d'état  
soit elle-même contestée et qu'elle fasse partie in-  
tégrante d'un procès; en un mot, que le délit  
tende à supprimer un état. Cette condition ne se  
rencontre pas dans le cas où il s'agit de décider  
de l'existence d'un mariage. Sans doute, le juge-  
ment criminel devra influencer sur la position des  
enfants, mais ce n'est pas leur état lui-même qui  
est en jeu, il n'est qu'une conséquence plus ou  
moins éloignée du procès. La contestation est

tout entière concentrée sur la célébration du mariage, et la sentence ne sera rendue que pour ou contre la personne des époux. Nous avons donc à nous demander dans quels cas il y a lieu d'appliquer l'article 327.

XXVII. — Nos lois n'ont compris le crime de suppression d'état sous aucune incrimination spéciale. Elles ont seulement, dans différents chapitres et sous des noms différents, édicté des peines contre les délits tendant à détruire les actes de l'état civil ou à fausser leur sens. En outre, le Code Pénal contient une section de son titre II, livre III, dont la rubrique est ainsi conçue : *crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant ou à compromettre son existence*. Nous dirons donc, en règle générale, que tout acte tendant à priver un enfant des moyens qui lui sont donnés par la loi pour établir sa filiation, toute manœuvre qui le privera des preuves par lui acquises de sa filiation constitueront une suppression d'état. C'est ainsi que nous qualifierons de suppression les actes tendant à enlever à un enfant son acte de naissance, les fausses déclarations à l'officier de l'état civil, les altérations ou destructions des actes de naissance et tous faux commis dans la rédaction de ces mêmes actes : ces crimes sont prévus par l'article 147 du Code Pénal ou punis, en outre, comme faux.

L'omission ou l'insuffisance de la déclaration faite à l'officier de l'état civil, constituant le délit prévu par les articles 346 et 347 du Code Pénal, ne renfermera une question préjudicielle à l'action publique que dans le cas où l'enfant n'aurait pas la possession d'état que lui donne sa naissance. Il en est de même de la déclaration de père et mère inconnus, et des délits prévus par les articles 192, 254 et 255 du Code Pénal.

XXVIII. — Nous devons enfin ranger parmi les suppressions d'état les manœuvres ayant pour but de donner à un enfant une possession d'état autre que celle qui lui était réservée par la nature. C'est, il faut le reconnaître, le moyen le plus fréquemment employé par les coupables; c'est aussi le plus sûr. Transporter un enfant loin de son berceau; l'élever dans l'ignorance absolue de ce que fut sa naissance, c'est la parfaite réalisation du crime de suppression d'état. Aussi, de ce côté là encore, le législateur a-t-il dû veiller, ainsi que le disent les jurisconsultes romains : *Pro puero parvulo ut liber et ingenuus appareat* (1). Le Code de 1791 ne portait, à cet égard, qu'une disposition très-générale, et les rédacteurs du Code de 1810 proposèrent de la remplacer par l'article 345 du Code Pénal. M. Faure expliquait ainsi le sens de ce nouveau texte : « Le

« Code Pénal de 1791 ne contient qu'une seule

(1) 36. *De inf. expos.*

« disposition sur cette matière. L'expérience a  
« fait reconnaître que cette disposition était trop  
« vague, et qu'il convenait de spécifier les divers  
« cas tels que le recélé ou la suppression d'un  
« enfant à un autre et la supposition d'un enfant  
« à une femme qui n'était point accouchée. Les  
« expressions du nouveau Code ne laisseront  
« point de doute que ceux-là seront condamnés à  
« la peine de la réclusion, qui, par de fausses  
« déclarations, donneront à un enfant une fa-  
« mille à laquelle il n'appartient point et le pri-  
« veront de celle à laquelle il appartient; ou qui,  
« par un moyen quelconque, lui feront perdre  
« l'état que la loi lui garantissait; ou enfin qui,  
« étant chargés d'un enfant, ne le représenteront  
« pas aux personnes qui ont droit de le récla-  
« mer... Vous verrez, Messieurs, en parcourant  
« les détails du projet combien on a pris de pré-  
« cautions pour empêcher que l'intérêt personnel  
« ne *prive un enfant des moyens de reconnaître*  
« *un jour la famille dont il est membre, et de*  
« *réclamer les droits qui lui appartiennent comme*  
« *membre de cette famille.* » C'est sur de sem-  
blables motifs que le Corps législatif vota la sec-  
tion VI. Il suit de là que les crimes d'enlèvement  
et de recélé d'un enfant, de suppression ou de  
supposition de part, ne sont punis que parce qu'ils  
tendent à priver l'enfant de son état civil, et  
constituent ainsi la suppression prévue par l'ar-

ticle 327 du Code Civil. S'ensuit-il néanmoins qu'ils doivent toujours être soumis au jugement préalable sur la question d'état? Évidemment non! ce serait enlever toute efficacité à l'article 345 car, dans la plupart des cas, il est bien difficile de reconstituer l'état d'un enfant volé et d'obtenir à cet égard un jugement au civil. Notre pensée est donc celle-ci : les prescriptions de l'article 345 ne s'appliquent aux divers crimes qu'elles embrassent que parce qu'ils constituent une suppression d'état. Elles ne s'appliquent pas aux attentats contre la vie; c'est la famille, c'est le nom qu'elles protègent, et il ne faut chercher dans le texte, ni une autre prévision, ni une autre pénalité. Toutefois, les délits d'enlèvement de recélé, etc., ne seront soumis au jugement préalable sur la question d'état que lorsque la sentence du tribunal de répression devra influencer sur l'état; chaque fois, au contraire, que la filiation de l'enfant ne sera pas soulevée par les débats, lorsque, par exemple, le crime sera consommé de telle façon qu'il ne sera pas possible que le jugement criminel puisse porter sur l'état de la victime, l'action publique sera libre de toute entrave. C'est pour le même motif que la tentative de suppression n'est pas soumise à l'article 327, car l'état n'a pas été atteint. Telle est l'opinion émise par MM. Chauveau et Hélie; telle est aussi celle que tout dernièrement a embrassée M. Hoffman.

Nous repoussons la doctrine admise par la jurisprudence et professée par la plupart des auteurs : elle se trouve très-nettement formulée dans un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 1<sup>er</sup> octobre 1842 : « Attendu que l'article 327 « est uniquement relatif au délit de suppression « d'état; que sa disposition ne saurait s'étendre « au délit d'enlèvement ou de recélé de la per- « sonne *de l'enfant* qui en diffère essentiellement « par ses effets comme par sa nature, etc..... » Nous croyons avoir suffisamment démontré la fausseté de cette opinion en disant que l'enlèvement ou le recélé d'un enfant, loin de différer du délit de suppression d'état se confondent avec lui, puisque le premier n'est un crime que parce qu'il a pour conséquence d'entraîner le second. On ne saurait donc absolument pas comprendre l'enlèvement d'un enfant non suivi de la suppression de son état et si un cas semblable se présentait, il faudrait convenir que la loi ne l'a pas prévu.

XXIX. — Il nous reste à faire l'application de notre théorie. Il y aura rarement lieu à question préjudicielle dans les divers cas prévus par les articles 346, 347 et 348; il faudrait pour cela que l'omission de la déclaration à l'officier de l'état civil eût pour résultat de priver un enfant de la preuve de sa filiation et que le dépôt secret d'un enfant dans un hospice ne puisse être pour-

suivi sans soulever une contestation d'état : ces deux cas se présenteront rarement.

La destruction ou soustraction des registres de l'état civil ne donneront encore presque jamais lieu à une contestation d'état; elles constitueront généralement un fait matériel, toujours punissable et que l'on pourra prouver et juger sans que, ni les débats, ni le jugement puissent influencer sur la question de filiation. Quant à l'altération *ex post facto* d'un acte de naissance, nous pensons, avec M. Demante, que deux hypothèses peuvent se présenter : ou l'altération aura pour résultat de supprimer l'état de l'enfant, et il y aura lieu de ne le poursuivre qu'après le jugement civil sur l'état; ou l'altération n'aura pas enlevé la preuve de la filiation et elle ne constituera alors que le crime de faux prévu et puni par l'article 147 du Code pénal. Nous remarquerons donc cette différence caractéristique entre le faux intellectuel commis dans la rédaction même d'un acte de naissance et le faux matériel résultant de son altération *ex post facto*, que le premier aura toujours pour effet de supprimer l'état d'un enfant tandis que le second n'obtiendra ce résultat que dans certaines circonstances.

De ce que l'article 323 du Code Civil admet la preuve testimoniale pour établir la filiation d'un enfant inscrit sous de faux noms ou né de père et mère inconnus, on ne saurait conclure que

rien ne s'oppose à ce que, dans ces deux cas, les tribunaux criminels connaissent de ces délicates questions. Ce raisonnement n'aurait que l'apparence de la vérité. Nous avons dit, en effet, que l'incompétence des tribunaux de répression ne provenait pas de la difficulté apparente d'appliquer devant la juridiction criminelle les moyens de preuves exigés pour les questions d'état; d'ailleurs l'article 323 veut que l'audition des témoins soit précédée d'un commencement de preuve écrite; or, qui pourrait, dans une poursuite criminelle, apprécier le commencement de preuve écrite? Ce ne saurait être le jury qui, par son organisation, n'est pas apte à se livrer à l'examen de questions de cette nature.

En ce qui concerne le délit d'exposition d'enfant prévu par l'article 349 du Code pénal, nous devons le considérer comme un crime *sui generis* punissable dans tous les cas, c'est-à-dire qu'il tende ou non à supprimer la preuve de la filiation. Le coupable, en effet, n'a pas recherché ce seul résultat : en exposant un enfant on ne le prive pas seulement de son état, on lui ravit aussi le souffle de vie que la nature venait de lui donner. A la suppression d'état se joint ainsi, dans cet acte, un homicide, et cet homicide sera punissable dans tous les cas. C'est ce que disait M. Treilhard dans son exposé des motifs de l'article 349, et ses paroles doivent s'interpréter en

ce sens que les poursuites devront toujours être exercées contre l'auteur de ce délit, parce qu'il renferme toujours une infraction ; mais nous ne pouvons admettre que lorsque les débats doivent agiter la question d'état, il n'y a pas lieu à question préjudicielle, sauf, bien entendu, à retenir, dans tous les cas, le coupable comme prévenu du crime d'exposition prévu par l'article 349.

XXX. — Nous avons à nous demander si les règles concernant les questions d'état relatives à la filiation légitime, se rapportent aussi à la filiation naturelle.

La Cour de Cassation s'est prononcée dans le sens de l'affirmative (1), et nous croyons qu'elle est dans le vrai. L'état d'enfant naturel est, de même que l'état d'enfant légitime, enrichi de certains privilèges, et peut être l'objet d'une réclamation ; plus que lui il est susceptible, lorsqu'un enfant veut le faire reconnaître par les tribunaux, de jeter le trouble dans une famille ; il revêt, en effet, un caractère plus mystérieux et sera nié avec plus d'énergie par la famille à laquelle on voudra s'imposer. Il y a donc lieu, selon nous, de réserver à la juridiction civile la connaissance des questions se rattachant à la filiation naturelle, au même titre et pour les mêmes motifs que les questions se rattachant à la filia-

(1) Voy. not. l'arrêt du 25 novembre 1808.

tion légitime. D'ailleurs les articles 323, 326, 327 et 341 du Code Civil forment un corps de doctrine qu'il n'est pas permis de diviser. Les articles 323 et 341 prohibent la preuve testimoniale à l'égard de la filiation légitime et de la filiation naturelle, et les articles 326 et 327 sont la sanction et de l'un et de l'autre. Que l'on ne nous dise pas que la prohibition pour les tribunaux criminels de connaître des questions d'état ne concerne que la filiation légitime, parce que la disposition qui les dicte est placée au chapitre II; cet argument serait sans valeur, car les articles 326 et 327 sont sous le titre de la paternité de la filiation qui s'applique aussi bien aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes. D'ailleurs les dispositions du chapitre II s'étendent au chapitre III, lorsque celui-ci n'y déroge pas formellement. On objecte encore (Berthauld, *Des questions préjudicielles*) que le crime de suppression d'état consistant dans un acte qui tend à détruire un état civil dont la *loi prescrit la constatation*, il n'y a pas lieu de punir la personne qui privera un enfant naturel du sien, puisque la loi ne prescrit pas de le constater. Nous ne savons pas jusqu'à quel point il est permis d'affirmer que la loi n'ordonne pas de mentionner sur les registres de l'état civil, le nom de la mère naturelle; il nous paraît difficile qu'elle permette de le cacher à l'officier de l'état civil puisqu'elle permet

à un enfant de le rechercher devant les tribunaux. Admettons, néanmoins, que le législateur, dans la pensée qu'une jeune fille exposée à la certitude d'un affront public cachera ou détruira le produit de sa faute, admettons, disons-nous, que, dans cette crainte, le législateur n'ait pas obligé les déclarants à donner le nom de la mère, il ne s'en suit pas que la suppression d'état ne puisse se référer à la filiation naturelle. Le crime prévu par l'article 327 et par les articles 345 et suivants est tout acte tendant à détruire la preuve d'un état que l'on a intérêt à connaître; or on ne saurait dire que l'enfant naturel n'a pas intérêt à connaître le nom de celle que son acte de naissance, ou une possession d'état constante lui donnent pour mère. Sans doute, l'acte de naissance d'un enfant naturel ne prouve pas sa filiation; sans doute encore la possession d'état n'est pas admise, ici, comme preuve de la maternité; mais, nous dit M. Demolombe, on a bien dû faire, sur ce point, de grandes concessions à la logique et au bon sens. Et c'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de Cassation, à la date du 1<sup>er</sup> juin 1853, que l'acte de naissance dans lequel le nom de la mère naturelle a été donné par un médecin ou une sage-femme fait preuve des relations de maternité et de filiation entre l'enfant présenté à l'officier d'état civil et la mère déclarée; c'est ainsi encore que l'on doit admettre qu'une possession

constante jointe à un acte de naissance conforme aura une influence nécessaire dans la recherche de la maternité naturelle. Dans un concours de circonstances de cette nature il y a vraiment un état civil dont un enfant peut être privé. Certes, il n'est pas aussi complet que celui que nos lois et la nature ont départi à l'enfant légitime ; mais il constitue la preuve d'une filiation à laquelle des privilèges sont attachés ; et c'est en privant un enfant des moyens de réunir ces preuves que l'on commet réellement, à son préjudice, le crime de suppression d'état prévu par l'article 327. Nous rappellerons enfin, en terminant, les difficultés et les périls d'une réclamation d'état d'enfant naturel. Les inconvénients qu'elle soulève sont plus grands encore que ceux qu'entraîne la recherche de la filiation légitime. Et c'est un motif de plus pour confier exclusivement le jugement de ces questions aux tribunaux civils.

Dans le cas où la recherche de la paternité naturelle est admise, que devra-t-on décider à l'égard des poursuites contre le délit d'enlèvement ; seront-elles soumises au jugement préjudiciel sur l'état des enfants issus ? Nous ne le pensons pas : la question de filiation restant en dehors du procès criminel.

§ 3. — *De la déclaration de faillite au point de vue d'une poursuite pour banqueroute.*

XXXI. — On s'est demandé si l'article 440 du Code de Commerce n'avait pas créé une question préjudicielle à l'action publique. Cet article est ainsi conçu : « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce, rendu soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office. Ce jugement sera exécutoire provisoirement. » Plusieurs auteurs ont soutenu l'affirmative, ils argumentent ainsi : les rédacteurs du Code de Commerce ont, avec raison, témoigné des nombreuses difficultés que soulève une déclaration de faillite ; la question si délicate de fixer la qualité de négociant chez un individu, et celle non moins épineuse de savoir si, au point de vue de la faillite, il a ou n'a pas cessé ses paiements. C'est à cause de ces difficultés que le législateur de 1838 a spécifié qu'il ne voulait laisser qu'aux tribunaux de commerce le soin de statuer sur ces différentes questions, interdisant ainsi aux juges criminels de rendre une sentence dont le résultat serait de mettre un commerçant en état de faillite. Pour corroborer et fortifier cette prohibition, l'article 601 exige que dans une poursuite pour banqueroute, le tribunal se

déclare incompetent touchant les intérêts civils qui pourraient être agités au cours des débats. On n'ignore pas d'ailleurs que la déclaration de faillite est pour le créancier d'une importance capitale, soit à raison des difficultés qu'elle soulève, soit à raison de son influence sur les suites d'une cessation de paiement. Il paraît donc évident, pour les auteurs qui soutiennent ce système que l'article 440 a pour but de donner exclusivement aux tribunaux de commerce, le droit de prononcer une déclaration de faillite; d'où il faut conclure que le failli seul pouvant être banqueroutier, l'action publique ne peut s'exercer contre celui-ci que lorsqu'il a été déclaré en faillite par le tribunal de commerce. Ce système est soutenu par MM. Delamarre et Poitevin, dans leur traité de la Commission et par M. Hoffmann dans son traité des questions préjudicielles, nous ne le croyons pas fondé.

Non-seulement, en effet, il offre trop d'inconvénients pour qu'il puisse être admis, mais il n'y a rien dans le texte de la loi qui autorise cette dérogation à l'article 3 du Code d'Instruction criminelle consacrant le principe de l'indépendance de l'action publique. Si, en effet, l'exercice de cette action était subordonnée à une sentence émanant de la juridiction consulaire, il dépendrait des juges du tribunal de commerce de retarder l'heure des poursuites, si leur intérêt per-

sonnel le demandait ; et comme le prévenu devrait être maintenu en liberté jusqu'au jugement sur la déclaration de faillite, on pourrait aussi lui faciliter les moyens de fuir. Mais les inconvénients du renvoi devant la juridiction consulaire des questions se rattachant à la déclaration de faillite ne sont pas le seul motif qui nous porte à repousser l'incompétence en cette matière des tribunaux criminels. Chaque fois que la loi déroge à une règle aussi générale que celle qui proclame l'indépendance de l'action publique et la compétence du juge de l'action à l'égard de l'exception, elle le fait par une disposition formelle, ainsi que pour les questions d'état. Or, on ne saurait assimiler à l'article 327 du Code Civil l'article 440 du Code de Commerce. Ce dernier porte seulement qu'*au point de vue de ses effets civils* l'état de faillite n'est régi que par le Code de Commerce et ne peut être l'objet de contestations que devant la juridiction consulaire. On ne saurait y voir une entrave au libre exercice de l'action publique. Compétente pour connaître du crime de banqueroute, la juridiction criminelle doit l'être pour apprécier tous les faits qui s'y rattachent, tous les éléments qui la composent à moins d'un texte contraire formel : ce texte n'existe pas. La théorie que nous émettons n'est nullement en opposition avec le principe qui consacre l'autorité de la chose jugée au criminel sur les débats

civils. Les tribunaux criminels, en effet, en statuant sur la banqueroute, n'auront pas à dire qu'au point de vue des intérêts privés, il y a faillite. Ils constateront seulement le fait de cessation de paiement ; aux tribunaux de commerce à apprécier ensuite la situation du prévenu vis-à-vis de la faillite telle qu'elle est réglée par nos lois commerciales. La juridiction consulaire statuera sur les intérêts civils des créanciers et la juridiction de répression sur ce simple fait, y a-t-il cessation de paiement avec fraude : la première de ces décisions n'influera en rien sur la seconde et la sentence négative des premiers juges ne sera nullement en contradiction avec la réponse affirmative des derniers.

## CHAPITRE IV

### DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES AU JUGEMENT SUR L'ACTION PUBLIQUE

XXXII. — Chaque fois que les prévenus ne nient pas le fait qui leur est reproché, mais prétendent qu'ils avaient le droit de le faire, il y a lieu d'examiner le bien fondé de l'exception qu'ils opposent à l'action du ministère public. En général, le même tribunal connaîtra de l'une et de l'autre, mais il est des cas, ainsi que nous

l'avons déjà dit, où un intérêt supérieur à celui qui proclame l'indépendance de l'action publique a voulu qu'il soit sursis aux débats sur le fait, et que le jugement de l'exception soit renvoyé devant un autre tribunal. Ce sont ces diverses hypothèses qui vont faire maintenant l'objet de notre étude.

§ 1.— *De la question d'état d'époux.— Bigamie.*

XXXIII. — Après avoir vu que la question d'état d'époux n'est pas préjudicielle à l'action publique, nous avons à nous demander si elle n'est pas du moins préjudicielle en jugement sur cette action. Il ne peut y avoir de doute à ce sujet, lorsqu'il ne s'agit que d'établir la preuve d'une célébration de mariage. Fait matériel et public, cette célébration ne peut, en aucune façon, donner lieu à un renvoi préjudiciel devant les tribunaux civils, rien ne s'opposant à ce que la preuve en soit établie par les débats criminels. L'article 198 du Code Civil dissiperait d'ailleurs tous les doutes sur ce point, s'il en pouvait exister. Il n'en est pas de même lorsque la question d'état d'époux est soulevée par une poursuite dans laquelle la validité d'un mariage est contestée. Alors, en effet, ce n'est plus une simple question de fait qui est à résoudre, mais une question de droit hérissée de difficultés et en-

traînant de graves conséquences. Cette hypothèse a donné naissance à plusieurs systèmes, en ce qui touche le crime de bigamie.

*Premier système.*— Les questions se rattachant à la validité comme à l'existence du premier et du second mariage contracté par un bigame sont de la compétence du tribunal de répression. Elles doivent seulement être jugées avant le fond du procès. Cela résulte des considérations suivantes : Il est généralement admis, en principe, que le juge de l'action est, en même temps, juge de l'exception. Or, la nullité des mariages contractés par le prévenu ne constitue qu'une exception à l'action contre le crime de bigamie ; elle doit donc être jugée par le même tribunal. On ne saurait d'ailleurs faire intervenir dans la discussion l'article 189 du Code Civil. Cet article est la suite nécessaire et le complément de l'article 188. Lorsqu'un époux, se portant partie civile, attaque un mariage contracté par son conjoint à son préjudice, la nullité ou la validité du premier de ces deux mariages doit être jugée préalablement. L'article 189 n'a ainsi aucun rapport avec l'action publique et ne vise nullement le cas où la question est agitée devant un tribunal criminel. Dans ce système, ce ne sera pas la cour qui connaîtra de cette question ; comme elle fait partie intégrante du fait, c'est au jury qu'il appartiendra de la décider. Que l'on ne dise point qu'il n'est pas

compétent dans cette matière, ce serait une erreur ; car, au sujet de tentatives ou de faux, il a des espèces aussi délicates à résoudre (1).

*Second système.* — Les tribunaux de répression sont compétents pour juger des questions d'état d'époux se rattachant au second mariage contracté par le prévenu de bigamie, mais ils ne peuvent connaître de la validité du premier. (Duranton, *du Mariage*. Toullier, *du Mariage*. Merlin, Rép. V° *Bigamie* et *quest. de Droit*, eod. verb. Mangin, *act publ.*, 193 et 194. Le Seyllier, 1524 et 1525. Morin, Rép. V° *Bigamie*. Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*.) Si ces auteurs sont unanimes, pour émettre cette théorie, ils diffèrent entre eux à l'égard des motifs qui doivent la justifier. Merlin pense que les juges criminels ne peuvent connaître de la validité du premier mariage, parce que le crime de bigamie ne consiste que dans le second. D'après lui, le premier mariage est un fait antérieur pouvant, si sa nullité est alléguée par le prévenu, donner lieu à une question incidente, qui devra être renvoyée devant la juridiction civile.

Mangin n'accepte pas cette argumentation ; il pense que le second système repose sur l'article 189. L'article 188, dit-il, porte que la nullité du second mariage contracté par un bigame peut

(1) Demolombe, *sur la paternité* ; Berthauld, *Des questions préjudicielles* ; Davergier, *sur Toullier*.

être demandée par son premier conjoint, et l'article 189 ajoute que, dans ce cas, si l'époux poursuivi excipe de la nullité de son premier mariage, cette exception sera jugée préalablement. Or, si cette question donne lieu au civil à une instance séparée, il doit en être de même devant les tribunaux de répression. Mangin conclut que, ne pouvant connaître par action principale d'une question civile, les juges criminels doivent renvoyer celle-ci devant la juridiction compétente. Il rapporte, à l'appui de sa thèse, les paroles prononcées par Portalis au Corps législatif, et il termine en disant que, suivant l'article 357 du Code pénal, si le ravisseur oppose à l'action publique son mariage avec la jeune fille enlevée, il devra être statué préjudiciellement sur la validité de cette union : dans des termes différents, dit Mangin, l'article 189 du Code Civil exige la même chose à l'égard du mariage contracté par le bigame.

D'un autre côté, MM. Chauveau et Hélie donnent un autre motif au système que nous exposons. D'après ces auteurs, le second mariage fût-il nul, le bigame n'en serait pas moins coupable, s'il a eu l'intention de contracter deux mariages valables. Il y aurait, dans cette hypothèse, tentative de bigamie, et la nullité du second mariage ne serait qu'une circonstance indépendante de la volonté du prévenu ou de l'accusé. Il n'y a pas

alors de motif pour renvoyer aux tribunaux civils l'examen de cette question.

Les partisans du second système varient encore à l'égard des questions secondaires se rattachant à la compétence exclusive des tribunaux civils sur le premier mariage du bigame. Tandis que Merlin expose que les questions relatives à son existence sont étroitement liées aux questions relatives à sa validité et doivent comme celles-ci être renvoyées devant le juge civil, Mangin pense, au contraire, que l'existence du premier mariage est un point de fait de la compétence des tribunaux de répression. De leur côté, Morin (*Répertoire*), Bourguignon, Legraverend et Carnot (art. 3, Inst. Crim.) pensent, d'accord en cela avec le numéro 8 de la note du 5 novembre 1813, que si la nullité du premier mariage est purement relative, il n'y a pas lieu à renvoi, parce que la nullité relative n'opère pas son effet, ainsi que la nullité absolue, du jour de la célébration du mariage, mais seulement à partir du jugement qui la prononce. Par suite, un individu qui, après avoir contracté un second mariage pendant l'existence du premier mariage, aurait fait constater la nullité relative de celui-ci, pourrait, néanmoins, être condamné comme bigame. Cette théorie est éminemment fautive. La nullité soit absolue, soit relative est toujours une nullité; son effet est d'empêcher l'acte qui en est atteint, de créer un

lien entre les contractants. Il n'y a pas dans notre législation de nullités de plein droit; elles n'existent que du jour où un jugement les prononce; mais, à partir de ce moment, leur effet, qu'elles soient absolues ou qu'elles soient relatives, est de faire considérer le mariage comme inexistant. Les nullités relatives ne diffèrent des nullités absolues qu'en ce qu'il n'est donné qu'à certaines personnes de s'en prévaloir et qu'elles sont susceptibles d'être couvertes.

Le mot *nul* n'a, d'ailleurs, qu'un sens dans notre langue, et le mariage auquel la loi donne cette qualification est réputé n'avoir pas produit de liens entre les contractants. Merlin exposait ainsi la situation dans son réquisitoire du 8 août 1811 : « On ne peut étendre la peine de la bigamie à celui qui, après avoir contracté un mariage nul, en contracte un second avant que la nullité du premier ait été déclarée par le juge. » De quel droit les tribunaux pourraient-ils se permettre une pareille extension? Nous pensons donc que la distinction opposée par la Cour de Cassation devra être repoussée.

XXXIV. — *Troisième système.* Les deux opinions qui précèdent nous paraissent également inadmissibles, et nous nous rangeons à celle d'après laquelle les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des questions d'état d'époux. Il y aurait donc, d'après nous, lieu à

question préjudicielle, tant en ce qui touche la validité du premier mariage qu'en ce qui concerne la validité du second.

Nous repoussons le premier système, parce qu'il n'est pas exact de dire que la compétence des juges criminels sur la validité des mariages ressorte de l'article 198 du Code Civil. Cet article, en effet, se réfère aux divers cas prévus par les dispositions de l'article 184, et il ne parle que des preuves de l'existence matérielle d'un mariage, laissant complètement de côté les questions se rattachant à sa validité. Les deux hypothèses sont bien différentes. La célébration d'un mariage est un fait public, et sa validité se réfère à une série de questions de droit très-déliçates à résoudre. On ne saurait dire que l'article 198 à étendu jusque-là la compétence des tribunaux criminels.

On invoque encore, à l'appui du premier système, la règle d'après laquelle le juge de l'action est également juge de l'exception. Ce principe est, en effet, admis en Droit français : il est fondé sur la raison même, mais il n'est écrit nulle part, et son application est subordonnée aux exigences de notre organisation judiciaire. Il y a lieu de l'invoquer lorsqu'il est en harmonie avec une justice sainement entendue ; mais lorsqu'il choque la logique, on doit évidemment l'abandonner. C'est ce qui a lieu dans l'espèce, et la règle que

le juge de l'action est aussi le juge de l'exception, est ici contraire à l'organisation de nos tribunaux criminels. A qui donnerait-on, en effet, dans une poursuite contre un crime de bigamie, compétence pour statuer sur la validité du mariage contracté par le prétendu bigame? Serait-ce à la Cour d'assises, serait-ce au jury? Sans doute, la Cour aura des connaissances suffisantes pour appliquer le Droit civil; mais pourra-t-elle le faire? Alors qu'elle doit statuer sur un contrat essentiellement civil, pourra-t-elle ordonner des enquêtes, rendre des jugements interlocutoires et recourir aux divers actes de procédure qu'exige l'étude approfondie d'une aussi délicate question? Cela ne nous paraît pas probable. On ne peut éterniser la session, et l'on ne saurait non plus renvoyer l'affaire à la session suivante. Dira-t-on, comme Toulhier, que c'est le jury qui devra statuer sur la validité du mariage? Mais qui ne voit que des articles 337, 338, 339 et surtout de l'article 342, il ressort d'une façon évidente que le jury ne décide que de l'existence du fait. D'ailleurs, il ne peut répondre que par oui ou par non, et il ne lui est pas possible de recourir à un acte d'instruction qui lui paraîtrait nécessaire.

Le second système ne nous paraît pas mieux fondé. Nous avons dit quelles nombreuses controverses il soulevait entre les auteurs même qui l'ont adopté. C'est ainsi que Mangin réfute, avec

raison, l'opinion d'après laquelle le second mariage constitue la bigamie : Ce crime se compose, en effet, de deux éléments, d'un premier et d'un second mariage ; l'un et l'autre sont également indispensables pour qu'il y ait infraction à la loi.

C'est ainsi encore que nous ne saurions admettre, comme MM. Chauveau et Hélie, que le fait seul par le prévenu d'avoir voulu contracter un second mariage avant la dissolution du premier, constitue le crime de bigamie, bien que la seconde action soit nulle. Les auteurs de la *Théorie du Code pénal* appliquent ici à tort la théorie de la tentative. Il y a tentative toutes les fois que la loi exige, pour la consommation du délit, un certain résultat, et que les actes propres à produire ce résultat, ont été accomplis sans qu'il ait été obtenu, par suite d'une circonstance indépendante de la volonté. Or, il est impossible, dans l'espèce, que les actes propres à produire le crime de bigamie, c'est-à-dire les deux mariages valables, aient été accomplis sans que le crime ne soit perpétré.

Une dernière preuve apportée à l'appui du second système, est celle que Mangin puise dans l'article 189 du Code Civil. Il convient, à cet égard, de bien se fixer sur la portée des articles 188 et 189. Le premier donne une action au conjoint au préjudice duquel il a été contracté une deuxième union, et le second porte que si,

au cours des débats, le défendeur oppose la nullité de son premier mariage, il doit être préalablement statué sur cette exception. Telle est la lettre de la loi, sa portée est celle-ci : Lorsque la nullité d'un mariage est incidemment soulevée au cours d'un procès, il doit être statué sur cette contestation dans une instance séparée. L'article 189 n'ordonne pas un jugement préjudiciel à l'égard seulement de la seconde union contractée par le prévenu de bigamie, mais évidemment d'une façon générale pour tous les cas où, au cours d'un débat, s'élève une contestation sur la validité d'un mariage. Cette interprétation est confirmée par l'exposé des motifs de l'article 189; elle est confirmée, en outre, par la solution unanimement admise dans le cas où une femme, pour se soustraire à l'obligation qui lui est imposée par l'article 214 du Code Civil, oppose la nullité de son mariage; dans le cas d'une poursuite en adultère, lorsque le prévenu prétend qu'il n'est pas valablement marié; dans le cas où le ravisseur opposant son mariage avec la fille enlevée, la validité de ce mariage est l'objet d'une contestation : dans toutes ces différentes hypothèses, en effet, la question d'état d'époux est préjudicielle à l'action publique.

Il suffirait d'ailleurs pour repousser les deux systèmes que nous combattons, de considérer que son application aboutirait à une contrariété fa-

cheuse entre les jugements criminels rendus contre le bigame et les jugements civils qui pourraient intervenir ultérieurement, entre le condamné d'une part et ses conjoints successifs ou ses enfants de l'autre. On sait, en effet, que si les sentences rendues par les tribunaux de répression emportent, sur le civil, autorité de la chose jugée à l'égard de l'existence du fait, objet de la poursuite, il n'en est pas de même à l'égard des questions purement civiles qui s'y rattachent. Il peut donc se présenter, dit M. Trébutien, l'hypothèse suivante : « Un individu est poursuivi pour biga-  
« mie et condamné. Cependant sa première femme  
« peut faire reconnaître la nullité du premier ma-  
« riage, et il est démontré dès lors qu'un individu  
« subit au bagne une condamnation pour un  
« crime qu'il n'a pas commis ! Premier résultat  
« déplorable, scandale évidemment contraire à la  
« volonté du législateur. Mais la seconde femme,  
« nonobstant cette annulation du premier ma-  
« riage, peut parfaitement soutenir contre le con-  
« damné que, vis-à-vis de lui, la condamnation  
« rend le premier mariage valable, et entraîne,  
« par conséquent, la nullité du second, aux ter-  
« mes de l'article 147 du Code Civil. Vainement  
« protesterait-il, la condamnation de bigamie est  
« là pour lui fermer la bouche. Voilà donc un  
« individu condamné pour s'être marié deux fois,  
« et qui, par le fait, se trouvera considéré comme

« ne s'étant pas marié du tout ! Ce n'est pas tout.  
« Les enfants issus du second mariage auront  
« presque toujours intérêt à maintenir la validité  
« du second mariage : ils pourront donc soutenir  
« cette validité et la faire juger à leur tour con-  
« tre le condamné, en faisant décider que le pre-  
« mier mariage étant nul, le second est valide  
« par cela même.

« Ainsi ballotté en tout sens, le condamné sera,  
« tour à tour, ce qu'il conviendra à chaque partie  
« qu'il soit et il sera, lui, attaché par le lien de  
« fer de sa condamnation à un état unique dont  
« il ne pourra pas même réclamer les conséquen-  
« ces ! Est-ce cela que le législateur a voulu et  
« pu vouloir !... »

Nous concluons donc que les tribunaux de répression sont incompétents pour connaître des questions se rattachant à la validité des mariages contractés par le prévenu de bigamie.

La jurisprudence offre peu de décisions sur cette matière. Un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 16 janvier 1826, porte : « ... Que les  
« nullités de mariage doivent, aux termes des ar-  
« ticles 184, 188, 189 du Code Civil, être portées  
« devant les tribunaux civils et ne peuvent être  
« déclarées et prononcées que par eux, etc... (1) »  
Un autre arrêt rendu le 28 mai 1846, dit que la

(1) Dalloz, R, P. 1826, 1, 217.

Cour de Cassation ne veut pas décider si la Cour d'Assises est ou non compétente, aux termes des articles 358 et 359 du Code d'Instruction criminelle. Pour statuer au fond sur la nullité des mariages contractés par le bigame (1).

Ce second arrêt nous paraît envisager la question à un faux point de vue; il ne nous semble pas possible de puiser dans les articles qu'il mentionne, un argument en faveur de l'opinion qui donne aux juges criminels le pouvoir de connaître de la validité d'un mariage.

L'arrêt de 1826 est-il, au contraire, dans le vrai en fondant la compétence exclusive des tribunaux civils sur les articles 184, 188 et 189 du Code Civil? C'est là notre opinion à nous. Quoi qu'il en soit, ces deux arrêts sont les seuls que nous ayons retrouvés sur cette matière. Nous ne parlons pas, en effet, de l'arrêt rendu le 24 août 1875, par la Cour d'Assises de la Haute-Garonne, dans la fameuse affaire Vian. La décision intervenue n'est mentionnée par aucun recueil et, dans les résumés plus ou moins complets qu'il nous a été donné de retrouver sur les journaux de l'époque, nous n'avons pas vu que l'arrêt eût tranché la question au point de vue doctrinal. Sans doute, la Cour n'admit pas la demande de renvoi, faite par M<sup>e</sup> Jules Favre, défenseur de

(1) Dalloz, *eod.* 1846, 4, 463.

Vian, mais il est possible que les circonstances particulières du fait aient dicté cette solution.

XXXV. — Il nous reste à voir par qui la nullité du mariage doit être soulevée pour motiver le renvoi à fins civiles. Aux termes de l'arrêt rendu le 16 janvier 1826, la Cour suprême estime que l'accusé seul peut faire naître une question préjudicielle de cette nature; il s'appuie sur ce que les nullités de plein droit ne sont pas reconnues dans notre législation, et que les tribunaux ne peuvent par conséquent les relever d'office. Tandis que Mangin paraît se ranger à cette opinion, Merlin pense, au contraire, qu'il est du devoir de la Chambre d'accusation et de la Cour d'Assises de provoquer une contestation sur la validité d'un mariage, lorsque les magistrats croient trouver dans la procédure la preuve de sa nullité. Que l'on suppose, en effet, que la Cour se trouve en présence d'un accusé de bigamie, et qu'elle sache pertinemment que cet homme n'est pas coupable, pourra-t-elle le condamner? ne devra-t-elle pas, au contraire, relever d'office la nullité qui vicie le mariage? Quant à nous, nous pensons, avec M. Hoffman, que pour répondre à cette question, il faut distinguer entre les nullités absolues et les nullités relatives. Les premières seules devront être renvoyées d'office par le tribunal criminel devant le juge civil. La raison de décider ainsi est que la loi a limité le nombre des personnes

qui peuvent faire statuer sur la validité d'un mariage entaché d'une nullité purement relative, et que le ministère public n'est pas au nombre de ceux qui ont qualité à cet effet : lorsqu'il s'agit, au contraire, d'une nullité absolue, le ministère public étant admis à la faire prononcer par les tribunaux, c'est pour lui un devoir de demander qu'il soit préalablement statué sur la validité du mariage. N'est-il pas évident, en effet, que s'il importe à la société que les crimes ne demeurent pas impunis, il est également d'un grand intérêt de ne pas frapper un innocent. Le Seyllier, toutefois, émet l'opinion que le ministère public, dans une poursuite pour bigamie, ne peut agir que pour faire prononcer la validité des mariages contractés par l'accusé ; or, dit-il, les articles 184 et 191 ne donnant pas au ministère public action pour faire prononcer la validité, mais seulement la nullité des mariages faits au mépris de la loi, il suit de là, ajoute cet auteur, que le ministère public ne peut agir dans notre hypothèse. Ce raisonnement est éminemment faux ; le ministère public, dans notre opinion, n'a pas pour but de faire valider l'union contractée par le bigame, mais de faire statuer sur sa validité ou sa nullité. D'ailleurs, il n'est pas prouvé à nos yeux que les articles 182 et 191 ne donnent point au ministère public le droit de faire décider qu'une nullité absolue n'existe pas.

Lorsque l'accusé ou le ministère public ne peuvent avoir le conjoint pour contradicteur, on décide que si c'est l'accusé qui oppose la nullité, il devra faire juger l'exception contre le ministère public; et si c'est ce dernier qui poursuit le jugement sur le renvoi, il fera nommer d'office un représentant à la partie qui ne peut comparaître.

§ 2. — *Des questions d'état incidentes, relatives à la filiation.*

XXXVI. — Nous avons déjà dit que les questions d'état de filiation, lorsqu'elles se présentaient incidemment, n'étaient pas préjudicielles à l'action publique : nous en avons donné pour raison que l'article 327 du Code Civil ne comprenait dans son exception que les questions d'état soulevées d'une façon principale dans une poursuite contre un crime de suppression; la loi ayant, en effet, pour but d'empêcher les réclamations d'état que l'on tenterait de faire par la voie détournée du criminel. Elles ne sont pas non plus, croyons-nous, préjudicielles au jugement sur l'action publique. Elles se présentent notamment dans les crimes de parricide, de viol, d'attentat à la pudeur, et constituent une circonstance aggravante. Fixons-nous bien, tout d'abord, sur les motifs qui nécessitent dans ces différentes hy-

pothèses une aggravation dans la peine. C'est incontestablement parce que le fils doit respecter la vie de son père plus que celle des autres hommes; c'est parce que le père, à son tour, doit protéger l'honneur et la vertu de ses enfants. Ces droits et ces devoirs réciproques ont pour base l'affection naturelle et les relations de membres d'une même famille. Dans ces différents cas quelle sera donc la question que devra résoudre le juge criminel? lui demandera-t-on si, d'après les registres de l'état civil, la victime était l'ascendant ou le descendant de l'accusé? Telle n'est point la question qui lui sera posée. Ce n'est pas, en effet, l'acte de naissance qui crée les liens de l'affection. Ce n'est pas toujours sur une filiation incontestable que s'appuient les droits et les devoirs d'un père envers son fils. Mais, la pensée qu'une personne nous a donné le jour, la croyance que nous nous trouvons en présence de la personne que nous devons aimer et respecter, en un mot, les relations journalières qui existent entre les hôtes d'un même foyer, peuvent seules créer réellement les liens qui motivent la circonstance aggravante fondée sur la qualité de père ou de fils. C'est aussi sur ce point que devra porter la question posée au jury. On devra lui demander s'il existait entre la victime et l'accusé des relations d'ascendant à descendant et si, dans la pensée de l'auteur du crime, il n'attentait pas

à la vie ou à l'honneur d'une personne avec laquelle il était rattaché par les liens de la filiation. Qu'importe pour la criminalité de l'acte que l'officier de l'état civil n'ait pas inscrit sur ses registres l'assassin comme fils de l'assassiné, pourvu que celui-ci, vis-à-vis de son meurtrier, ait toujours conservé le titre et la qualité de père. Si l'état civil devait ainsi servir de base à la circonstance aggravante, ne faudrait-il pas décider qu'Œdipe était tout à la fois parricide et incestueux, bien qu'il ignorât les liens qui le rattachaient à Laïus et à la reine. Un pareil résultat choquerait, à la fois, la raison et la justice.

Nous pensons donc que les questions d'état de filiation incidentes, qui ne se présentent que comme une circonstance accessoire dans la poursuite criminelle, peuvent être jugées par les tribunaux de répression, et la solution qui leur sera donnée par eux ne préjugera en rien les questions civiles. Il n'y a donc pas à craindre la contrariété des jugements, puisqu'ils envisagent l'état des personnes à deux points de vue bien différents. C'est ce que décide, d'ailleurs, la note très-explicite, sur ce point, du 5 novembre 1813.

MM. Trébutien et Hoffman sont d'un avis opposé au nôtre; ils fondent leur opinion sur ce que la présomption ne peut l'emporter sur la réalité; ce principe, vrai en thèse générale, ne peut être invoqué dans l'espèce.

Lorsque la question d'état de filiation se présentera à juger au sujet d'un témoin, il n'y aura pas lieu non plus de prononcer le renvoi.

La question civile se rattachant à l'état du témoin est, en effet, complètement en dehors du débat, et il n'y a nullement à craindre, dans l'espèce, la contradiction entre les deux jugements criminels et civils : il ne s'agit que d'une question de procédure que le prévenu ou l'accusé peut trancher lui-même.

D'ailleurs, la question de paternité est ici complètement indépendante de la criminalité, et ne peut exercer sur celle-ci aucune influence, et c'est le contraire qui devrait avoir lieu pour qu'il y ait question préjudicielle.

§ 3. — *Questions d'état incidentes non relatives à la filiation.*

XXXVII. — L'article 29 de la loi sur le recrutement militaire du 27 juillet 1872 porte que, si un conscrit oppose sa qualité d'étranger, il y aura lieu à prononcer le renvoi de cette question devant les tribunaux compétents.

Lorsqu'un individu accusé d'avoir commis un faux sur les registres de l'état civil, pour usurper un nom et une qualité qui ne lui appartiennent pas, soutient que l'acte de l'état civil qu'on l'accuse d'avoir falsifié s'applique réellement à lui,

ciaire (1), nous dirons à peu près la même chose sur la transaction. Il ne faut pas les confondre. On a un droit certain et

— 460 —

il n'y a pas lieu de prononcer le renvoi de son exception. Ce n'est pas, en effet, une question d'état qui se présente pour être jugée, mais une simple question d'identité.

§ 4. — *Questions relatives à la propriété immobilière ou à des droits immobiliers.*

6° Il semble à première vue et d'après le demandeur XXXVIII. — Les premiers interprètes de nos lois modernes trouvèrent dans un décret, en date du 15-28 septembre 1791, une disposition qui paraissait n'être qu'une application à une matière spéciale d'un principe général résultant de notre nouvelle organisation judiciaire. Cette disposition était ainsi conçue : « Si dans une instance en réparation de délit, il s'élève une question incidente de propriété, la partie qui en excipera sera tenue d'appeler le procureur général syndic du département de la situation des lois, et de lui fournir copie de ses pièces, dans la huitaine du jour où elle aura proposé son exception; à défaut de quoi il sera provisoirement passé outre au jugement du délit, la question de propriété demeurant réservée. (Article 12, titre IX du décret sur l'administration forestière.) » Il parut certain pour les tribunaux et pour les auteurs que cet article ne devait pas seulement s'appliquer aux forêts, mais qu'il devait être considéré comme régissant toutes les ques-

tions de propriété immobilières. Sans doute cette interprétation ne satisfait point parfaitement la logique ; il n'est pas naturel que l'on déduise un principe général d'une disposition particulière, c'est le contraire qui doit avoir lieu ; mais, d'un autre côté, l'extension que l'on donnait au sens de l'article 12 était en harmonie avec les nouvelles institutions judiciaires. La séparation des juridictions venait, en effet, d'être admise et, tandis qu'une procédure rapide était affectée aux tribunaux criminels, des formes lentes, protectrices des intérêts, était réservée aux tribunaux civils. Il était légitime de penser, dans ces circonstances, que le législateur voulait leur réserver une compétence exclusive sur toutes les questions qui, par leur difficulté et leur importance, nécessitaient une procédure plus lente et des débats plus prolongés. Parmi celles-ci on devait ranger les questions relatives à la propriété immobilière. Tels étaient évidemment les motifs qui avaient guidé les législateurs de 1791.

Le règlement sur l'administration forestière fut remplacé, le 31 juillet 1827, par le Code forestier dont l'article 182 reproduisit, en les développant, les dispositions du décret de 1791. Deux ans plus tard la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale consacrait encore les mêmes principes. Voici comment s'est exprimé le législateur : « Si  
« dans une instance en séparation de délit ou

« contravention, le prévenu excipe d'un droit de  
« propriété ou autre droit réel, le tribunal saisi  
« de la plainte statuera sur l'incident en se con-  
« formant aux règles suivantes :

« L'exception préjudicielle ne sera admise  
« qu'autant qu'elle sera fondée, soit sur un titre  
« apparent, soit sur des faits de possession équi-  
« valents, personnels au prévenu et par lui arti-  
« culés avec précision, et si le titre produit ou  
« les faits articulés sont de nature, dans le cas  
« où ils seraient reconnus par l'autorité compé-  
« tente, à ôter au fait qui sert de base aux pour-  
« suites tout caractère de délit ou de contraven-  
« tion.

« Dans le cas de renvoi à fins civiles, le juge-  
« ment fixera un bref délai dans lequel la partie  
« qui aura élevé la question préjudicielle devra  
« saisir les juges compétents de la connaissance  
« du litige et justifier de ses diligences ; sinon il  
« sera passé outre. Toutefois, en cas de condam-  
« nation, il sera sursis à l'exécution du juge-  
« ment si l'emprisonnement était prononcé, et le  
« montant des amendes, restitutions et domma-  
« ges-intérêts sera versé à la caisse des dépôts  
« et consignations, pour être remis à qui il sera  
« ordonné par le tribunal qui statuera sur le  
« fonds du droit. — Art. 182 Code forestier. »

« Si dans une instance en réparation de délit  
« le prévenu excipe d'un droit de propriété ou

« de tout autre droit réel, le tribunal saisi de la  
« plainte statuera sur l'incident. — L'exception  
« préjudicielle ne sera admise qu'autant qu'elle  
« sera fondée, soit sur un titre apparent, soit  
« sur des faits de possession équivalents articu-  
« lés avec précision... (Le reste de l'article est la  
« reproduction de l'article 182 précité.) — Ar-  
« ticle 59 de la loi sur la pêche fluviale. »

Ce sont là les textes sur lesquels s'appuient la règle que nous posons, et qui peut se formuler ainsi : lorsqu'une exception basée sur un droit immobilier sera soulevée par le prévenu ou l'accusé, au cours d'une poursuite criminelle, il devra être sursis au débat, et l'exception sera renvoyée devant la juridiction civile. Nous répétons qu'il n'est pas très-logique de puiser un principe général dans une disposition particulière ; mais ici la règle spéciale paraît être l'application d'un principe qui n'est écrit nulle part, et qui se justifie par les mêmes motifs qui ont fait admettre la disposition particulière.

XXXIX. — Il est important de remarquer que ce ne sont pas seulement les questions se référant à la propriété immobilière qui nécessitent un renvoi à fins civiles, mais encore toutes les questions relatives à des droits immobiliers. C'est ainsi que l'article 182 du Code forestier met la possession sur la même ligne que le droit de propriété. Il faut observer que la possession dont

parle l'article 182 est celle que définit l'article 23 du Code de procédure civile; elle fait supposer la propriété et lui en assure provisoirement les droits. Le prévenu qui serait reconnu avoir, de bonne foi, fait acte de propriété, aurait la même exception que celui qui aurait joui de son propre immeuble. Il en serait de même de tous les droits immobiliers tels que les servitudes et autres droits relatifs à des immeubles par destination, articles 526 et 625 du Code Civil. Le prévenu ne pourrait, néanmoins, se prévaloir d'un droit qui ne consisterait que dans une concession gracieuse du propriétaire ou une simple tolérance.

XL. — La propriété, pas plus que la possession d'objets mobiliers, ne peut donner lieu à une exception préjudicielle : non seulement nos lois et la note du 5 novembre 1813 sont muettes à leur égard, mais il n'y a pas de motifs pour assimiler, sur ce point, les questions se rattachent à des droits mobiliers aux questions relatives à des droits immobiliers. Ces dernières présentent, en général, des difficultés sérieuses, tandis que les premières sont faciles à résoudre. MM. Bertauld et F. Hélie donnent à la décision prise par le législateur des motifs que nous ne saurions admettre. L'un d'eux pense que les questions mobilières ne sont pas préjudicielles au jugement de l'action publique, parce que la preuve de la propriété d'un meuble volé se con-

fond avec la preuve du délit; ce motif serait également vrai dans le cas de vol de récoltes, il ne saurait donc être admis. Le second émet la pensée que les délits relatifs à des objets mobiliers plus fréquents que les délits attentatoires à la propriété immobilière, il n'était pas pratique de renvoyer les exceptions relatives aux premiers devant les tribunaux civils. Nous ne pouvons croire que cette considération ait pesé sur l'esprit des rédacteurs du Code.

XLI. — Plusieurs conditions sont requises pour que l'exception se rattachant à des droits immobiliers donne lieu à un renvoi.

Il faut, premièrement, que l'exception soit de nature, si elle était justifiée, à enlever au fait incriminé tout caractère d'infraction. Il n'y aurait donc pas lieu à sursis si le fait, objet de la poursuite, n'était pas une conséquence légale du droit invoqué par le prévenu. Ainsi le prévenu d'un délit forestier ne pourrait pas opposer à l'accusation un droit d'usage, s'il était précisément accusé d'avoir abusé de ce droit; ainsi encore le prévenu d'un vol de récoltes ne serait pas recevable d'exciper de son droit de propriétaire, s'il avait donné son immeuble à ferme.

Y aurait-il lieu à exception préjudicielle dans le cas où un individu aurait contrevenu aux prescriptions de l'autorité sur un immeuble dont il avait la propriété? La question ne peut se pré-

senter que dans le cas où le propriétaire aurait appelé de la décision prise par l'autorité. Dans ce cas, Mangin distingue entre l'hypothèse où l'acte par lequel le prévenu a enfreint la prescription de l'autorité est un simple acte de propriétaire et celle où il constitue une voie de fait; dans le second cas, il ne saurait y avoir lieu à question préjudicielle, parce que les voies de fait sont toujours condamnables et ne sauraient être justifiées par cette éventualité que leur auteur pouvait avoir le droit d'agir. Que si, au contraire, le prévenu n'avait accompli qu'un acte de propriétaire, s'il n'avait fait que continuer d'user du droit dont il avait été investi jusqu'alors, on devrait surseoir à toutes poursuites et attendre le jugement sur le recours dont aurait été l'objet la décision prise par l'autorité. L'on ne saurait, en effet, considérer comme une infraction un fait qui n'a un caractère délictueux qu'à cause d'un acte de l'autorité non encore définitif.

M. Dalloz propose une solution qui nous paraît plus que logique et que nous n'hésitons pas à accepter. D'après lui, il y aurait lieu à surseoir dans le cas où l'autorité aurait agi comme personne privée, pour administrer ses biens; alors, dit cet auteur, elle n'a pas plus de droit qu'un simple citoyen et ses actes sont de la nature des contrats passés entre particuliers; ils ne peuvent aller contre des droits acquis par des tiers. Lors,

au contraire, qu'elle agit au nom de l'intérêt social, par mesure de police ; il n'y a pas lieu à renvoi, respect absolu est dû à ses prescriptions.

XLII. — L'exception ne serait pas de nature à enlever au fait son caractère délictueux, si elle n'était pas personnelle au prévenu ; de quelle utilité serait-il, en effet, pour celui-ci d'exposer au juge que la propriété de l'immeuble sur lequel il a volé des récoltes n'appartient pas au plaignant ou à la personne désignée dans la citation : le délit n'en existerait pas moins. Que devons-nous donc décider dans cette même hypothèse d'une exception non personnelle au prévenu, à l'égard de dommages-intérêts dus à la partie lésée ? Y aurait-il lieu à renvoi ? Le prévenu devrait-il être condamné à une réparation civile envers une personne dont il conteste les droits ? La question est controversée.

Mangin pense que le tribunal doit prononcer la condamnation civile nonobstant les contestations dont est l'objet le droit du plaignant : peu importe, dit-il, pour celui qui est condamné la personne envers laquelle le tribunal le reconnaît débiteur des dommages-intérêts ; une fois qu'il les a payés il ne les doit plus ; le propriétaire qui a réellement souffert du délit n'a plus d'action contre le prévenu, il ne lui reste qu'à s'adresser à la partie qui a bénéficié de l'erreur du tribunal. D'ailleurs, s'il y avait lieu à renvoi pour juger

des droits du plaignant, ni celui-ci, ni le prévenu n'aurait qualité pour ouvrir une instance civile.

Nous n'admettons pas le système présenté par Mangin. Il a été reconnu, en effet, de tout temps que chacun a le droit de vérifier la qualité de la partie contre laquelle il plaide, et le contraire répugne à une justice sagement entendue. Mangin est encore incontestablement dans l'erreur quand il exprime la pensée que peu importe la personne envers laquelle il est condamné à payer une réparation civile. Lorsque la partie réellement lésée lui demandera l'indemnité qui lui est due, il ne saurait lui opposer la condamnation dont il a été l'objet ; à l'égard du propriétaire, c'est chose *inter alios acta*.

On s'est demandé si la partie civile avait qualité pour soulever une question préjudicielle, mais la négative peut seule être admise, car le renvoi à fins civiles ne peut être ordonné qu'en faveur du prévenu, pour une exception tendant à démontrer qu'il n'y a pas de délit. (Voir un arrêt de la Cour de Cass. belge du 11 juin 1859.)

XLIII. — Une seconde condition est enfin requise. L'exception préjudicielle doit être fondée sur un titre apparent ou sur des faits de possession précis ; il faut, en effet, qu'il ressorte des allégations du prévenu que ses prétentions sont sérieuses et n'ont pas pour but unique d'entraver la marche de la justice. Le tribunal ne devrait

done pas ordonner le sursis, s'il existait un jugement passé en force de chose jugée décidant la question contre le prévenu. Nous pensons, avec M. Berthaud, que si le plaignant ne repoussait pas les prétentions du prévenu, le tribunal devrait prononcer l'acquiescement. Nous pensons encore que s'il ressortait d'une façon incontestable, des faits allégués que l'accusé avait le droit de faire l'acte qui lui est reproché, les juges ne devraient pas ordonner le sursis, mais prononcer son acquiescement. La raison de décider ainsi, est que le tribunal ayant qualité pour dire que l'exception est sans fondement, il doit avoir également qualité pour dire qu'elle est incontestablement bien fondée. Il peut paraître étrange, au premier abord, qu'un tribunal incompetent pour connaître d'une action puisse juger si elle est ou n'est pas recevable; mais la raison exige qu'il en soit ainsi. « Nous devons distinguer, dit Mangin, « n° 197, entre les fins de non-recevoir qui se « rattachent à un action déjà formée devant un « autre tribunal que celui devant lequel on les « oppose, et les fins de non-recevoir qui se ratta- « chent à un acte qui n'est pas encore formé. « Dans le premier cas, il est certain que le juge- « ment des fins de non-recevoir n'appartient qu'au « tribunal saisi de l'action qu'elles tendent à « écarter : ainsi, lorsque devant le tribunal de « première instance, une partie oppose un juge-

« ment rendu en sa faveur, et que l'autre répond  
« qu'elle en a interjeté appel, ce tribunal n'est  
« pas compétent pour décider si l'appel a été in-  
« terjeté dans le délai légal, ni s'il est régulier  
« dans la forme; ce droit n'appartient qu'au tri-  
« bunal d'appel qui se trouve saisi. Mais, si  
« l'appel n'avait pas été interjeté, le tribunal de  
« première instance serait certainement compé-  
« tent pour décider si la partie à qui on oppose  
« le jugement, et qui prétendrait avoir encore  
« le droit de l'attaquer par la voie d'appel, soit  
« parce que la matière en est susceptible, soit  
« parce que, etc., a effectivement ce droit ou si  
« elle est non-recevable à en user. » Il est donc  
bien évident, que le tribunal de répression ne  
peut apprécier la recevabilité d'une exception que  
lorsqu'elle se rattache à une action non encore  
intentée; elle devrait être invariablement admise  
si elle se rattachait à une action déjà pendante  
devant un autre tribunal.

Lorsque l'exception préjudicielle est dans toutes  
les conditions requises, elle peut être opposée par  
le prévenu, mais par lui seul, en tout état de cause,  
elle est, en effet, élisive d'infraction. Le prévenu  
pourra donc ne la soulever que devant la Cour  
d'assises, et ce sera la Cour et non le jury qui  
en connaîtra; celui-ci, en effet, n'a mission que  
pour juger le point de fait. Nous ne pensons pas  
que les juridictions d'instruction puissent pro-

noncer un renvoi à fins civiles. Elles peuvent, sans doute, admettre une exception préjudicielle à l'action, mais cela tient à ce qu'elles ont qualité pour admettre toute exception d'incompétence; il n'en est pas de même d'une autre exception proposée par le prévenu, le jugement qui l'admettra étant susceptible d'appel, et les juridictions d'instruction ne pouvant rendre un jugement interlocutoire que pour ordonner un supplément d'information. Nous reconnaissons néanmoins à ces juridictions le droit de déclarer l'action éteinte si, par exemple, il y a prescription, ou le prévenu non coupable, s'il leur paraît évident qu'il est propriétaire de l'immeuble alors que la prévention suppose qu'il ne l'est pas; mais nous ne pouvons admettre qu'elles puissent prononcer un renvoi nécessitant un jugement interlocutoire.

§ 6.

XLIV. — Lorsque le tribunal ordonne le renvoi, il ne doit pas se déclarer incompétent, mais surseoir aux débats. Si pendant le sursis le prévenu renouvelait les faits au sujet desquels le renvoi a été ordonné, le tribunal ne pourrait statuer sur eux, car il y aurait à leur égard autorité de la chose jugée. Le jugement qui prononce sur le renvoi ne peut ordonner un provisoire sur le fait en lui-même. Incompétente pour

rendre un jugement définitif sur le fonds, la juridiction criminelle l'est, par conséquent, pour rendre un jugement provisoire. Carnot se trompe évidemment lorsqu'il dit que le tribunal peut ordonner de mettre les lieux en état; son erreur repose sur une fausse interprétation d'un arrêt daté du 19 février 1808.

Le sursis ordonné, à la demande de qui s'ouvrira l'instance civile sur la question de propriété, qui poursuivra le jugement sur l'exception; ce ne saurait être le ministère public, il n'a point qualité pour citer l'une ou l'autre des parties civiles; cela n'est point encore la partie lésée, car il dépendrait d'elle d'arrêter l'action publique. Ce ne peut être que le prévenu. Le Seyllier, néanmoins, fait une objection pour le cas où le prévenu est en présence non du ministère public, mais du plaignant; dans ce cas, dit-il, *onus probandi incumbit ei qui dicit*, et c'est vouloir enlever au prévenu les avantages de la possession que de l'obliger à prendre le rôle de demandeur. Le Seyllier se trompe: sans doute, la charge de la preuve incombe à celui qui affirme, mais ici le prévenu oppose une exception, c'est donc à lui à la prouver; il n'est pas exact non plus de dire qu'il perdra les avantages de la possession parce qu'il est libre d'agir au possessoire ou au pétitoire; la possession légale justifiant les actes de propriétaire.

Afin que le prévenu ne puisse, par son inaction se soustraire au jugement criminel, l'article 182 du Code forestier, et l'article 59 sur la pêche fluviale, veulent qu'il lui soit fixé un délai dans lequel il devra obtenir la solution à l'exception qu'il a soulevée. Plusieurs opinions ont été émises à ce sujet. Merlin pense que, sans être de l'essence du jugement de renvoi, la fixation d'un délai est de sa nature, et que, par conséquent, il n'y a pas lieu à cassation lorsque le ministère public n'a pas requis le tribunal de le prononcer, et que celui-ci l'a omis; mais seulement lorsque le tribunal ne l'a pas prononcé en étant requis par le ministère public. (Art. 408 Code criminel.) Mangin et Le Seyllier proposent une autre théorie, ces auteurs pensent que les prescriptions des articles 182 du Code forestier et 59 Pêche fluviale, ne sont pas d'une égale importance, et qu'elles ne doivent pas toutes être généralisées; ils ajoutent que lorsqu'il s'agit d'un délit prévu par la loi des forêts, ou celle de la pêche fluviale, le tribunal doit, à peine de nullité, fixer un délai au prévenu; mais si le délit ne se rapporte à aucune de ces deux matières le tribunal est libre à cet égard. Nous ne croyons devoir admettre ni l'un, ni l'autre de ces deux systèmes, et nous croyons que les termes des articles 182 du Code forestier et 59 Pêche fluviale, forment un tout qu'on ne saurait diviser: en généralisant la nécessité d'un renvoi, on doit

généraliser aussi la nécessité de la fixation d'un délai ; chaque fois que le tribunal omettra de l'ordonner, il ne jugera pas selon la loi, et sa sentence devra être cassée.

A l'expiration du délai, le prévenu doit se présenter sans citation, le terme n'étant qu'un ajournement. S'il justifie de diligences par lui faites, il pourra lui être accordé un second délai dans le cas où le premier ne lui aurait point suffi. Lorsque le jugement sur l'exception aura été prononcé, s'il lui est favorable, c'est-à-dire si les actes qui lui ont été imputés se trouvent justifiés, son acquittement devra suivre ; si, un contraire, la prévention est confirmée, l'affaire sera remise au même état qu'au moment où le renvoi fut prononcé.

Lorsque celui-ci ne justifie pas de diligences faites, le juge alors, mais alors seulement, devra passer outre : l'amende sera consignée et la peine d'emprisonnement restera suspendue jusqu'au jugement sur l'exception. On a dû se demander quelle serait la durée de cette suspension ; le tribunal devra-t-il lui fixer une fin, et déclarer qu'au moment déterminé par lui, le jugement sera exécutoire, nous ne le pensons pas : notre avis est que les juges n'ont pas le droit de limiter le pouvoir dont ils pourront user à l'expiration du terme. Ils doivent conserver leur pleine indépendance et ce sera au ministère public, toujours

chargé de veiller à l'exécution des jugements, à demander au tribunal, si le condamné s'obstine à ne pas faire de diligences, d'ordonner l'exécution de la peine prononcée contre lui.

## CHAPITRE V

### DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES DANS QUELQUES MATIÈRES SPÉCIALES.

XLV. — Outre les questions préjudicielles que nous avons examinés et qui peuvent se classer dans des catégories régulières, parce qu'elles suivent des règles uniformes, il en existe un certain nombre que nous n'avons pu ranger parmi les premières parce qu'elles n'obéissent pas aux mêmes lois. Nous les étudierons, à l'exemple de M. Hoffmann, l'une après l'autre, et par lettre alphabétique.

#### §. 1<sup>er</sup>. — *Adultère.*

XLVI. — L'article 336 du Code Pénal, en autorisant le mari à poursuivre l'adultère de sa femme, prononce contre lui la déchéance de ce droit pour le cas où il aurait été lui-même, sur la plainte de son épouse, condamné pour avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale, conformément aux prescriptions de l'article 339 du même Code. Il n'est pas nécessaire que la

plainte de la femme ait précédé celle du mari ; il suffit que les faits reprochés à celui-ci soient antérieurs à ceux pour lesquels il poursuit son épouse. Ainsi, lorsque deux plaintes seront déposées devant le même tribunal par deux conjoints s'accusant, l'un l'autre, d'adultère, elles ne seront pas instruites simultanément ; les juges devront statuer tout d'abord sur celle de la femme, et si elle aboutit à la condamnation du mari, la plainte de celui-ci sera caduque.

Nous ne trouvons pas ici tous les caractères la question préjudicielle ; il ne nous paraît pas, en effet, que l'exception soit absolument évasive de l'infraction, mais seulement du droit de porter plainte.

On s'est demandé si le ministère public n'avait pas le pouvoir, après la déchéance du mari, de poursuivre, au nom de la société, l'adultère de la femme. Nous ne le pensons pas : la loi a réservé à l'époux seul le droit de provoquer la punition de son conjoint, pensant, avec raison, qu'il était le gardien naturel des serments du mariage.

Il est généralement admis que lorsque la condamnation du mari remontera à un long espace de temps et que, depuis, il aura réparé sa faute par une conduite exempte de reproches, sa femme ne sera plus recevable à opposer à sa plainte la condamnation dont il aurait été frappé.

Le cadre nécessairement restreint de notre

étude, ne nous permet pas d'entrer dans un examen très détaillé des conditions qui sont requises pour l'application des articles 336 et 339. Ils ont donné lieu à de nombreuses controverses sur le point de savoir notamment ce qu'il fallait entendre par domicile conjugal et par entretenir une concubine. Il nous paraît que par domicile conjugal on doit entendre la résidence choisie par le mari, le toit sous lequel il couche habituellement; cette résidence, en effet, n'est pas seulement facultative, mais obligatoire pour la femme. Ainsi nous qualifierons de domicile conjugal le garni dans lequel le mari logera avec une concubine, alors même que l'appartement serait payé par celle-ci. Cela nous amène à dire que l'expression entretenir une concubine n'a pas ici le sens qu'on lui donne en général; la loi n'exige point, en effet, que la femme reçoive de l'argent ou des toilettes du mari infidèle; il suffit qu'elle soit reçue par lui dans le domicile conjugal; c'est ce qui est très clairement exposé dans le chapitre II de la Nouvelle 117.

Une question qui présente plus de difficultés est la suivante : Le mari peut-il opposer à la plainte de sa femme l'adultère dont celle-ci se serait rendue coupable? Dans un premier système, on a exposé la similitude des deux situations; n'est-il pas évident, a-t-on dit, que la femme coupable d'adultère doit être frappée des mêmes

déchéances que son mari ; sa faute est plus grave, ses conséquences sont plus grandes, elle est punie d'une peine plus forte, elle doit donc entraîner, pour son auteur, les mêmes déchéances que celle du mari. Nous n'admettons pas cette opinion. Sans vouloir entrer dans toutes les considérations philosophiques où nous entraînerait le point de savoir si la femme adultère est plus ou moins coupable que le mari infidèle, nous pensons que celui-ci ayant été institué chef de la famille, il est inexcusable quand il donne le mauvais exemple ; la garde du lit nuptial lui a été confiée, lorsque au jour du mariage le nœud conjugal fut formé, c'est à lui, plus spécialement qu'à la femme, qu'incomba la charge de veiller à ce qu'il ne souffrît aucune atteinte, la part des responsabilités n'est donc pas la même pour les deux époux et les déchéances sont doublement justifiées à l'égard du mari. D'ailleurs, l'exception de l'article 336 n'est introduite qu'en faveur d'un des conjoints et on ne peut la généraliser ; en matière pénale, en effet, on n'étend pas la portée d'un texte d'un cas à un autre à raison de leur similitude. L'argument tiré de ce que l'exception de la conciliation est généralisée par la jurisprudence, n'a pas plus de valeur, car l'article 272 du Code Civil complète, à cet égard, l'article 337 du Code pénal. Nous concluons donc que l'exception préjudicielle de l'article 336 est particulière à l'épouse.

§ 2. — *Calomnie.*

XLVII. — On appelle diffamation ou calomnie, aux termes de l'article 13 de la loi du 17 mai 1819, toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne, ou du corps auquel le fait est imputé. Elle prend le caractère d'un délit lorsque l'imputation a été publiée par un des moyens prévus à l'article premier de la même loi. Toutefois, d'après l'article 25 de la loi du 26 mai de la même année, si les faits imputés sont punissables selon la loi et qu'il y ait des poursuites commencées par le ministère public ou une dénonciation faite par l'auteur de l'imputation, il sera sursis à la poursuite et au jugement du délit de calomnie.

Il y a donc réellement dans ce cas question préjudicielle, puisque la décision des juges de la plainte en diffamation est subordonnée à la sentence qui sera rendue sur la dénonciation ou les poursuites dont sont l'objet les faits imputés au plaignant. Le sursis est subordonné à deux conditions ; la première est que les faits doivent être punissables selon la loi. Ainsi : il n'y aurait pas lieu à surseoir au jugement sur la calomnie, si les faits allégués se référaient à un délit couvert par la prescription ou par l'amnistie, ou s'il ne portait que sur des vices ou des actes que ne peut

atteindre l'action publique ; dans ces différentes hypothèses, en effet, le prévenu ne pourrait obtenir un jugement sur sa dénonciation, ni par suite fournir la preuve de la véracité de son imputation.

Il faut, comme deuxième condition, que le ministère public ait commencé des poursuites ou que les faits aient été dénoncés par le prévenu à l'autorité compétente pour connaître des faits allégués. Nous voyons cette différence entre le cas où l'action publique a été intentée et celui dans lequel il n'y a qu'une simple plainte, que dans le premier cas le juge de l'action en calomnie ne peut apprécier l'exception opposée par le prévenu, car ce serait se constituer juge d'une action dont un autre tribunal est déjà saisi ; tandis que dans le second, il peut apprécier la valeur de la dénonciation. Si une même diffamation comprenait à la fois des faits punissables et des faits non incriminés par la loi, le sursis ordonné à raison des premiers devrait également porter sur le second, parce qu'une même calomnie ne peut donner lieu à deux jugements.

Le but du prévenu, en dénonçant à l'autorité compétente les faits par lui allégués étant d'obtenir une preuve authentique de leur véracité, il ne lui suffirait pas de rapporter un jugement émanant d'un tribunal étranger. De même, sa dénonciation serait vaine, si elle n'était suivie de

poursuites intentées devant un tribunal compétent.

Lorsque la calomnie s'adresse à un fonctionnaire à l'égard des actes faits par lui dans l'exercice de ses fonctions, le prévenu du délit de diffamation n'est pas assujéti aux prescriptions de l'article 25 de la loi de 1819; il peut prouver les faits par lui allégués, par tels moyens qu'il lui plaira de choisir; c'est ce que veut l'article 20 de la même loi, abrogée en 1822 et remise en vigueur par l'article 5 de la loi du 5 octobre 1830. Cette latitude donnée au prévenu du délit de diffamation en ce qui touche le fonctionnaire public, nous paraît regrettable à tous les points de vue : le fonctionnaire public devrait être protégé par la loi, puisqu'il est chargé de la faire appliquer; c'est une tendance malheureuse de trop vouloir désarmer l'autorité, car implicitement on désarme la loi.

XLVIII. — La dénonciation calomnieuse telle qu'elle est prévue et punie par l'article 373 du Code pénal se compose de deux éléments essentiels : de la fausseté des faits allégués et de l'intention de nuire. Il paraîtrait naturel que le tribunal saisi de la plainte en dénonciation fût compétent pour juger des deux parties de l'infraction; la logique le voudrait ainsi, mais l'expérience démontre que cela n'est pas possible.

Les faits allégués n'ayant pas été portés devant

le tribunal saisi de la plainte en dénonciation calomnieuse; mais devant un officier de justice ou de police administrative, de quel droit le tribunal connaîtrait-il de leur fausseté; comment pourrait-il donner une déclaration à cet égard, alors que l'officier de police qui a reçu la dénonciation a mission pour l'instruire et juger de sa valeur?

Par quel moyen d'ailleurs le tribunal saisi de la plainte en dénonciation pourrait-il instruire sur les faits allégués par le prévenu à la charge du plaignant? Comment ferait-il les enquêtes nécessaires, enverrait-il les commissions rogatoires, et, en un mot, s'érigerait-il en juge d'instruction? Cela ne serait pas possible. Il faut donc nécessairement que la juridiction saisie de la plainte surseoie à rendre son jugement jusqu'à ce qu'il ait été statué par l'autorité compétente sur la véracité des faits allégués. La décision de cette autorité peut n'être qu'un arrêt ou une ordonnance de non-lieu, ou, suivant les cas, une simple déclaration émanant de l'officier qui a reçu la dénonciation et constatant qu'elle n'est susceptible d'aucune suite.

§ 3. — *Établissements dangereux et insalubres.*  
*Actes émanant de l'autorité administrative.*

XLIX. — Nous avons vu que lorsque le délit consiste dans la violation d'un contrat, l'inter-

prétation de celui-ci ne peut donner lieu, de la part de la juridiction criminelle, à un renvoi devant les tribunaux civils. La preuve du délit se confond alors, en effet, avec l'interprétation du contrat auquel se rapporte le fait incriminé.

Une autre considération exige une solution différente en ce qui touche l'interprétation des actes émanant de l'autorité administrative : les questions qui s'y rattachent doivent, en effet, être renvoyées devant les conseils de préfecture. Cette exception au principe de la compétence du juge de l'action à l'égard de l'exception est basée sur la division des pouvoirs, un des fondements de notre organisation moderne. Le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif étant désormais indépendants l'un de l'autre, il n'est pas permis à l'un d'eux de prendre une décision qui aurait pour effet d'annuler les actes émanant de l'autre, et c'est précisément ce qui arriverait s'il appartenait au tribunal criminel d'apprécier la portée des actes administratifs. Aussi a-t-il été jugé qu'en matière d'établissements insalubres ou incommodes, toutes les questions se rattachant à la création ou à la suppression de ces établissements appartiennent à l'administration, en vertu du décret du 15 octobre 1810. Le tribunal devra donc surseoir lorsque, saisi d'une contravention à ce décret, il sera soulevé une exception sur l'existence ou le mode d'exploitation d'un établissement.

En matière de petite voirie : 1° lorsque le prévenu de contravention aux règles relatives à l'alignement prétend ne pas s'être écarté de la ligne qui lui a été donnée, ou des termes de l'autorisation qu'il a reçue ; 2° lorsqu'il prétend que les constructions ou réparations faites ne sont pas confortatives ; 3° lorsque l'autorisation est attaquée comme n'émanant pas d'une autorité compétente. Dans ces différentes hypothèses, il y a lieu à renvoi devant les tribunaux administratifs.

En matière de travaux publics, il y a lieu à sursis, si le cahier des charges est l'objet d'une contestation, l'action publique est libre, au contraire, si la poursuite est basée sur un fait qui lui est étranger et comme en dehors de toute décision émanant de l'autorité administrative.

Lorsqu'il s'agit d'arrêtés relatifs à l'administration des biens communaux, le tribunal ne devra pas surseoir : ainsi, il n'y aurait pas lieu à renvoi à l'occasion de l'interprétation des baux ou actes relatifs à la gestion de ces biens ; ce ne sont pas, en effet, à proprement parler, des actes administratifs, mais des contrats passés par l'autorité comme propriétaire, ils ont un caractère purement privé.

#### § 4. — *Rapt.*

L. — Aux termes de l'article 367 du Code pénal, lorsque le ravisseur aura épousé la fille

qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code Civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée. Cet article a donné lieu à plusieurs difficultés et notamment à celle-ci :

La nullité du mariage contracté par le ravisseur est-elle préjudicielle à l'action publique, ou seulement au jugement sur cette action? Deux systèmes opposés ont été présentés sur ce point. Mangin et avec lui la plupart des auteurs pensent que la nullité du mariage est préjudicielle à l'action publique elle-même, ils disent à l'appui de leur doctrine que, sans doute, l'opinion contraire paraît être confirmée par les termes de l'article 357, mais qu'il ressort de l'exposé des motifs prononcés par M. Faure que telle n'a pas été l'intention du législateur. D'ailleurs, ajoute-t-il, on ne peut poursuivre l'enlèvement alors que l'on ne sait pas encore s'il y a crime, et il ne sera certain que l'infraction existe que lorsque la nullité du mariage aura été prononcée. Dans un second système, on dit que la discussion du Corps législatif n'est pas aussi prononcée dans le sens de M. Faure que le prétend Mangin; on ajoute que l'article 357 lève tous les doutes à cet égard, puisqu'il porte en termes très-explicites que la condamnation de l'accusé est seule tenue en suspend par les débats relatifs à la validité du mariage.

Nous nous rangeons à cet avis, et nous nous demandons si, en effet, il est possible d'admettre que, dans une poursuite pour enlèvement, si les magistrats apprennent, tout à la fois, que le prévenu a épousé la fille enlevée, et qu'une nullité est opposée à son mariage, nous nous demandons, disons-nous, si l'on peut admettre, dans cette hypothèse, que les magistrats devront déclarer *hic et nunc* l'action publique non fondée. Cela ne nous paraît pas admissible. D'un autre côté, l'argument de Mangin, d'après lequel le délit n'étant pas certain, on ne peut intenter une poursuite n'est pas sérieux. Il y a, en effet, de fortes présomptions pour l'existence d'une infraction à la loi, et d'ailleurs, dans un délit forestier ou attentatoire à la propriété immobilière, bien qu'il ne soit pas sûr qu'il y ait infraction, le tribunal ne se dessaisit pas, il ordonne un sursis, lorsque la propriété est l'objet d'une contestation. Nous pensons donc qu'il faut laisser au ministère public le soin de ne poursuivre un enlèvement que lorsqu'il sera probable que le délit existe; mais lorsque la justice sera saisie et que le prévenu ayant épousé sa victime, la validité du mariage sera l'objet d'une contestation, elle ne devra pas annuler la procédure, mais seulement surseoir.

§ 6. — *Contributions indirectes.*

LI. — Lorsqu'un contribuable soutient, en présence d'une réclamation faite par les agents des contributions indirectes que le droit invoqué n'existe pas, le tribunal correctionnel devant lequel il comparait comme inculpé de fraude, ne peut pas connaître de la contestation relative au droit prétendu d'une part et nié de l'autre. Cette question devra être renvoyée devant les tribunaux civils; c'est ce que porte l'article 58, tit. 5 de la loi du 28 ventôse an XII. Il est bien entendu qu'il n'y aurait pas lieu à renvoi si le sens de la disposition sur laquelle le prévenu fonde son exception ne pouvait donner lieu à controverse.

Les droits d'octroi ne peuvent jamais donner lieu à questions préjudicielles, puisque, de deux choses l'une, ou le prévenu a consigné la somme qui lui était demandée par les agents, et alors le juge de paix examinera sa plainte au civil, ou il s'est refusé à consigner et la contravention est acquise, quel que soit le motif allégué par le prévenu.

---

## POSITIONS

---

### I

#### DROIT ROMAIN

I. Si quelqu'un adoptait son gendre avant d'avoir émancipé sa fille, ce n'est pas le mariage, mais l'adoption qui était nulle.

II. Dans le cas où un même enfant, par l'effet de mariages successifs de sa mère, avait deux ou plusieurs pères aux yeux de la loi, à quelle paternité fallait-il donner la préférence?

III. En Droit romain, la règle *Is pater est quem nuptiæ demonstrant* n'avait pas la même force qu'en Droit français.

### II

#### ANCIEN DROIT FRANÇAIS

I. Clovis est entré dans la Gaule en conquérant.

II. L'institution du servage vient du colonat romain et de l'esclavage agricole germain.

III. Le douaire des nobles, qui, dès 1214, était fixé au tiers de la fortune du mari, n'a pas été emprunté à la grande Charte de Jean-sans-Terre, ni aux Coutumes anglaises.

III

DROIT CIVIL

I. Sous le régime dotal, la dot mobilière de la femme es aliénable.

II. La séparation des patrimoines constitue un privilège.

III. La nullité relative remonte, ainsi que la nullité absolue, quant à son effet, à la formation du contrat qui en est vicié.

IV

DROIT CRIMINEL

I. Quel est le principe philosophique générateur du droit de punir. — Systèmes émis par Hobbes, J. Bentham, Romagnesi, Klein, Cousin, Rossi, le duc de Broglie, et enfin par Chauveau et Faustin Hélie.

II. La tentative vaine par l'impossibilité du moyen ou du but n'est pas punie par la loi.

III. Le délit commis à bord d'un navire qui se trouve dans un port, un fleuve ou un littoral étranger, ne ressort pas, dans tous les cas, de la justice de ce pays.

V

DROIT COMMERCIAL

I. La justice peut autoriser la femme à faire le commerce.

II. On ne peut forcer une personne à recevoir le paiement d'une lettre de change avant l'échéance.

III. Le voiturier perd son privilège sur la marchandise transportée lorsqu'il s'en est dessaisi.

VI

PROCÉDURE

I. L'article 14 du Code Civil viole, sans motifs légitimes, la règle *Actor sequitur forum rei*.

II. Un jugement rendu à l'étranger ne doit pas, pour obtenir force exécutoire, être révisé par un tribunal français.

III. Un tribunal de première instance ne peut se déclarer compétent dans une affaire commerciale.

VII

DROIT ADMINISTRATIF

I. Les cimetières font partie du domaine privé et non du domaine public de la commune.

II. La condition d'âge exigée pour les ministres est l'âge de vingt et un ans et non celui de vingt-cinq.

III. Le chef du pouvoir exécutif ne peut refuser l'institution des juges de commerce élus, alors qu'ils ne se trouvent dans aucun des cas d'indignité prévus par la loi.

VIII

DROIT DES GENS

I. L'intervention d'un État dans les affaires intérieures d'un autre État peut quelquefois se justifier.

II. L'aéronaute qui, s'échappant d'une place assiégée, tombe dans les lignes ennemies, ne peut être considéré comme un espion.

III. L'usage des torpilles dans un combat naval doit être proscrit.

## TABLE DES MATIERES

### DROIT ROMAIN

#### Des Præjudicia.

##### INTRODUCTION

I. Idée générale des <i>præjudicia</i> .....	1
II. Leur importance à Rome. ....	2
III. Symbolisme et caractères principaux du Droit romain. ....	3
IV. Division des actions. ....	4

##### CHAPITRE PREMIER

###### § 1. — *Notion générale des præjudicia.*

V. Définition des <i>præjudicia</i> .....	5
VI. Donnant lieu à une formule <i>in rem</i> .....	7
VII. Ne contenant qu'une <i>intentio</i> .....	7
VIII. Leur caractère ne change pas sous la procédure extraordinaire. ....	8
IX. Il n'y avait pas lieu à une vraie <i>sententia</i> .....	9

###### § 2. — *Sens particulier des præjudicia.*

X. Le <i>præjudicium</i> est un terme générique auquel on a donné plusieurs sens. ....	9
---	---

XI. Son sens primitif <i>sponsio præjudicialis</i> . Les inconvénients de la <i>sponsio</i> . . . . .	40
XII. <i>Præjudicium de partu</i> . Son importance. Relatif à la filiation maternelle et paternelle. . . . .	43
XIII. Filiation paternelle. . . . .	44
XIV. La règle <i>is pater est</i> diffère en Droit romain de l'article 312 de notre Code. . . . .	45
XV. Notre opinion sur ce point. . . . .	47
XVI. <i>Exceptio præjudicialis</i> tendant à repousser une action comme en compromettant une autre. . . . .	49
XVII. <i>Præjudicium de sponsu</i> si la cause a reçu la déclaration solennelle. . . . .	21
XVIII. <i>Præjudicium quanta dos sit</i> controverses et différentes hypothèses. . . . .	22
XIX. <i>Præjudicium ut prior in oppidum ascendisset</i> . . . . .	24

§ 3. — Questions d'état.

XX. Questions d'état, division du <i>status</i> . . . . .	25
XXI. Droit de liberté. Procédure suivie. . . . .	25
XXII. Procès historique de Virginie. . . . .	29
XXIII. A qui la preuve à faire. . . . .	30
XXIV. Présomption de liberté. . . . .	32
XXV. Droit de cité. Son importance à Rome. . . . .	33
XXVI. L'intérêt s'efface peu à peu. . . . .	35
XXVII. Question d'état relative à l'affranchi. Son caractère et son but. . . . .	36
XXVIII. Droit de famille. Filiation. . . . .	39
XXIX. Preuves de la filiation maternelle et paternelle. . . . .	40
XXX, XXXI et XXXII. Dispositions relatives aux suppressions d'état et avortement. . . . .	42
XXXIII. Hypothèse dans laquelle un enfant peut avoir plusieurs pères. . . . .	48

§ 4. -- Notion caractéristique des *præjudicia*.

XXXIV. Caractère du <i>præjudicium</i> . . . . .	48
XXXV. Sa distinction d'avec les questions préjudi-	

cielles en Droit français.....	50
XXXVI. Autorité de la chose jugée de la <i>pronuntiatio</i> du juge.....	51

## CHAPITRE II

### DROIT CLASSIQUE. ŒUVRE DES JURISCONSULTES. DU PRÉTEUR ET DES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES

XXXVII. Influence latente du christianisme sur les questions d'état.....	52
XXXVIII. Œuvre des prudents.....	53
XXXIX. Du préteur.....	53
XL. Du droit impérial. Influence décisive du chris- tianisme. Aimez-vous les uns les autres.....	54

## CHAPITRE III

### DROIT DE JUSTINIEN

#### § 1. — *Droit de liberté.*

XLI. Innovations de Justinien. Abrogation de la loi <i>Fusia Coninia</i> et du <i>sénatus-consulte Claudien</i> . Règles favorables à la <i>causa liberalis</i> .....	57
---	----

#### § 2. — *Droit de cité.*

XLII. Droit de cité n'existe plus, mais <i>præjudicium an libertus sit</i> .....	59
--	----

#### § 3. — *Droit de famille.*

XLIII. Le <i>præjudicium de partu</i> a conservé tout son usage.....	60
---	----

### CONCLUSION

XLIV. Aperçu général sur les <i>præjudicia</i> .....	61
--	----

## DROIT FRANÇAIS

### INTRODUCTION

I.....	64
--------	----

### CHAPITRE PREMIER

#### DE L'ACTION PUBLIQUE ET DE L'ACTION CIVILE

II. Définition de l'action publique et de l'action civile. Leur but respectif et leurs agents.....	65
III. Indépendance de l'action publique vis-à-vis de l'action civile et des tribunaux chargés de la répression. L'action publique peut s'exercer soit conjointement avec l'action civile, soit séparément.....	67
IV. Examen de l'hypothèse dans laquelle ces deux actions s'exercent conjointement.....	69
V. Examen de l'hypothèse dans laquelle elles s'exercent séparément. Autorité de la chose jugée au civil sur le criminel.....	71
VI. Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. <i>Premier système</i> , soutenu par Toullier. Le criminel est sans influence sur le civil. — <i>Deuxième système</i> , soutenu par Merlin. Le criminel a pleine autorité sur le civil. — <i>Troisième système</i> , soutenu par Faustin Hélie, n'admet aucun des deux premiers.....	72
VII. <i>Quatrième système</i> , présenté par Zacchariæ. Le criminel a autorité de la chose jugée par rapport au civil, à l'égard du <i>fait</i> dont il affirme ou nie l'existence. Son jugement est sans autorité par rapport aux questions de droit qui s'y rattachent Nos restrictions à cet égard.....	76
VIII. Suspension de l'action civile par l'action publique	

(art. 3, Inst. crim.). Exception à cet article. Questions préalables. Questions préjudicielles.....	79
---	----

## CHAPITRE II

### DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES EN GÉNÉRAL ET DE CELLES QUI SONT DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX CHARGÉS DE LA RÉPRESSION.

#### § 1.

IX. Définition des questions préjudicielles, leur distinction d'avec les questions préalables.....	81
--	----

#### § 2.

X. Questions préjudicielles de la compétence des tribunaux répressifs. Soustraction d'un titre.....	83
XI. Opinion de Carnot et Toullier et réfutation de leur théorie.....	86
XII. Application de la règle, d'après laquelle la preuve civile est employée devant les tribunaux criminels, dans les mêmes cas et de la même manière que devant les tribunaux civils. Soustraction d'un titre.....	88
XIII. Soustraction d'une contre-lettre; comme dans le cas précédent, il n'y a pas lieu à emploi de la preuve écrite pour le fait de la souscription. Banqueroute par simulation de dettes.....	90
XIV. Dépôt. Il y a lieu d'appliquer à son égard les règles prescrites par le Code Civil dans l'emploi de la preuve testimoniale.....	92
XV. Même solution à l'égard d'une poursuite pour abus de blanc-seing.....	94
XVI. Même solution à l'égard d'une poursuite pour faux serment; controverse à se sujet.....	96
XVII. Conditions et effets de la recevabilité de la preuve littérale devant les tribunaux criminels.....	99

CHAPITRE III

DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES A L'ÉGARD DESQUELLES LES  
TRIBUNAUX DE RÉPRESSION SONT INCOMPÉTENTS. DES QUES-  
TIONS PRÉJUDICIELLES A L'ACTION.

§ 1.

XVIII. Cas dans lesquels l'action publique est subor- donnée au jugement de questions préjudicielles.....	402
XIX. Rappel de la note Barris.....	403

§ 2.

XX. Questions d'État.....	404
XXI. Exposé du principe contenu dans les art. 326 et 327. Justification de la prohibition imposée aux tribunaux criminels de connaître des question d'état relatives à la filiation.....	405
XXII. Ancienne législation.....	409
XXIII. L'incompétence des tribunaux criminels résultant des articles 326 et 327 est absolue. Examen de l'hypothèse dans laquelle elle est opposée pour la première fois devant la Cour d'assises.....	413
XXIV. Controverses qui se sont élevées sur ce dernier point.....	415
XXV. La prohibition des articles 326 et 327 s'ap- plique-t-elle au cas où l'action publique est mise en mouvement par le ministère public? Controverses. Exposé de la jurisprudence.....	417
XXVI. La prohibition des articles 326 et 327 ne s'ap- plique qu'au cas où une question d'état, relative à la filiation, est soulevée; elle ne concerne pas l'état d'époux.....	423
XXVII. Elle s'applique d'une façon générale à tous les délits constituant une suppression d'état. ....	426

XXVIII. Elle s'applique à l'enlèvement ou au recélé de la personne d'un enfant.....	127
XXIX. Application des deux numéros précédents.....	130
XXX. Les articles 326 et 327 s'appliquent à filiation naturelle. Controverses.....	133

§ 3. — *De la déclaration de faillite au point de vue d'une poursuite pour banqueroute.*

XXXI. L'article 440 du Code de Commerce ne crée pas une question préjudicielle au sujet de la déclaration de faillite. Controverses; opinion contraire de M. Hoffman : sa réfutation.....	137
---	-----

CHAPITRE IV

DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES AU JUGEMENT  
SUR L'ACTION PUBLIQUE

XXXII. Exposé de la matière.....	140
----------------------------------	-----

§ 1. — *De la question d'état d'époux.  
Bigamie.*

XXXIII. La question d'état d'époux est préjudicielle au jugement de l'action publique. Hypothèse de la bigamie. Controverses. — <i>Premier système.</i> Le tribunal de répression est compétent pour connaître de la validité des deux mariages contractés par le prétendu bigame. — <i>Deuxième système.</i> Le tribunal de répression n'est compétent qu'à l'égard du second mariage. Controverses.....	141
XXXIV. <i>Troisième système.</i> Les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des questions d'état d'époux. Réfutation des deux systèmes précédents. .	146
XXXV. Par qui et dans quelle forme doit être soulevée l'exception de nullité. Controverses.....	151

§ 2. — *Des questions d'état incidentes relatives à la filiation.*

XXXVI. Les questions d'état de filiation incidentes ne sont pas préjudicielles au jugement de l'action publique. Opinion contraire de M. Hoffman. . . . . 156

§ 3. — *Questions d'état incidentes non relatives à la filiation.*

XXXVII. Article 29 de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement. Question d'identité relative à un faux commis sur les registres de l'état civil. . . . . 159

§ 4. — *Questions relatives à la propriété immobilière ou à des droits immobiliers.*

XXXVIII. Exposé des articles 182, Code forestier, et 59, Pêche fluviale. . . . . 160

XXXIX. Les questions relatives à tous les droits immobiliers constituent des questions préjudicielles. . . . . 163

XL. La propriété ou la possession d'objets mobiliers ne donne pas lieu à question préjudicielle. . . . . 164

XLI. Conditions auxquelles est soumise l'exception préjudicielle. Il faut que l'exception soit élisive d'infraction. . . . . 165

XLII. Elle doit être personnelle au prévenu. . . . . 167

XLIII. L'exception doit être justifiée par un commencement de preuve consistant en un titre apparent. . . . . 168

§ 6. — *Du jugement de renvoi à fins civiles.*

XLIV. Le tribunal arrêté par une question préjudicielle au jugement de l'action publique doit ordonner le renvoi de celle-ci. Conditions du renvoi. . . . . 171

CHAPITRE V

DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES DANS QUELQUES  
MATIÈRES SPÉCIALES

XLV. Exposé de la matière..... 475

§ 1. — *Adultère.*

XLVI. L'article 336 du Code pénal crée une question préjudicielle au jugement de l'action publique. Conditions auxquelles elle est soumise..... 475

§ 2. — *Calomnie et dénonciation calomnieuse.*

XLVII. L'article 25 de la loi du 26 mai 1819 crée une question préjudicielle au jugement de l'action publique..... 479

XLVIII. Il y a lieu, à l'égard de la dénonciation calomnieuse, à examen préjudiciel de la véracité des faits objets de la dénonciation..... 481

§ 3. — *Établissements dangereux et insalubres.  
Actes émanant de l'autorité administrative.*

XLIX. Les tribunaux criminels ne peuvent connaître des actes émanant du pouvoir administratif. Il y aura donc lieu à examen préjudiciel et à renvoi à l'égard : 1<sup>o</sup> des questions se rattachant aux établissements dangereux ou insalubres ; 2<sup>o</sup> à la petite voirie ; 3<sup>o</sup> aux travaux publics. .... 482

§ 4. — *Rapt.*

L. L'article 367 du Code pénal crée pour le rapt une question préjudicielle ou jugement sur l'action publique. Conditions de son application. .... 484

§ 5. — *Contributions indirectes.*

LI. Examen de l'article 53, titre 5, de la loi du 28 ventôse an XII. .... 187

---

Cette thèse sera soutenue en séance publique, le 24 décembre 1877, à deux heures du soir, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

Vu par le Président de la thèse,

**V<sup>or</sup> MOLINIER.**

VU PAR LE DOYEN :

Toulouse, le 12 décembre 1877.

**DUFOUR**

*Le Recteur,*

**CHAPPUIS.**

« Les visas, exigés par les réglemens, sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée au candidat. — Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »